

Organizadores:
André Machado Maya
Pietro Cardia Lorenzoni

**DIREITO FUNDAMENTAL À
SEGURANÇA E DIREITOS DE LIBERDADE:**
a complexa harmonia em matéria penal



FMP
Fundação Escola Superior
do Ministério Público

**DIREITO FUNDAMENTAL À
SEGURANÇA E DIREITOS DE LIBERDADE:**
a complexa harmonia em matéria penal



Organizadores:
André Machado Maya
Pietro Cardia Lorenzoni

CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardello – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardello

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardello

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

**DIREITO FUNDAMENTAL À
SEGURANÇA E DIREITOS DE LIBERDADE:**
a complexa harmonia em matéria penal



Porto Alegre
2019

© FMP 2019

CAPA: Marcelo Mariante de Queiroz

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 – 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

D598 Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade
: a complexa harmonia em matéria penal [recurso eletrônico] / André Machado Maya, Pietro Cardia Lorenzoni, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2019.
222 p.

Modo de acesso: <<https://www.fmp.edu.br/publicacoes/>>
ISBN 978-85-69568-18-6

1. Criminologia. 2. Processo Penal. 3. Segurança Pública.
3. Colaboração Premiada. I. Maya, André Machado.
II. Lorenzoni, Pietro Cardia. III. Título.

CDU: 343.9

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Apresentação

A sociedade brasileira contemporânea está inserida em um contexto de complexidade, risco e medo, do qual decorre o incremento das demandas por segurança e punição, principalmente frente às diversas crises pelas quais o Brasil atual passa. Nesse cenário, o Direito Penal e o Processo Penal assumem posição de destaque no cenário político e não raramente são utilizados como instrumentos simbólicos de políticas de segurança pública. De outro lado, as funções desse ramo do Direito são revisitadas pela doutrina e jurisprudência em busca de justificativas teóricas ao uso do sistema penal como instrumento de concretização do direito à segurança. O que resulta dessa busca é o alargamento do controle estatal pela via penal e uma inexorável limitação de direitos e garantias fundamentais historicamente conquistadas, colocando em risco o equilíbrio do sistema já fragilizado em nome da pretensão por segurança.

A importância desse dilema – segurança versus liberdades – impõe o aprofundamento do estudo desta temática. Daí a estruturação do grupo de pesquisa **Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal**, vinculado à disciplina homônima no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), sob a coordenação do professor Dr. André Machado Maya. O objetivo do grupo é abordar a complexa relação de coexistência entre o recrudescimento do sistema penal, de um lado, como concretização do direito fundamental à segurança, e os direitos e garantias fundamentais de liberdade, de outro, estruturantes da concepção dos Estados Democráticos de Direito. A partir desta demarcação, a pesquisa visou elucidar condições, possibilidades e limites de expansão do sistema punitivo pela via do Direito Penal e do Processo Penal, no âmbito da sociedade de risco contemporânea, com o intuito de alcançar uma equalização possível entre a proteção da sociedade como um todo – e dos seus indivíduos – e os direitos de liberdade igualmente garanti-

dos enquanto direitos fundamentais, principalmente em face da criminalidade organizada e empresarial.

O presente livro é fruto desse projeto e os textos aqui contidos refletem os temas pesquisados ao longo do ano de 2018, tratando sobre Sociedade de Risco, Direito Fundamental à Segurança, Direitos de Liberdade, Expansão do Direito Penal, Colaboração Premiada e *Compliance*. O papel dos integrantes do Grupo de Pesquisa era o de produzir artigos, relacionando os diferentes temas a partir da bibliografia, dos debates do Grupo e das pesquisas individuais, o que foi feito com sucesso. Ao final, os resultados das pesquisas, alguns parciais, foram apresentados em seminário para os alunos da pós-graduação e da graduação em Direito da FMP, do qual também participaram os professores doutores Raffaele de Giorgi (Centro di Study sul Rischio – Itália) e Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas – FACAMP).

Os ensaios ora publicados ilustram a participação dos professores doutores no seminário e o específico desenvolvimento da pesquisa do grupo. Os três primeiros artigos ilustram as grandes transformações na compreensão do papel do direito criminal na sociedade contemporânea, contextualizando o cenário em que se insere a pesquisa realizada em 2018. Destarte, investigam-se as bases do direito emergencial, com o professor Fauzi Choukr, o risco e o limite do direito, com o professor Raffaele de Giorgi, e o Direito Penal negocial como horizonte para um novo processo penal, com o professor André Maya.

Os três textos posteriores – Uma Consequência do Direito Fundamental à Segurança: imperativos implícitos de tutela processual penal; Sociedade de Riscos: análise da segurança pública e dever de proteção do estado; e O Estado Contemporâneo e a Nova Realização dos Direitos à Liberdade e à Segurança –, por sua vez, abordam o Direito Fundamental à Segurança e a relação deste com a sociedade contemporânea, com a evolução da persecução penal e com a própria democracia pátria. A partir da contextualização traçada pelos professores, esses artigos firmam as bases sociológicas, filosóficas e constitucionais para a análise da complexa harmonia em debate com a seriedade devida.

Os quatro artigos posteriores – Sociedade de Risco e Colaboração Premiada: a busca por efetividade na persecução penal;

Os Limites da Busca por Celeridade Processual pela via do Instituto da Colaboração Premiada; Colaboração Premiada - efeitos da homologação - Questão de Ordem na Petição 7074; e Uma Análise Sistemática Acerca da Aplicação do Instituto da Colaboração Premiada no Brasil – têm como temática a colaboração premiada desde uma perspectiva do seu problema sociológico, do problema da efetividade no processo penal e de possíveis violações de direitos fundamentais até a análise de jurisprudência para verificar os danos, riscos e benefícios da aplicação do instituto em casos concretos. A importância do estudo desse instituto ficou evidente após as diversas fases da operação Lava Jato e o uso frequente das colaborações nas persecuções da alta criminalidade. Ademais, trata-se de um exemplo concreto da dificuldade de harmonizar os direitos pesquisados nos artigos iniciais.

Por fim, finalizamos com um artigo – *Criminal Compliance*: a responsabilização penal das pessoas jurídicas – sobre os programas de integridade e a relação destes com a expansão penal pela qual o nosso Estado pátrio está inserido, sendo mais um exemplo da dificuldade da harmonização dos direitos de segurança e liberdade inserida no contexto brasileiro contemporâneo. Todos os textos são resultados de pesquisas e debates e refletem digressões feitas entre acadêmicos de doutorado, mestrado e graduação. O Grupo de Pesquisa segue em atividade, com novos focos, mas estruturado a partir da base teórica enunciadas pelos artigos apresentados, sobre a qual os leitores são convidados a refletir. Boa leitura a todos.

G. VIDAL
—
COURS
DE
DROIT CRIMINEL

SUMÁRIO

BASES PARA COMPREENSÃO DO DIREITO EMERGENCIAL
Fauzi Hassan Choukr13

THE RISK OF RISK SOCIETY AND THE LIMITS OF LAW
Raffaele De Giorgi39

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL COMO HORIZONTE PARA
UM NOVO PROCESSO PENAL
André Machado Maya51

UMA CONSEQUÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SEGURANÇA: imperativos implícitos de tutela processual penal
Pietro Cardia Lorenzoni67

SOCIEDADE DE RISCOS: análise da segurança pública e do
dever de proteção do Estado
Ademir Henz87

O ESTADO CONTEMPORÂNEO E A NOVA REALIZAÇÃO DO
DIREITOS À LIBERDADE E À SEGURANÇA
Ramiro Nodari Goulart113

SOCIEDADE DE RISCO E COLABORAÇÃO PREMIADA:
a busca por efetividade na persecução penal
Mateus Martins Machado137

OS LIMITES DA BUSCA POR CELERIDADE PROCESSUAL
PELA VIA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA
Mateus Augusto Bohrz Klein153

COLABORAÇÃO PREMIADA - EFEITOS DA HOMOLOGAÇÃO
- QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO 7074
Vera Fischer Macarthy173

UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA ACERCA DA APLICAÇÃO DO
INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL
Vanessa Toledo Cunha191

CRIMINAL COMPLIANCE: A responsabilização penal das
pessoas jurídicas
Paola Muller Mensch207

BASES PARA COMPREENSÃO DO DIREITO EMERGENCIAL¹

Fauzi Hassan Choukr²

-
- 1 Retoma-se, neste texto, parte da tese de doutoramento defendida em 1999, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob o título Processo Penal de Emergência com a orientação da Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, em 13 de novembro de 1999.
- 2 Pós doutor pela Universidade de Coimbra (2013). Doutor (1999) e mestre (1994) em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford – New College (1996). Especializado em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla La Mancha – Espanha (2007). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

1 Revisitando o conceito de emergência

A ideia de emergência (do latim *emergentia*) é corriqueiramente atrelada à de urgência e, em um certo sentido, à de crise³. Chama a atenção para algo que, de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o status quo *ante*, colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a consequente possibilidade de manutenção das estruturas. Nesse sentido, a ela se une a necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdurar.

Vale notar que, no campo jurídico penal, como afirma Ferrajoli (1997, p. 844 et seq.), emergência pode ser apresentada de duas formas distintas e simultâneas: a legislação de exceção no que diz respeito à Constituição e as mudanças legais das leis do jogo; e a jurisdição de exceção, por sua vez, degradada em relação à mesma legalidade alterada. Em ambas, percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais.

Assim entendido o termo, consegue-se escapar de uma outra usual confusão sobre o vocábulo emergência no mundo do direito, que é o conceito ligado às exceções do estado democrático constitucionalmente previstas. Canotilho aponta que

o direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da "Constituição de exceção". (CANOTILHO, (1998, p. 973, grifo do autor).

³ Para o conceito de crise consulte CHOUKR, Fauzi Hassan. (1995), especialmente capítulo 1. A respeito da vinculação entre as ideias de crise, sistema penal e emergência, essencial é observar a posição de Bricola, ao afirmar que "tipica di tutti i momenti di crisi è l'attribuzione al diritto penale di ruolo e compiti primari. Se è vero che la giustizia penale è la punta dell'iceberg attraverso la quale affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momenti patologici della vita sociale e istituzionale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali, è pur vero che la situazione di crisi fa ravvisare nello strumento penale il principale canale di ripristino dell'omogeneità sociale e dell'eliminazione della conflittualità in antitesi al suo ruolo de 'ultima ratio' e fa sì che al diritto penale si attribuisca, in forma spesso taumatúrgica, il compito de realizzare i principi sanciti nella Costituzione e ancora innattuati nella società reale" (BRICOLA, 1983, p. 121).

Veja-se que, mesmo em âmbito constitucional, a emergência aparece prevista, contrariando, em termos, a própria essência da ideia do novo e do inesperado que é incita ao vocábulo analisado. Fato é que a exceção à democracia é prevista no próprio texto constitucional, no qual se encontram mecanismos de proteção ao estado de normalidade, como o estado de emergência na atual Constituição brasileira. Diferentemente do campo penal, a emergência constitucional tem limites temporais e geográficos, além daqueles de índole material a reger a exceção.

Assim, pois, a exceção constitucional, que deita suas raízes na figura do *dictator* romano, é uma instituição legal que justifica a abrogação controlada dos patamares de proteção aos direitos humanos e hoje se apresenta em praticamente todos os textos políticos conhecidos (ORAÁ, 1992, p. 11), inclusive em âmbito supranacional (Convenção Americana e Europeia dos Direitos Humanos). Aquela apresenta um rol mínimo de direitos que devem ser mantidos (direito à vida, impedimento de submissão à tortura ou outros tratamentos inhumanos ou degradantes, impedimento à assunção à condição de escravo e impossibilidade de retrucado das leis penais) (ORAÁ, 1992, p. 96), além de estarem amparados, em termos gerais, os regimes excepcionais em princípios, como o da proporcionalidade e da não discriminação. Assim, pode-se afirmar que a exceção aqui tratada é um estado de direito, no sentido da necessidade da decretação desta e da sua forma de atuação.

Diversamente do que ocorre no âmbito constitucional, por não ter limites temporais e geográficos, a emergência repressiva acaba protraindo-se sem fronteiras e infiltrando-se no seio cultural da normalidade com evidente prejuízo desta ou, como afirma o pensador italiano já mencionado, para quem a cultura de emergência e a prática da exceção, antes de transformações legislativas, são, de fato, responsáveis por uma involução do ordenamento punitivo (FERRAJOLI, 1997). Mais do que tudo, pois, a emergência penal é um estado de fato cujo reconhecimento se dá apenas em nível retórico e político.

Esta situação de fato, na qual existe uma sorte de sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas extraordinárias em face do aumento crescente e incontrolado de criminalidade

(sobretudo a de matiz organizada) recebe criminologicamente o rótulo de movimento da lei e ordem (*law and order*): “the two words are so inextricably linked in popular usage that it is common to refer to them in the singular” que, por seu turno, “are rarely subject of precise definition” (NORTON, 1984, p. 1). Segundo o autor, de acordo com o ponto de vista a ser adotado para focar a questão, *law and order* podem ser um problema ‘para’ o governo ou ‘de’ governo. Inegavelmente remanesce, no entanto, o fundo majoritariamente político do tema, cujas manipulações ideológicas podem chegar a traduzir determinadas situações como absolutamente incontroláveis a ponto de justificar o incremento de tais regras. É oportuno saber até que ponto os itens catalogados sob o manto desse jargão existem enquanto realidade fenomenológica a ponto de exigir a quebra dos padrões de normalidade ou se traduzem como uma sorte de ‘pânico moral’⁴.

Assim, para fins de uma correta delimitação do caminho que se abre, emergência significará aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Em um certo sentido, a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais para combatê-lo, embora sempre defenda o modelo de estado democrático e de direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara.⁵

Basicamente, no caso pátrio, os graus de criminalidade são definidos na própria Constituição de 1998, na qual se encontram as infrações penais de menor potencial ofensivo e os crimes hediondos, restando entre eles a criminalidade “normal”. No entanto, a dissonância de valores entre eles impede a consolidação da cultura democrática do texto maior na prática jurídica

4 Obviamente, há realidades criminologicamente muito bem definidas no plano dogmático de cujas repercussões são visíveis, como é o caso sempre lembrado da máfia. No entanto, é oportuno indagar até que extremo a manipulação ideológica acerca de tema que não tem fronteiras definidas pode servir ao incremento dessa mesma criminalidade que se quer combater. Exemplo dessa situação é o aumento da sensação de insegurança que leva ao encontro de meios extra-estatais de solução de conflitos no campo penal. Para uma visão sucinta da matéria: COLEMAN; BOTTOMLEY, 1984, p. 38 et seq.

5 Consulte-se a respeito, na legislação brasileira: GOMEZ; CERVINI, 1995; MOLINA, 1992.

a justificar a indagação sobre quando o *due process of law* não é embaraço ao sistema repressivo, na medida em que suas regras, no direito brasileiro, são derogadas em ambas extremidades da repressão penal e, a muito custo, observadas no cotidiano dessa mesma justiça.⁶

Tal declinação da cultura normal não se dá pela inserção tópica das regras fora da estratificação codificada, pois, se assim fosse, toda lei extravagante deveria ser rigorosamente considerada como emergencial ou de exceção. A caracterização da presença do subsistema se dá com a mitigação (*rectius*: afastamento) direta ou indireta de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade, este devendo ser identificado não apenas no texto interno constitucional mas, igualmente, nos textos supranacionais que versem sobre a matéria, já que fornecerão a base daquilo que vai se denominar sistema, regulando a legitimidade operacional deste ao nível normativo e interpretativo. Como assinala Moccia,

la comprensione sia del sistema nel suo complesso, che dei singoli istituti, passa inanzitutto attraverso l’atenta considerazione del complesso dei principi di fondo. Ciò significa, in altri termini, che ai fini della coerenza sistematica – che poi altro non è che la spia di legittimazione e funzionalità del sistema la correzione o la rimozione di soluzioni normative risultanti aporetiche passa necessariamente attraverso rigorose operazioni di verificaione o di falsificazione delle stesse in rapporto alle opzioni fondamentali implicate. (MOCCIA, 1997, p. 12).

Desse modo, justifica-se a abordagem de temas quase sempre ligados às modernas técnicas da apregoada cruzada contra a criminalidade de matiz organizada, embora, nesse contexto, pudesse servir para a análise, quanto ao direito brasileiro, o mecanismo de repressão à criminalidade de menor potencial ofensivo.

No entanto, desta última aqui não se ocupa porque a justificação teórica que melhor compartilharia essa dimensão seria a de técnicas de descriminalização, como as apontadas por Cervini (1993), ou mais diretas, como a explicitada por Franco (1995),

6 Cf. CHOUKR, 1995.

nem sempre imunes a severas críticas, ainda que coloridas de adesão.

Um exemplo disso é a postura de Bassioni (1988) a respeito da despenalização no sentido apregoado por Cervini (1993), ao afirmar que se adentra em um sistema de mediação com novos conceitos de arrependimento e acordo⁷ terminando por afirmar que produzirá certos resultados colaterais indesejados e não expressamente queridos⁸.

Opta-se aqui pela análise do sistema emergencial pela ótica da justiça de cunho retributivo e não pelo ângulo da chamada justiça consensual, sendo a primeira caracterizada pela determinação da culpabilidade e pela prolação da punição devida depois de um processo de cunho acusatório ou de partes e a segunda, pelo compartilhamento da recomposição do mundo social entre o ofensor, a vítima e a comunidade.⁹

No contexto da criminalidade organizada é importante colocar-se, desde já, acompanhando as palavras de Moccia, que

não se quer absolutamente negar ou diminuir a extrema gravidade dos fenômenos de corrupção, que têm efeitos devastadores para as instituições a própria vida de nosso país. Certamente estamos diante de uma fenomenologia multiforme de comportamentos fortemente caracterizados pela capacidade de provocar danos à sociedade, que impõe como necessidade absoluta o processo para aqueles que, em vários níveis e de várias formas, contribuíram a criar aquele estado de profunda corrupção. Mas isso não justifica de modo algum as graves violações aos direitos fundamentais em matéria de coerção, para as finalidades de “colaboração”, ainda que estas violações tenham indubitavelmente facilitado o esclarecimento de um grande número de casos, tornando

7 Do original: “stiamo assistendo, nei vari paesi ad un abbandono del sistema ideale e biblico que inspira la giustizia, vediamo un mutamento dal sistema dal giudizio verso sistema de mediazone o di arbitrato, vediamo il cambiamento dal conceto de responsabilita grazie al sotterfugio inventato dai giuristi che si chiama decriminalizzazione, vediamo il cambiamento dall’obligatoria dell’azione penale e dall’uglagianza di fronte al diritto al nuovo concetto di pentitismo e di patteggiamento” (BASSIONI, 1988, p. 22).

8 Do original: “sia ben chiaro: non sono affatto contrario a questi cambiamenti: voglio sottolineare che non ci troviamo di fronte a una scelta conscia, consapevole, espressamente fatta e dichiarata, ma ad una situazione imputabile ad un mutamento del sistema dell’ amministrazione della gisutizia che produce questo risultato senza che venga espressamente voluto” (BASSIONI, 1988).

9 Cf. HAHN, 1997, p. 133 et seq.

também imediatamente perceptível à opinião pública o estado das coisas (MOCCIA, 1998).

No plano fenomenológico, reconhece-se a projeção lesiva de determinadas condutas (com as ressalvas feitas ao longo do trabalho) a exigir uma resposta estatal à altura do dano social provocado. No limite, o equacionamento correto do problema envolve uma profunda revisão (para a qual a maior parte da doutrina brasileira não tem voltado sua atenção) do papel do direito penal enquanto sistema global, implicando, assim, o próprio fim da pena¹⁰.

O que busca o sistema emergencial é, antes de tudo, a (re) legitimação do direito penal estatal, perdida que foi diante da criminalidade que instaura o caos (na versão do discurso oficial). A pena, nesse sentido, somente terá a finalidade de resguardar a própria norma penal, constituindo-se, ao final, na própria defesa do sistema (JAKOBS, 1998a).

A consequência para o processo (que não pode ser visto como algo apartado do direito material, ainda que isto fira a suscetibilidade de processualistas de autonomia extrema) é o emprego de mecanismos cada vez mais tendentes à supremacia estatal. Enfim, o que se procura aclarar é que, ainda nos dizeres de Moccia,

a Justiça, porém, segundo os esquemas recorrentes de uma cultura emergencialista acaba por assumir uma fisionomia particular, bem diferente daquela delineada por um estado social de direito; essa cultura emergencialista determina preocupantes tentativas de mistura de papéis, de antecipação de pena, de acertos com a mass media, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais (MOCCIA, 1998).

10 Para uma breve menção a esse tema, ver: JAKOBS, 1998b; STRATENWERTH, 1998.

2 Uma falsa dicotomia

Deve ser evitado o raciocínio simplista encontrado na dicotomia liberdade individual versus segurança social, que tanto tem dificultado a construção de um sistema processual penal menos suscetível de interferências momentâneas. *Mutatis mutandis*, isto pode ser visto na crítica atual à ciência penal alemã, como aponta Schünemann (1996, p. 48)¹¹. Os argumentos nascidos daquela falsa cisão levam a extremos indesejados. A defesa das garantias individuais tende a levar seus defensores à posição de construtores de um sistema fraco, inoperante face ao caos e ligado politicamente e ideologicamente à esquerda. Avessos às mudanças, paradoxalmente, os defensores têm suas posições rotuladas superficialmente como conservadoras em face da resistência às mudanças que são oferecidas. Por seu turno, os defensores da visão segurança social tendem a ser vistos como legitimantes do autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo. Normalmente, estes são identificados politicamente como de direita e, paradoxalmente também, são vistos como grandes reformadores que apregoam a necessidade da mudança que apenas não ocorre pelas injustificadas resistências do pólo oposto. Esta visão se coaduna com a maximização do direito penal, vindo a constituir, nas palavras de Riccio (1982, p. 21), um “vero e proprio nemico interno”¹². Trata-se, pois, de uma polarização tão inconsequente quanto paradoxal.

Aquela dicotomia não pode continuar a ser vista como reciprocamente excludente, mas necessita ser encarada como uma complementar, para empregar a linguagem de Bobbio (1996). A

11 Do original: “por tanto, el metodo normativista-funcionalista de Jakobs, como todo normativismo, puesto que erige una fachada de argumentaciones circulares, necesariamente há de rellenar el vacío mediante puras decisiones, y ello significa lo siguiente: mientras que la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del derecho penal, sino que desea convertirse tan sólo en un obstáculo para ésta, la aportación del pensamiento penal de Jakobs consiste, en cierto modo, en la apertura de todas las compoetas a las meras decisiones que tácitamente se toman por é como presupuesto, y, con ello, en ultima instancia, en transigir” (SCHÜNEMANN, 1996, p. 48).

12 Do original: “il datto de partenza per penetrare nell’ ideologia della recente strategia di difesa dell’ ordine pubblico è costituito dal preteso passaggio della situazione attuale delinquenziale da una stadio de ‘eccezionalità’ ad una fase de generalità. Questo proceso de gigantismo, al di là della finalit  – palese – tendente a discriminare l’ importanza, attribuisce al fenomeno la capacit  di scardinare i principi democratici della società” (RICCIO, 1982, p. 21).

complementariedade fica ressaltada ao se tentar entender o conceito de *segurança* contido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal que, em última análise, é um componente do conceito de paz. Ambos implicam na estabilidade e respeito à ordem legal presente no estado democrático e de direito.

Neste sentido, a persecução penal se legitima apenas quando obedece aos cânones desse modelo político. Ou, como afirma Hassemer (1998), o procedimento penal e a concepção jurídica deste não deveriam ser vistos apenas como um meio para o esclarecimento e a persecução de feitos puníveis, mas, também, como uma demonstração da respectiva cultura jurídica. O *ethos* e a legitimação daquele surgem a partir de uma superioridade moral frente ao controle social e esta superioridade se apoia na questão de quais são os limites e princípios de direito processual de que se pretendam valer inclusive nas horas de necessidade. Na opinião do autor, apenas um processo penal de princípios firmes pode manter a confiança e o respeito da população (HASSEMER, 1998, p. 83). Da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá em um processo dialético, sendo que o sistema penal em um Estado democrático e de direito se pauta pela tutela de ambos os polos em questão¹³.

3 A construção do estado de paz e a cultura emergencial

Desse fino equilíbrio surge o estado de paz¹⁴, para o qual não contribui em muita coisa a (in)cultura e a (in) disciplina da emergência, mormente quando deixa no ar a falsa impressão que os mecanismos por ela preconizados são inerentes ao estado de

13 Assim como apontado por Moccia, apoiado em Bricola, ao enfatizar a relação entre os direitos fundamentais e o modelo penal, “che sono posti a tutela sia di diritti fondamentali della persona che dell’ interesse pubblico alla difesa sociale”. op. Cit. P. 15

14 Para uma visão acerca dessa posição, apontando as relações entre liberdade individual e segurança coletiva e criticando a assunção individualista como um obstáculo ao alargamento do conceito de paz social, que é um bem a ser legitimamente conservado no estado democrático, veja-se De Vero (1988, p. 291).

direito. Assim, como aponta Hassemer, ao analisar uma das muitas técnicas empregadas na 'cruzada' contra a macrocriminalidade,

pode ser absolutamente correto que a luta contra a criminalidade organizada requeira a introdução de investigadores ocultos. Porém esta discussão não deveria ser conduzida como exigência de um direito penal conforme ao Estado de Direito, senão como exigência de um direito penal eficiente e suficiente do ponto de vista criminalístico, em contradição com os princípios que nos foram transmitidos quanto a um direito penal em conformidade a um Estado de Direito. (HASSEMER, 1998, p. 74).

4 Racionalidade e sistematização

A adoção de mecanismos emergenciais acaba por macular o fundamento cultural do sistema, necessariamente presente no ato de fundação da sociedade (Constituição)¹⁵ e projetado racionalmente em um movimento sistêmico ou, como aponta Canaris,

uma vez determinado o conceito de sistema com referências às idéias de adequação valorativa e unidade interior do Direito, deve-se definir o sistema jurídico como "ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais". Também é imaginável uma correspondente ordem de valores, de conceitos teleológicos ou de institutos jurídicos. (CANARIS, p. 280).¹⁶

Nestas condições, conferir coerência ao sistema significa articular de forma construtiva os antagonismos do meio social e

15 Para um enfoque do chamado ato de fundação, em sentido mais amplo, com especial atenção para a filosofia de um modo geral, veja-se Arendt (1972); Canetti (1984). Em especial, Arendt (1972, p. 127 et seq.) trabalha este tema ao analisar a chamada crise da autoridade, afirmando que "com a perda da autoridade, [...] a dúvida geral da época moderna invadiu também o domínio político" mas esta perda, "da permanência e segurança do mundo - que politicamente é idêntica à perda da autoridade - não acarreta, ao menos não necessariamente, a perda da capacidade humana de construir [...]". No campo do processo, como se verá, as reformas ocasionais acabam por abalar a idéia fundadora do sistema e por deslegitimá-lo, por tabela. A mensagem otimista Arendtiana é meramente um conforto para um período marcado, sobretudo, pela pós-cultura do poder, como a seguir se verá.

16 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 280.

extrair uma regra que seja fruto do menor dissenso possível e, portanto, aceitável por uma maioria estável¹⁷.

5 Sistema e cultura

Assim estabelecido, o sistema fornece a mais adequada descrição dos valores socialmente dominantes em um determinado momento histórico potencialmente representativo daquilo que se poderia denominar, de forma muito ampla, de cultura nos relacionamentos intersubjetivos e intersociais de forma geral. Neste sentido é usada a conceituação de Bosi (1992, p. 16) para o termo cultura, assinalando-a como "o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social"¹⁸.

Muito embora trabalhado dentro de um contexto próprio à teoria literária, a definição de cultura, apresentada nesse momento em seu aspecto unitário – e cujo fragmentarismo é algo a ser analisado em obra de maior envergadura –, pode ser invocada no campo jurídico sem grandes dificuldades. Àquilo que o autor supramencionado denomina de "conjunto de práticas" pode ser assimilado à jurisprudência;¹⁹ das "técnicas e símbolos" à linguagem própria da dogmática jurídica²⁰; e dos "valores" àquilo que até o momento se apresentou como fundamento da razão.²¹ As-

17 Quando o sistema alcança tal situação de consenso, pode-se dizer que foi atingido um patamar de legitimidade, consubstanciando, assim, uma regra de maioria que é pelo menos um dos pontos nos quais está assente o Estado democrático, embora não seja o único. Para uma leitura acerca do tema: Faria (1984). Uma outra questão – e das mais intrigantes que pode surgir – é aquela que diz respeito à existência de valores perenes sobre os quais a razão deve agir como orientadora do sistema."

18 Também se pode adicionar o conceito lançado por BERGALLI, Roberto. Na apresentação à obra de José Ramon Serrano-Piedecasa, Emergencia y crisis del estado social – análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Barcelona : PPU, 1998, este mais ligado ao tópico inicial do parágrafo, ao afirmar que "la cultura consiste en el conjunto de las representaciones mentales socialmente elaboradas por medio de los individuos quienes, en el nivel de sus personalidades, entran en relación con su contexto en una sociedad historicamente determinada".

19 Nesse sentido, para uma breve análise dos vários caminhos percorridos pelo conceito de jurisprudência, ver Costa Júnior (1996).

20 Para uma visão abrangente acerca do tema, veja-se, por todos FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. Rio : Forense, 1986.

21 Como exaltação do problema valorativo na construção da teoria do direito, REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito: preliminares históricas e sistemáticas. Ed. Saraiva, 1968.

sim, somente um sistema construído dentro dessas premissas é possível de ser interpretado de forma a sustentar e reproduzir sua legitimidade. Apenas nesse contexto um sistema produz e reproduz cultura, sendo capaz de ser conhecido e repassado, de encorpar-se e evoluir, passando, como será visto a seguir, a palavra “código” a ter uma outra possibilidade de leitura, não tão frequentemente trabalhada, mas nem por isso menos rica.

Por seu turno, o subsistema emergencial em nada contribui para a consolidação dos valores culturais estampados no ato de fundação (Constituição), desvirtuando o intérprete, dificultando a propagação da cultura da normalidade²² e evitando, no limite, a construção de um sistema repressivo que possa ser calcado nos valores do denominado Estado democrático, este entendido como observador dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana e calcado no reconhecimento do outro (alteridade) como pressuposto essencial da consecução de um processo penal justo.

Assim, todo mecanismo apontado, extremamente delicado na sua composição e em seu funcionamento, é colocado em xeque quando confrontado com o discurso da necessidade de enfrentar-se o caos, este normalmente identificado como a exteriorização da desordem²³, capaz de levar à ruptura definitiva do tecido social.

6 Mundo assombrado por demônios

Nesse quadrante argumentativo o discurso do caos está atrelado normalmente ao da crise, e sempre apresenta um tom dramático sendo, por essa razão, tendencialmente inclinado para o autoritarismo, sendo que o homem continua a temer demônios que são essencialmente por ele mesmo criados, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais. Das assombrações modernas,

22 Para uma análise do papel dos intelectuais na propagação da cultura, veja-se, sobretudo, Bobbio (1996, p. 73).

23 Há uma tensão dialética entre desordem e ordem magistralmente exposta por Telles Junior (1985), quem define a ordem como “a desordem que não queremos”. No mesmo sentido, ver Lafer (1991, p. 135 et seq.).

duas são particularmente evidentes: o narcotráfico²⁴ e o terrorismo (interno e internacional). Ao lado dessas, outras não menos significativas também se apresentam, como a prostituição internacionalmente promovida e aquilo que se denomina de lavagem de dinheiro, natural desdobramento das anteriores. Todas têm em comum um ponto, que é o perfil organizado²⁵, aumentando, assim, o potencial assustador de suas consequências, o que, por outro lado, é legitimador do aumento da sensação de que algo precisa ser feito.

7 A perda da cultura no combate à crise

Quando todos esses medos são projetados sobre a sociedade de forma intermitente e o discurso do caos se propaga²⁶, a perda dos valores culturais (que já com sérias dificuldades servem de base para o contexto da normalidade) é a primeira grande baixa dessa guerra. Aliás, a nomenclatura militar aqui não aparece por acaso. Muito ao contrário, ela está na mensagem subliminar que incorpora a polarização amigo versus inimigo, conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, em um conflito substancialmente sem regras.²⁷ O que existe de intrigante em todo esse quadro é que ele nada tem de novo. Os medos do imaginário coletivo, as alegações de desintegração social dada a quebra do ordenamento, não apenas jurídico, mas social como um todo, incluindo-se aí os outros aspectos como, v.g., os religiosos, foram apenas substituídos por outros mais avançados tecnologicamente. Fundamentalmente, no entanto, a dicotomia ordem versus desordem, que também

24 Numa linha crítica à forma de abordagem empregada, veja-se Goode (1990).

25 Na doutrina brasileira, para um perfil das características do crime organizado, neste incluído a necessária organização, veja-se Gomes; Cervini (1996).

26 Ou, como aponta SEDERBERG, Peter C. *Terrorist Myths: Illusion, Rethoric and Reality*. New Jersey: Prentice Hall, 1989. p. 131, “when victimized by a terrorist outrage, many people, including political leaders, understandably want to strike back, to inflict a painful retribution on those responsible. Such an emotional reaction provides a powerful, though not necessarily rational, underpinning to one myth about how best to deal with terrorism”.

27 Criticando o emprego jurisprudencial dessa linguagem, Ferrajoli (1983, p. 582) aponta que “L’aspetto più impressionante di questa sentenza, che traspare da ogni pagina della lunghissima motivazione, è la concezione degli imputati come pregiudizialmente nemici, e perciò l’abbandono di quel costume di imparzialità e di terzietà che dovrebbe constringere la giurisdizione”.

pode ser identificada como a tentativa da manutenção do poder ante as investidas de desestabilização, continua intacta.

8 Olhando ao redor da história

Certo é que não se pode comparar a realidade fenomenológica de uma atividade terrorista, com suas baixas humanas concretas, com a idéia de um mal metafísico encarnado em atividades supostamente heréticas. Com efeito, Riccio (1982, p. 50) emprega a mesma comparação com as reservas devidas, assinalando que “anche se nella nostra legislazione de emergenza si rivengono collimanze o segnali regressivi, essi rapresentano l’ evidente sintomo de una involuzione del sistema penale, ma non sono sufficienti ad avvalorare la denuncia di un ’ ritorno al medioevo”, e, completando, apoiado em Bobbio, conclui poder tratar-se a comparação de uma metáfora. No entanto, é possível comparar a circunstância de, em ambas situações, ser o aparelho repressivo chamado para fornecer uma resposta retórica e superficial ao imaginário social. Em outras palavras, a função simbólica de repressão outrora empregada é mais uma vez invocada.

Nesse sentido, é necessário frisar que, embora não exclusivamente, a “lotta alla criminalità organizzata si concretizza nel momento della repressione penale e, quindi necessariamente se svolge attraverso il processo”²⁸, e que o modelo processual empregado nesse quadrante em quase nada difere daquele engendrado para a luta contra os outros medos antes mencionados. A intolerância religiosa e verdadeira ignorância, as quais sustentaram a tortura e o desrespeito ao ser humano naquela forma de persecução, hoje se apresentam disfarçadas da necessidade de uma repressão mais “eficaz” aos delitos aludidos nos parágrafos iniciais. Não obstante, não é apenas nesse ponto que a similitude histórica deve ser notada. Um outro ponto de crucial importância vem à tona dessa análise, algo que se encontra ligado à técnica

28 O emprego dos meios repressivos é sempre questionado por parte da doutrina enquanto mecanismo no cenário apontado ou, como afirma Grevi, “è vero que non é il proceso penale il luogo più adeguato né, tanto meno, il luogo esclusivo per questa lotta, che deve svilupparsi specialmente prima e fuori del processo, dispiegandosi ai diversi livelli nei quali si collocano, più o meno direttamente, i corrispondenti fattori criminogeni” (GREVI, 1993, p. 3).

do processo (ou à sua tecnologia, em determinados momentos), que é a produção do conhecimento (saber) processual, o qual liga o debate diretamente ao tema da prova.²⁹

9 A produção da verdade no processo emergencial: as técnicas inquisitivas

Com efeito, os medos historicamente apontados, e que serviram para consolidar o poder eclesiástico e secular, foram desdobrados no processo por uma forma peculiar de construir o saber – e a verdade –, a partir de uma tecnologia esquecida desde a antiguidade clássica, como nos aponta Foucault (1996, p. 60 et seq.), que é a do inquérito. Este vem definido como “uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer” e, como consequência, “veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir”³⁰.

As práticas inquisitivas, que no aspecto tecnológico têm na tortura um de seus expoentes, apresentam no campo da técnica valores fundamentais peculiares o bastante para serem identificados com as formas autoritárias mencionadas nos parágrafos introdutórios e acabam constituindo os meios dos quais o legislador ordinariamente lança mão no combate ao caos e o discurso da desordem, obviamente sem que se pense (ao menos no mundo ocidental) em situações-limite, como a expiação física, mas com técnicas de dominação mais refinadas, como é, no caso contemporâneo, a situação do emprego premial no direito penal.³¹ A título exemplificativo a malfadada lei brasileira de combate ao crime organizado é um demonstrativo notório dessa forma de administrar o poder e construir a verdade na persecução penal por meio da clara adoção dos mais primitivos métodos inquisitivos.

29 A esse respeito, veja-se Padovani (1981, p. 529 et seq.), especialmente no tópico atinente ao processo e realização da verdade.

30 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio : PUC - Departamento de Letras, 1996. p. 78.

31 Que constitui um “pericolo d’una cristallizzazione del ‘mito’ della verità materiale, la cui acquisizione non deve conoscere ostacoli” (DINACCI, 1984, p. 12).

10 Uso simbólico do sistema repressivo

Essa forma de entender o jogo de poder e a relação deste com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso do “algo precisa ser feito”, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores. Como assevera Martinez, após enunciar as contradições tipicamente existentes nesse palco jurídico,

es la politica como espetáculo que se practica en la actualidad: el ciudadano es espectador dentro de un gran teatro en el que classe politica se posesiona de una clave de respuesta simbolica y de emergeniza a problemas estructurales, evade su solución y obtiene por medio de intercambio entre ilusiones de certeza e consenso, los efectos simbólicos que en este campo el derecho penal puede ofrecer. (p. 46).³²

O uso simbólico do sistema repressivo está assentado em pontos cruciais como a alegada fraqueza da ordem vigente diante do caos, a qual é frequentemente associada às bases do sistema valorativo humanizante, e consubstanciado que é nas garantias individuais nas quais “antes de someter a los ‘delincuentes’ al Estado de derecho, ha sometido al Estado de derecho a la excepcionalidad democrática”³³, situação essa que exige um espaço à parte de reflexão.

Assim, a desnaturação axiológica se dá por vários modos, mas, em particular, um deles é danoso, qual seja, o emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder.³⁴ Como decorrência, a cada emprego simbólico do sistema repressivo há uma sensível invasão na seara dos direitos fundamentais, embora formalmente eles continuem presentes nos ordenamentos.³⁵ Abordando esse mesmo tema

32 ‘El sometimiento...’, p. 46

33 MARTINEZ, Mauricio. Estado de derecho y politica criminal: la política de sometimiento. Santafé de Bogotá, Colombia : Ediciones Juridicas Gustavo Ibanez, 1995, p. 47

34 Box (1983, p. 7) aponta que “some sociologists have pondered these issues and come to the conclusion that criminal law categories are ideological constructs...Rather than being a fair reflection of those behaviours objectively causing us collectively the most avoidable suffering, criminal law categories are artful, creative constructs designed only some victimizing behaviours, usually those more frequently committed by the relative powerless and to exclude others [...]”.

35 O uso simbólico e promocional do direito penal apresenta outras inúmeras consequências que

com clareza lapidar, Franco, em profunda análise da evolução da ciência penal a partir dos anos 1980, aduz que

a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. (FRANCO, 1996, p. 10).

Seria desnecessário anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora destacando-se sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica. No entanto, é sempre oportuno acompanhar as palavras de Hassemer (1984) quando este afirma que o direito processual serve à realização do direito penal substantivo.³⁶

Como consequência dessa desnaturação valorativa, e sempre atentando para a retórica da necessidade da adoção de medidas emergenciais, a estruturação codificada acaba sendo apresentada como uma causa de entrave no funcionamento do sistema punitivo como um todo, das leis materiais de incriminação e penalização até a estrutura processual que lhes anima, além de adjetivado como fraco e inoperante. Nesse contexto, é inegável o papel da mídia na adoção de medidas emergenciais, otimizando o emprego promocional e simbólico do sistema repressivo. Com isso não se quer negar o valor democrático da publicização do processo e a necessária presença da informação

normalmente têm abordagem criminológica. Uma delas – e talvez a mais sectária – é que o sistema repressivo assim empregado “in this illusion is fuses relative poverty and criminal propensities and sees them both as effects of moral inferiority, thus rendering the ‘dangerous’ class deserving of both poverty and punishment” (BOX, 1983, p. 13) e “make ordinary people more dependent upon the state for protection against “lawlessness” and the rising tidal wave of crime, even though it is the state and its agens who are often directly and indirectly victimizing ordinary people” (BOX, 1983, idem ibidem)

36 “el proceso penal prepara y organiza el escenario que necesita el Derecho sustantivo para hacerse efectivo y sin proceso penal no puede haber ni protección de bienes jurídicos ni realización de fin alguno de la pena o cualquiera de los fines que se quieran atribuir al Derecho Penal [...] El Derecho procesal penal media entre Derecho penal material y proceso y, en este sentido, ‘sirve’ a la realización del Derecho penal sustantivo” (HASSEMER, 1984, p. 150).

no estado de direito que formam um chamado binário de direitos, na linguagem de Bassouni, para quem “lo ‘spettacolo’ è una garanzia di giustizia e di controllo sociale sia sul sistema di giustizia che sugli operatori della giustizia”, mas atentando para as deturpações inerentes a um avanço tecnológico desenfreado.³⁷

A codificação – e os valores que esta encerra – tende a ser criticada pelo seu anacronismo e pela incapacidade de adaptação às novas realidades. Qualquer discurso no sentido do amadurecimento de idéias antes de legislá-las é potencialmente encarado como causa de dificuldade de reconquista da segurança, mas esta função meramente simbólica alcança ainda outros resultados. Graças à sua flagrante inoperância nas finalidades a que se propõe, a finalidade do sistema passa a ser a sua automanutenção.

Por outro lado, e como decorrência natural dessa visão promocional, a cultura dos direitos e das garantias fundamentais é apresentada como causa de entrave ao funcionamento eficiente do sistema. Sem embargo, a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo, a qual se coloca como guardiã inarredável do sistema da normalidade em face ao da exceção e que

All'emergenza che giustifica la sospensione di fondamentali principi di civiltà giuridica all'interno del sistema penale, la critica garantistica contrappone la normatività di un sistema penale incentrato su principi irrinunciabili di garanzia per la persona dell'imputato e di tecnica de accertamento della verità: all'eccezione se contrappone la normatività della normalità. (BARATTA; SILBRNAGL, 1983, p. 545-547).³⁸

No criticado convívio entre as culturas da normalidade e de emergência, a técnica inquisitiva representa um significativo

37 Cf. CHARIF, 1996, p. 195; SERGIO, 1996, p. 197 et seq.; STATERA, 1986.

38 “Molto rilevante in questi termini il contributo del garantismo che difendi importanti conquiste realizzate anche con sofferenza lungo l'evoluzione dei sistemi repressivi verso un volto più umano. La massima resistenza allora va opposta a qualsiasi tentativo di regresso. Riconosciamo, pertanto, al garantismo la funzione e il merito di costituire l'estremo baluardo di difesa contro un ritorno alla 'barbarie'. Ma il merito costituisce al contempo anche il limite. L'utilizzazione idealizzata e normativa del sistema penale formale che è venuto storicamente determinandosi come estrema formalizzazione dello scontro di classe che spezza i limiti della mediazione politica. Esso sembra costituire un valore in sé e come tale assoluto non discutibile” (BARATTA; SILBRNAGL, 1983).

aumento do papel policial na construção do sistema repressivo³⁹, no qual aparecerá, não raras vezes, com supremacia perante a própria atividade jurisdicional, que acaba por ser vista como mais débil em relação àquela, quando não uma inútil repetição da primeira. Assim, para acompanhar as palavras de Binder (1993, p. 204), “lo verdaderamente notable es que al cabo de más de cinco siglos de aplicación contínua, más que un sistema procesal, más aún que un sistema completo para administrar justicia, há llegado a constituir un modo particular de situarse ante a realidade y considerarla” (grifo do autor).

No contexto da emergência, na qual a busca da verdade material aparece como uma meta esgotada em si mesma, dando margem a toda sorte de subjetivismo judiciais (o que significa a abertura da possibilidade do arbítrio estatal, desprezada a figura humana do juiz), dificultada fica a compreensão da lição de Hassemer quando adverte que apenas um direito processual penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração da lei. A formalização da produção da verdade, a obstaculização e a limitação desta por regras estritas constitui o *ethos* próprio da fase de construção do caso (HASSEMER, 1984, p. 191).

39 Note-se, por exemplo, a situação descrita por Boek em relação aos Países Baixos, com a criação da polícia secreta e sua crescente influência, sob o beneplácito dos representantes legislativos: “In politics there was no interest in controlling policing. Politicians campaigned against crime, governments drifted away on international stream of crime fighting and the war against drugs. The pressure on the police to catch thieves grew and grew. With this pressure and the blessing of judiciary, the police departments began to introduce so called 'Criminal Intelligence Department' CID. These intelligence units performed secret investigations which were hidden in reports behind sentences like: 'from CID information is known that Mr. X is involved in drug trafficking...'. Secret investigations at one time were so secret that the public prosecutor, the chief of police, and even the police officer who was in charge of an investigation did not know what was going on” (BOEK, 1997, p. 511).

11 Tentativa de balanço, promessas e realizações no cenário interno: um saldo negativo

O direito brasileiro não consegue se desapegar do irracionalismo probatório, embora regras formais estejam inseridas na própria Constituição quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI) ou, muitas vezes, considerando como prova algo que tecnicamente não o é – sobretudo com a supervalorização da investigação criminal – e nela fundando um juízo de culpabilidade. Assim, a aspiração do supracitado autor germânico de que “el proceso penal sea la expresión de nuestra cultura (empírica) y nuestra racionalidad” (HASSEMER, 1984, p. 191) parece um tanto perigosa no contexto ora focado.

Para além do tema probatório outro, de não menor magnitude, sofre consequências diretas da cultura emergencial, qual seja, a constrição da liberdade no curso do processo. A prisão de figura excepcional antes da sentença condenatória transitada em julgado passa a ser encarada como algo natural à relação processual. Mais além, os argumentos naturalmente pertencentes à exceção passam a integrar a rotina persecutória como se a transposição não fosse traumática.

Há, ainda, reflexos diretos na (não) aplicação integral do princípio da motivação das decisões. Com efeito, na medida em que os mecanismos emergenciais apresentam a compulsoriedade da constrição, bastando a mera invocação legal (v.g. artigo 2º da lei nº. 8072/1990), nos demais casos a tendência do julgador é, também, a de apenas invocar os ditames legais, como se a robótica repetição do texto de lei fosse auto-suficiente para justificar a medida excepcional. Disso resulta a pauperização do princípio (estado) da presunção de inocência, o qual deixa de projetar sua força enquanto instrumento de combate ao arbítrio da forma mais ampla que seria possível.⁴⁰ Como decorrência – e, sobretudo, no direito brasileiro –, na edição promocional de normas repressivas,

40 Assim igualmente se pronunciou Tucci (1993, p. 403), ao afirmar que tal norma “não obstante a clareza da preceituação, sua interpretação tem sido polêmica, e nem sempre correta a aplicação conjugada com a das normas processuais penais com ela relacionadas”.

a prisão ao longo da relação processual acaba constituindo pedra fundamental na retórica vazia, exteriorizando a ética utilitarista dantes mencionada.⁴¹

O mesmo acaba acontecendo – para situar o problema ainda no campo pátrio – com a dosimetria e individualização da pena. A desnecessidade de motivar o regime inicial de cumprimento no caso dos crimes hediondos faz com que o magistrado perca o salutar hábito (de resto uma obediência à Constituição) de justificar as razões pelas quais o regime inicial é exposto no *decisum*, porque a lei assim não o obriga. Na cultura diária, essa ausência acaba perpassando os limites dos casos hediondos e projetando-se para a seara da normalidade.

Conclui-se, assim, que a situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re)democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social de forma geral – que desta forma conferem uma vivência apenas formal ao cânones culturais da normalidade. Com efeito, rasgada a Constituição para o combate à criminalidade, o que se tem é a continuidade do discurso do pânico, mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para o combate daquele.

Desse modo, mais medidas ante a fragilidade das anteriormente tomadas são exigidas e a retórica da intransigência aparece ainda aqui sob o manto do já mencionado “algo precisa ser feito”. No entanto, raras vezes é exercitada a reflexão sobre o caminho correto, buscando responder à pergunta de ser a deturpação dos postulados do estado de direito legitimamente sacrificáveis em nome dessa “luta”. Para sociedades em desenvolvimento, em processo de construção democrática ou

41 As normas penais editadas sob a égide da emergência são pródigas em criar tipos com penas elevadas a impossibilitar benefícios libertários ao longo do processo. Quando não, são mais explícitas, como aquelas encontradas na lei no. 8072/1990, na qual puramente se emprega o grotesco jargão da periculosidade “implícita” na conduta de modo a impedir, a priori, a liberdade provisória. Outras vezes, como na prisão temporária, acabam tendo aplicação mais ampla que a devida, sem embargo de sólida orientação doutrinária de advertência aos cânones constitucionais (GRINOVER, 1996, p. 89 et seq.).

superação de estruturas autoritárias, tal imposição é desastrosa desde um ponto de vista cultural. A grande “mentira” do jogo está em vender a ideia (global) que somente com essas medidas se garante a vida em paz.

Referências

- ARENDR, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- BARATTA, Alessandro; SILBRNAGL, Michele. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantistica del processo penale. **Dei delitti e delle pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Napoli, ano I, n. 3, p. 543-580, 1983.
- BASSIONI, M. Cherif. Interazione tra la giustizia come sistema e il sapere. In: NEUBURGER, L. de Cataldo (a cura di). **La giustizia penale e la fluidità del sapere**: ragionamento sul metodo. Padova: Cedam, 1988.
- BINDER, Alberto M. Perspectivas de la reforma procesal penal en America Latina. In: BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Os Intelectuais e o Poder** - dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1996.
- BOEK, J. L. M. Secret Police in the Netherlands. In: WORLD CONFERENCE ON NEW TRENDS IN CRIMINAL INVESTIGATION AND EVIDENCE, 1., Amsterdam. **Proceedings [...]**. Amsterdam, 1997.
- BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Cia das Letras, 1992.
- BOX, Steven. **Power, Crime and Mystification**. New York: Routledge, 1983.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição

- Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 26 jul. 1990.
- BRICOLA, Franco. Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penal. In: **Diritto Premiale e Sistema Penale**. Milano: Giuffrè, 1983.
- CANETTI, Elias. **Crowds and power**. New York: Farrer Straus Giroux, 1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CERVINI, Raúl. **Los Procesos de Decriminalización**. 2. ed. Montevideo: Editorial Universidad Ltda, 1993.
- CHARIF. Osserazioni introduttive. In: NEUBURGER, L. de Cataldo (a cura di). **Mass media, violenza e giustizia spettacolo**. Padova: Cedam, 1996.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Qual justiça penal? **Boletim IBCCRIM**, v. 35, nov. 1995.
- COLEMAN, Clive; BOTTOMLEY, Keith. Law and Order: crime problem, moral panic or penal crisis? In: NORTON, Philip. **Law and order and British Politics**. Hampshire: Gower, 1984.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. O papel da jurisprudência. In: FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DE VERO, Giancarlo. **Tutela Penale dell'Ordine Pubblico** – itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale. Milano: Giuffrè, 1988.
- DINACCI, Ugo. **Il Sistema Penale tra Garantismo e Autoritarismo**. Napoli: Jovene, 1984.
- FARIA, José Eduardo C. **O Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. L'imputato como nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza. **Dei delitti e delle pene**: Rivista di

studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Napoli, ano I, n. 3, 1983.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: PUCRJ, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. Os Questionamentos Provocados pela Lei 9099/95. v. 35, nov. 1995.

FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMEZ, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOODE, Erich. The American Drug Panic of the 1980s: social construction or objective threat? **International Journal of the Addictions**, v. 25, n. 9, p. 1083-1098, Sept. 1990.

GREVI, Vittorio. Nuovo Codice di Procedura Penale e Processi di Criminalità Organizzata: un primo bilancio. In: GREVI, Vittorio. **Processo Penale e Criminalità Organizzata**. Bari: Laterza, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Limites Constitucionais à Prisão Temporária. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HAHN, Paul H. **Emerging Criminal Justice: three pillars for a proactive justice system**. London: Sage, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Traducción Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

JAKOBS, Günther. El concepto jurídico penal de acción. Traducción Manuel Cancio Meliá. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, Bogotá, n. 11, 1998a.

JAKOBS, Günther. **Sobre la Teoría de la Pena**. Traducción Manuel Cancio Meliá. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, Bogotá, n. 16, 1998b.

LAFER, Celso. A dialética da ordem e da desordem na obra de Antonio Cândido. In: LAFER, Celso. **Ensaio Liberais**. São Paulo: Siciliano, 1991.

MOCCIA, Sergio. Emergência e Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 24, 1998.

MOCCIA, Sergio. **La Perenne Emergenza – tendenze autoritarie nel sistema penale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia – uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução Luiz Flávio Gomez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NORTON, Philip. 'Introduction' a 'Law and order and British Politics'. Hampshire: Gower, 1984.

ORAÁ, Jaime. **Human Rights in States of Emergency in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1992.

PADOVANI, Tullio. La soave inquisizione – osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravedimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal**, v. 2, p. 529-545, 1981.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva.

RICCIO, Giuseppe. **Politica Penale dell'emergenza e Costituzione**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones Críticas Sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-penal Alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SERGIO, Gustavo. La giustizia ed i nuovi mezzi di comunicazioni.

STATERA, Gianni. **La Politica Spettacolo – politici e mass media nell'era dell'immagini**. Milano: Giuffrè, 1986.

STRATENWERTH, Günter, "Qué aporta la teoría de los fines de la pena? Traducción Marcelo Sancinetti. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, Bogotá, n. 8, 1998.

TELLES JUNIOR, Gofredo. **O Direito Quântico**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THE RISK OF RISK SOCIETY AND THE LIMITS OF LAW

Raffaele De Giorgi¹



¹ Sociologia del diritto, 2/2009, pp. 59-67

The consideration of topics that are categorized as 'risk' and the concerns that have arisen from this subject have been motivated primarily by issues linked to the environmental consequences of new technologies. The question has been formulated this way: does science and its economic uses constitute a threat that society brings upon itself?

Even though the trend has been to see the problems through the lens of ecological repercussions of technological developments, the horizon of risk perception is broader; it concerns all of the possibilities for action in conditions of uncertainty regarding the future. Risk becomes a generalized medium of communication. Together with Niklas Luhmann, we addressed these issues in the late 1980s, when we were thinking about setting up the Center for Risk Studies at the University of Lecce. The project was submitted to the CNR (Consiglio Nazionale della Ricerca - National Council of Research). The director entrusted the assessment of our project to the Pharmacology Committee, which did not consider the project worthy of recognition. It has been ten years since Luhmann left us. Risk study and management have become a global concern. I consider it a tribute to the ideas of Niklas Luhmann that we are here today discussing risk and that we consider it an issue that concerns the very structure of modern society, even though risk has become trendy, a commonplace, the stuff of political propaganda. The fact, however, that it has become a buzzword has enabled us to realize just how right Luhmann was to be preoccupied with clarifying the structure of risk. Even today, this structure remains obscure – no light has yet been shed on the paradox by sociological and theoretical reflection. It is the dissatisfaction with products circulating on the market of ideas that has motivated us to seek a theoretical clarification of this structure. And this is what we are here attempting to do.

2. Risk is considered not only in most of literature, but also in terms of common perception, as a sort of subterranean reality, a kind of second, hidden reality that flows beneath the reality that is produced by action, action carried out both by individuals and by social systems. Risk is a type of reality of threat, or a sort of threat of reality, that is kept silent. If this threat did not exist, or-

der would continue to exist. Reality would continue in an orderly fashion.

If a risk should arise, it disrupts not only this order, but also the connections between its elements as well as the temporal continuity that holds it all together. The differences between the past and the future would be overcome by the rational ability to envision the future and to act according to principles of causality in order to bring about its realization. The condition of maintaining this possible causality is called safety or security. And since safety or security are preferable conditions, a positive value is attributed, whereas a negative value is attributed to risk. Thus, reason is subjugated to morality. Risk is considered to be present and must be avoided, minimized, and managed by devising safety measures.

But: how safe is safe enough? Aaron Wildavsky asked this question many years ago. There is no answer. Experience has taught us that the greater the number of safety measures we devise, the greater the number of risks we run. Safety systems which are made up of machines controlled by machines which are controlled by machines multiply the risks of controlling the controllers. When faced with high crime rates, the fact that people can carry a weapon to defend themselves increases the risk, not the level of safety. The introduction of compulsory car insurance has increased uncontrollably the risk of road accidents. Safety is not a condition that can be established by eliminating the multiplication, the dislocation and the spread of risk. Politics cannot control the risks that politics itself produces by planning security policies.

3. How can we explain all this? One of the characteristics of modern society is the fact that the old systems and the old prerequisites of stabilization of expectations are no longer operative. With the verticality of social stratification even the old forms of security systems and the old guarantees of future stability have been shattered. Just as there is no longer room for natural law and theologically-guaranteed empirical knowledge, by the same token power is no longer legitimated in the nature

of the individual; nor can people be denied access to knowledge merely because they are proletarian or women.

When the order that it has been possible to construct on these premises as well as the premises themselves are consumed, even the semantics that had made possible the description of that order is transformed. The forms of trust, security and stability evolve, just as the representation of time evolves in connection with the temporalization of complexity in modern society. This is a technique for dealing with complexity in modern society. This much is certain: it is pointless seeking guarantees and assurances in the past. The past will not provide stability. The problem concerns the future and the access to a future that threatens or promises (depending on the observer) a myriad possible outcomes. .

In this society, the only possibility we have to build future bonds is risk.

4. Risk is an issue that concerns time or, rather, temporality, that is, the dimension of the production of events that makes possible the experience of duration despite change. Risk is concerned with the future and with the possibilities of constructing the future.

But how is it possible for this to happen, if even the future is open, and is, in any case, the time of not-knowing? The time with regard to which, the knowing of the past no longer means anything? Regarding the future, we can only choose. How? Through the construction of bonds: bonds of time.

This mode of constructing the future, this time bond, is called risk. Risk, therefore, is correlated to the not-knowing as well as to the need to choose. It is, however, also correlated, in another sense, to knowing. Indeed, the greater the extension of knowing, the greater the extension of non-knowing.

Knowing is always knowledge of the past. And risk is a problem of the future. That is why an element of inevitability has been attributed to risk.

This has led modern society to be described as a risk society. It is quite a successful description that has not only become

fashionable, but has also triggered a great deal of social alarm. Along with alarm, it has spread fear, which in turn has generated warnings and has caused people to seek refuge both in morality and in principles of an ethical nature. The market is full of principles and values. They are constructs which are communicatively stable and targeted at consumers who are psychologically weak. Indeed, if the morality of risk is useless, the risk of morality is high because, while risk reflects the contingency of action, morality eliminates it. And the most important aspect of action is managing contingency. Risk is a technique for elaborating contingencies. It requires the maintenance of a cognitive openness of social systems, which, in this way, adapt themselves to the complexity of their environment. Modern society is a risk society, but not in the apocalyptic, threatening sense that has become fashionably widespread. It is a risk society only in the sense that it has created the conditions that enable it to construct different futures and to keep the contingency of events high, that is, to keep open an ever-increasing number of possibilities of producing.

The paradoxical constitution of risk derives from the fact that risk is a construct of social communication. The latter not only constructs it, but the more it deals with it communicatively, the more it magnifies it. This effect distorts the perception of risk- it focuses the attention on certain risks, while drawing attention away from others.

5. The paradoxical as well as circular structure of risk should be clear by now. We can only attempt to rationalize the fear that risk produces. Paradoxically, an increase in risk means an increase in the chance of avoiding the risk as long as you are willing to run other risks. We have said that every social system in modern society constructs the world from within. It is a risky operation as it is carried out at the same time as other risky operations are carried out, in the opacity of what is simultaneously occurring in each social system. Classic rationality cannot be helpful under these conditions. By the same token, neither morals nor principles nor the so-called ethics of responsibility are helpful. All of these ingredients, aside from being useless in solving our problem, are dangerous. None of these are able to say what

should be done in the concrete situation. The borders can be closed so as to avoid mass immigration, but this just leads to an increase in illegal immigration and the criminal organizations that regulate the business become stronger; so-called Western values can be defended, but this only leads to the radicalization of Islam; democracy can be defended by employing force, but this only leads to civil war. Zero tolerance can be affirmed, and jails can be filled with people, thus creating millions of real candidates to embark on future criminal careers. We can go on and on. There is no social competence for dealing with risks. There is no universal rationale that can prevent and annihilate risk as a temporal bond in the production of events. All social systems are exposed to risky operations. Insofar as risk is a communication construct and possesses a unique ambiguity, the paradox that we call risk cannot be attacked by forms of causality, whether they are interventions that aim at either producing a condition or at preventing a condition from occurring. That is why dangerous decisions called security policies do not work. The rationality of managing risks eschews the rigid, obtuse form of causality as well as the emptiness of principles, the limits of rational calculation and the abstractness of choice optimization.

Risk may be monetarized. All this actually means is that any risk can be transformed into an economic risk. It is an increasingly widespread practice to which a substantial increment in risk can undoubtedly be linked. Economics re-introduces danger for some people, economic risk for others. This is a violent technique that produces exclusion through inclusion. Everyone can have access to the chance to avoid risk. Everyone has the right. Risk, however, cannot be juridified. When faced with risk, the law clearly reveals its construction defects. The problem cannot be solved by more or less law. The issue concerns the juridical technique itself. The law can intervene either before the action occurs, by preventing it from happening, thus acting before knowing whether possible future harm would occur; or else after the harmful event has occurred. In this case, the law channels the dangerous consequences into either the economic sphere or into the legal field itself. Meanwhile, the demands of risk management have become increasingly more insistent because knowing about risks,

i.e., knowing about the possibilities of avoiding risks, has become more and more widespread.

In contemporary society structural conditions exist that reveal that the future depends more and more on decision made in the present. This means that both risks and the possibilities of their management are produced simultaneously, that is, the possibility of avoiding risks that the system has decided should be avoided. In other words, we have possibilities that no other society ever had before now. Nevertheless, only highly complex structures are capable of developing risk management techniques which not only keep open many alternatives for action, but are also able to revise their own decisions. Such structures are being consolidated within social systems that are characterized by a cognitive orientation. These are social systems capable of learning from themselves, in particular, they are able to use as information the results of the elaboration of the complexity that they themselves have produced. These systems possess a great ability to evolve, that is, a great capacity to adapt to their environment.

If the future depends more and more on decision-making, then the specter of the possibility of building the future depends on the capacity for complexity possessed by the decision-making machinery that operates in the present. Simultaneity of occurrence, opacity, closure of social systems and the universal inclusion of all within them – these are all requirements of the typically modern complexity of society. These are the requirements that make it possible for us not only to deal with the dangers that the past has bequeathed us, but also to crush the ancient barriers of both the ontology and the stratification that had produced those dangers. But they are requirements that enable us to bind the future through risk, that is, by looking at possible solutions to old problems, in the certainty that the former will trigger new problems, although we have no idea what these problems are going to be.

6. But what is perceived as risk in a risk society? What is at risk in this society? The law, politics, society itself? And what is the alternative to risk? What is the other side of the distinction of

which one side is risk society? Security? Stability? Compassion? Order? Or is it once again: rationality, criticism and reflection?

And is the risk of risk society a question that concerns the operations of society's structure or is it a question related to the character of the semantic descriptions through which society observes itself?

The risk circle closes and once again the paradox of an inevitability which can be bypassed is introduced, with which something can be done. Indeed, if we free ourselves of the deceptive, threatening allure that emanates from the idea of security, then we will be able to see how knowing, which used to emanate from religion or from cosmology and from their magical truths, has been replaced, in modern society, by not-knowing about the future and the opportunity to act, so as to escape from the inevitability of having to accept whatever comes our way, that is, being forced in the future to regret having done or not having done some particular thing.

Risk, then, is a structural feature of the complexity of modern society, of its temporalization, of the symbiosis with the future, of the paradoxical nature of the present and of the ecology of not-knowing. Risk for modern people has nothing to do with danger in the ancient world. Risk for modern people expands the potential for decisions, duplicates the possibility of choice and rationalizes uncertainty, in the sense that it enables people to activate mechanisms of its own absorption, creates forks in the road of possible actions as well as duplicating the forks. The alternatives are multiplied, and with regards to the future, this is what is rational.

This is not limited rationality, as Simon may have thought. Rather, it is the emergence of structures of order, whose paradox that old rationality is no longer able to understand. We no longer live in a time where forms have universal validity, as Novalis says in one of his Fragments. And this also holds true with respect to the law.

7. The law is also a time bond as well as a means of controlling the future from the point of view of the difference between what is lawful and what is unlawful. The law, however, can neither outlaw nor prevent risk. When faced with risk, the limits of the law are laid bare and it has to devise strategies that reduce the risk of legal risk management. Meanwhile, politics is under more and more pressure to minimize and reduce risk to acceptable levels. But political decisions take on a legal form. Thus, the political system offloads the risks involved in its decisions onto the law. Moreover, since the possibilities of managing risks become obsolete as soon as we see the risks produced by the management of risks that it is deemed necessary to avoid, legislation which overloads and deforms the legal conceptuality is then established.

The law, then, is unable to protect itself against the risk of the law. The dogmatic figures that were established become weak, we witness the development of new dogmatic figures that force the individual actors of the law to control the risks involved in the situation or that sanction lawful behaviour if, in the exercise of the law, damage is produced that one would have rather avoided. New problems arise – problems due to the causal determination of effects that are produced over time and involve an unpredictable quantity of concomitant causal factors. Attempts to reach acceptable causal determinations through continual dislocations and incalculable reversals of the burden of proof proliferate. Forecasts of justiceability of interests not clearly definable and of risky situations which are not precisely determinable become widespread.

The capacity for learning of the legal system is widened and thus the tendency to re-politicize risky topics that the political system had dumped on the legal system becomes widespread. The tendency, however, that becomes the most widespread is that of transferring risk management from the law to the economy. Risks are monetarized. Since the economy has a limited capacity to tolerate the externalizations of risks brought about by other social systems, it activates forms of risk insurance, which, in turn, increase the tendency to risk.

This circularity which basically stems from the fact that risky situations are not easily portrayed as problematic situations in

terms of norms, compels the law to apply settlement-based legal practices; moreover, it confers, on the one hand, on the judge, on the other hand, on the legal subject, bargaining power that continually expands the margins of tolerance of what is unlawful. The trial itself is overloaded with unpredictability and is increasingly unable to control its duration; in addition, the outcome has become more and more uncertain. Thus an administrative-regulatory action develops which exposes bureaucracy to an uninterrupted process of learning that both blurs issues of responsibility and widens the margin for error. The concerns deemed deserving of protection multiply and conflicts and collisions among the various interests that can be safeguarded are amplified. Both politics and the law are prone to continual learning processes, yet time for reflective elaboration is lacking. Thus, both are involved in a situation of reciprocal irritation, where they are testing one another as well as observing each other. Both systems are subject to a level of cognitive stress by virtue of which the normative character of the expectations is constantly losing its original significance as well as its original function. The jurisprudential production of the law is expanded, without, however, it being able to produce conceptual stability. What actually occurs is the continual jurisprudential irritation of the political system by means of the reactive sensibility of public opinion.

The weakening of the normative function of the law and the increasingly pronounced temporalization of normative validity, have transformed the expectations addressed to the law. The law provides fewer guarantees against disappointment, while access itself to the law has become risky. The most serious problem that the legal system is facing is due to the difficulty it has in accepting its own riskiness. In other words, the law is unable to control its own temporal instability by means of recourse to the function traditionally carried out by its normative character, that is, by its own validity: to provide the certainty that, in any case, there will be a law. The certainty that whatever the outcome of the conflict, whatever the expectation or resistance or disappointment may be, in any case, there will be a law.

The expectations addressed to the law change under these circumstances. Politics treats the law as though it were a place in

society where one can experiment with, as well as try out, solutions. The public has substituted for the old certainty that there will be, in any case, a law, the new certainty which suggests that in the future there may be another law that will recognize the possibilities of an action which is at present excluded. The law itself reacts against the indeterminacy of the tasks with which it is entrusted by the political system by accentuating its temporal dimension. The legal system is oriented more and more towards causality and not, as before, towards case studies; it works less and less systematically and is increasingly sensitive to an environment towards which it had previously shown it was able to learn to be indifferent. A form of negotiable illegality as well as frequent mediation of tolerable illegality have become widespread. It is as though the violation of the law constituted more the result of a normalized mode of legal action than the result of a negation of the law. It is a structural illegality that is not only tolerated, but also clearly motivated.

On the other hand, when society treats the future as a risk that depends on a decision, the law in this society will bind itself and its own recognition to the possibilities of controlling risk. If the economy can use new forms of slavery without producing social unrest, then the law is able to turn a blind eye. And if the destruction of part of the Amazon Forest touches converging interests, then the law is able to turn a blind eye. And if the damage caused by unlawful behaviour has become too widespread or too vast, then administrative measures are more suitable than penal measures.

In other words, the law constructs hierarchies and priorities of juridical goods which definitely do not represent the ontological qualities of things, situations or facts; they constitute the inverted reflection of the willingness to tolerate structural violation of the law. In a very different sense from how Kelsen had used the term approximately a century ago, we can say that the unlawful - the violation of the law - is the real basis on which the law functions. Of great importance is the structure of the trial, which acts selectively both in relation to access to the law and in relation to the outcome of the intervention of the law.

The trial, then, is the selective structure that makes it possible to control political and judicial tolerance towards structural illegality. The trial, however, is also the social system wherein inclusion and an open future are experimented with; it is the social system wherein the riskiness of the law embodies risk in the risk society. The trial is a structure of the social system that continuously distinguishes between inclusion and exclusion. The trial temporalizes the riskiness of the future. It not only provides time to not gain access to the law, but it also provides time to evade and forget the law. The trial marks the boundary line between inclusion and exclusion. It is a constantly shifting horizon which manages to keep the expectations of inclusion, on the one hand, and the intolerability of exclusion, on the other, under control through continuous remembering and forgetting, seeing and not seeing.

In the background are human rights. Human rights are actually the right to humanitarian assistance rather than the right to protection against intrusion on the part of the state, rather than the right of each person to be protected against the law and rather than the rights of each person, including the majority of human beings who are excluded, to be protected. These rights summarize the anguish, the fear and the delusion of those who live in exclusion. And what of humankind? Humankind finds its true freedom when it is violated. In the eyes of the law, mankind is only a humorous role (*humoristische Rolle*), as Novalis said.

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL COMO HORIZONTE PARA UM NOVO PROCESSO PENAL

André Machado Maya¹

¹ Doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS e especialista em Direito Público pela UniRitter. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado

1 Introdução

O presente ensaio é resultado de reflexões oriundas de pesquisas e debates havidos no âmbito do Grupo de Pesquisa denominado Direito Fundamental à Segurança e Direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal, no ano de 2018. Durante os trabalhos, e tomada como ponto de partida a premissa sociológica da sociedade de risco, de um lado, e a constatação da expansão do sistema penal como uma realidade atual, de outro, inúmeras questões relacionadas à utilização do Direito Penal e do Processo Penal como instrumentos de concretização de um Direito Fundamental à Segurança foram problematizadas, em especial no tocante à preservação das garantias processuais penais, as quais, neste momento, encontram-se em transição de um modelo de persecução penal pautado na obrigatoriedade da ação penal para outro estruturado sobre o princípio de oportunidade.

Este ensaio materializa um pequena parte dessas problematizações, com especial ênfase no principal dilema do processo penal brasileiro na atualidade: manter-se fiel à obrigatoriedade da ação penal e à tradição romano-germânica de justiça criminal ou ceder às tentações da Justiça Negocial, pautada na oportunidade da ação penal, que se espalha pelo mundo como uma espécie de americanização do Direito. O intuito, aqui, não é aprofundar questões cuja complexidade demandaria estudo bastante mais detido, mas pontuar questões determinantes para o processo penal no momento atual, em que novos riscos e novas demandas por segurança impõem uma necessária atualização das metodologias de persecução penal conhecidas e sedimentadas há quase um século no Brasil.

A esse intuito, o ensaio inicia pontuando os novos riscos e os efeitos destes na persecução penal. O segundo momento é dedicado a uma reflexão sobre a exigência de eficiência e os efeitos daí decorrentes para o processo penal. Ao final, é posta a reflexão sobre a justiça negocial como novo horizonte e a necessidade urgente de uma regulamentação legislativa, ao efeito de ajustar os mecanismos consensuais aos preceitos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

2 Os novos riscos e os efeitos destes na persecução penal

As relações sociais contemporâneas são marcadas, na sua essência, por uma complexidade que cresce na mesma medida em que se agudiza o processo de globalização mundial. Na década de 1980, já passados mais de trinta anos, Ulrich Beck (1998) cunhou a expressão “sociedade de risco” com o intuito de definir a sociedade que surgia com o que denominava de “nova modernidade”. O fenômeno da globalização, ainda incipiente, já estava ali presente na sua teoria sociológica, cuja essência estava no método comparativo entre dois estágios da sociedade: a industrial, de dois séculos antes, estática e estruturada sobre bases referenciais sólidas, como a indústria, a família e a religião; e a moderna, dinâmica e identificada pela revolução científica e pela consequente diluição daquelas bases referenciais em detrimento de um fenômeno identificado como individualismo.

Em apertada síntese, o que caracteriza a sociedade de risco de Beck (1998) não são propriamente os riscos, mas a dinâmica social deles decorrentes. Dito de outra maneira, o que caracteriza aquela é a forma como a sociedade lida com as situações de risco nos âmbitos social, político e econômico, ou como essas situações ensejam transformações nos modelos de relações sociais, em especial resultantes do medo e da insegurança. Nas palavras do sociólogo alemão:

Os riscos da modernização são o ajuste conceitual, a versão categorial em que se captam socialmente as lesões e destruições da natureza imanente à civilização, se decide sobre sua vigência e urgência esse dispõe sobre o modo de sua ocultação e/ou elaboração. (BECK, 1998, p. 89).

Assim compreendida a teoria, assume especial relevância a noção de individualismo enquanto fenômeno característico da sociedade moderna e diretamente relacionado à dinâmica social de administração das situações de risco. Trata-se, aqui, da liberação dos indivíduos em relação às estruturas de classe estamentais próprias da sociedade industrial. O indivíduo moderno volta-se a si próprio e abandona os vínculos tradicionais, transformando-se

na própria unidade de reprodução do social no mundo da vida (BECK, 1998, p. 95-99). Disso resulta, além do incremento do desemprego, uma situação de crescente incerteza, instabilidade e, conseqüentemente, um labirinto de insegurança (BECK, 1998, p. 126).

Esse cenário desenhado por Beck na década de 1980 se acentuou com a consolidação da globalização. Eliminaram-se as fronteiras geográficas e disso resultou um processo de integração mundial que inseriu a sociedade do século XXI em um cenário de complexidade ainda mais agudizado do que o imaginado por Beck, ao qual Bauman (2008, p. 127) se refere com acentuado pessimismo, identificando essa abertura propiciada pela globalização, porque seletiva e vinculada aos interesses capitalistas, como “a causa primeira da injustiça, e assim, indiretamente, do conflito e da violência”.

A observar esse cenário, Giddens (2002a, p. 21) define o “mundo moderno” como um “mundo em disparada”, em “descontrole” (2002b, p. 14), destacando a aceleração das mudanças sociais e a maior amplitude e profundidade com que essas mudanças afetam as práticas e os modos de comportamento dos indivíduos, em comparação com as formatações sociais anteriores. A par disso, a relação entre evolução científica e incremento de riscos é inequívoca, tanto quanto a gestão desses riscos por aqueles que dominam a ciência. No dizer de Beck (1998, p. 80), a consciência do risco não é laica, mas determinada pela ciência, do que resulta incertezas, insegurança e medo. Daí porque Bauman (2008, p. 132) apregoa que “a geração mais tecnologicamente equipada da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança e desamparo”. Do mesmo modo, Castells (2005, p. 60) destaca a insegurança como característica marcante dessa sociedade, inerente ao desenvolvimento descontrolado das ciências e das tecnologias e à possibilidade da utilização daquela em prejuízo da natureza e do meio ambiente.

Esse cenário, perfeitamente demarcado nas últimas duas décadas do século XX, como destacado, se agudizou nessas primeiras décadas do século XXI com o avanço acelerado dos meios de comunicação, propiciado pelo surgimento e pela conseqüente democratização da internet, que consolidou a globalização como

um fenômeno também cultural e social, para além de meramente econômico. Castells (1999) trabalha, agora, o conceito de sociedade em rede, ou sociedade da informação, cuja complexidade está diretamente relacionada à revolução tecnológica. Neste ponto, assumem relevância as tecnologias de rádio, televisão, telefone e principalmente computadores, que uma vez empregadas pelas pessoas no contexto social, político e econômico geram novas comunidades em âmbito não apenas local, mas principalmente global. É o que se verifica com as atuais redes sociais.

As conseqüências da revolução tecnológica, no entanto, não são puramente benéficas. As facilidades proporcionadas pelas tecnologias, as quais marcam a sociedade da informação, também servem às práticas delitivas, surgindo novos riscos na mesma medida em que riscos já conhecidos são acentuados. O meio ambiente está atualmente exposto a riscos inerentes ao modo de produção de bens do capitalismo globalizado, sendo diversos em níveis quantitativos e qualitativos, em comparação com aqueles característicos da sociedade industrial e mesmo da década de 1980.

O sistema econômico-financeiro está igualmente exposto a riscos desconhecidos antes da democratização da internet e da revolução dos meios de comunicação. A paz pública, que no século passado era ameaçada pelo terrorismo no seu formato tradicional, com a revolução tecnológica, passa a ser ameaçada pelo denominado ciberterrorismo. Em todos esses casos, a insegurança é potencializada tanto objetivamente quanto subjetivamente. Os efeitos de práticas delitivas são mais intensos no ambiente da sociedade em rede, assim como o medo inerente a esses riscos é aumentado, seja pelo desconhecimento dos possíveis efeitos dessas ameaças, seja pela exploração desses riscos pela imprensa.

Nesse cenário, enfim, ao Estado são direcionadas demandas por segurança e, inevitavelmente, o Direito Penal surge como instrumento simbólico de resposta. Simbólico porque de eficácia apenas aparente, na medida em que o incremento quantitativo e qualitativo de Direito Penal não tem gerado os resultados esperados em termos de segurança, mas, ainda assim, produz um efeito sedativo da sociedade com o atrativo de ser a medida mais céle-

re para alcançar este efeito. A expansão do Direito Penal, ou da intervenção penal, é uma característica inafastável da sociedade de risco, impulsionada pela pretensão de segurança (RIPOLLÉS, 2005). Com ela se verifica a flexibilização do devido processo legal e a incorporação de práticas persecutórias próprias de outros modelos de processo penal, tudo em busca de assegurar mais eficiência à persecução penal (MAYA, 2019).

3 A exigência de eficiência e os efeitos desta na persecução penal

A exigência de eficiência é uma tônica da sociedade atual. Direcionada à persecução penal, a pretensão de eficiência se confunde com celeridade, ou seja, com imediatidade da resposta estatal a determinado ilícito penal noticiado pela imprensa. Tais demandas são compreensíveis no contexto da sociedade em rede, tecnológica, na qual a velocidade das comunicações sociais conduz a sociedade ao patamar do instantâneo. Por meio da internet e especialmente por meio das redes sociais e dos canais de comunicação que possibilitam transmissões ao vivo, como Facebook e Youtube, as notícias circulam pelo mundo em tempo real. Pessoas se comunicam também em tempo real. Nesse cenário, é natural que a expectativa social em relação à persecução penal seja de celeridade, de instantaneidade, o que acaba por gerar um tensionamento, em especial pelo fato de que a persecução penal brasileira segue o tempo da década de 1940, da comunicação por carta e dos anos de ouro do rádio no Brasil, em evidente descompasso com o atual estágio social.

De outro lado, para além da velocidade das comunicações, também a nova dinâmica social característica da sociedade de risco e, agora, da sociedade em rede, impõe uma aceleração da persecução penal. Os novos riscos, no atual formato social, decorrem da utilização dos recursos tecnológicos por organizações criminosas estruturadas para a prática de ilícitos penais que atingem bens transindividuais, como o sistema financeiro (lavagem de capitais e evasão de divisas), a paz pública (terrorismo e ciberterrorismo) e a administração pública (corrupção). Como

já destacado no ponto anterior, é a forma como a sociedade lida com as situações de risco nos âmbitos social, político e econômico, ou como essas situações ensejam transformações nos modelos de relações sociais, em especial resultantes do medo e da insegurança, o que caracteriza, para Beck (1998), a sociedade de risco.

A persecução penal característica dessa sociedade é marcada pela flexibilização de regras e pela antecipação ao ilícito ou pela prevenção deste, agora não apenas pelo Direito Penal, mas também pelo Processo Penal. À tipificação de crimes de perigo abstrato, no plano do Direito Penal material, se equivalem os meios de investigação ou de produção de prova praticados com o intuito de combater organizações criminosas e também o uso desmedido das prisões preventivas e a relativização das regras, no plano processual penal.

Nessa conjuntura, a compreensão onto-antropológica de eficiência (WEDY, 2013, p. 21) perde espaço e sustentação. A ideia de um processo no qual a celeridade e as garantias estejam em equilíbrio (FERNANDES, 2008), a prestação célere da jurisdição criminal seja efetivada com a irrestrita observância das regras que compõem o devido processo legal e a eficiência seja compreendida como a combinação equilibrada entre duração razoável do processo e garantismo não resiste à tentação do instantâneo. O processo penal é inserido na lógica da aceleração e da velocidade e será eficiente na medida em que apresente uma solução rápida à sociedade. A legitimidade da decisão judicial passa a estar atrelada mais ao tempo e menos ao devido processo legal.

Nesta busca por respostas imediatas, então, mecanismos processuais próprios de outros modelos de administração da justiça criminal passam a ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, como fórmulas aptas a tornar a prestação jurisdicional mais célere e adequada aos padrões da sociedade em rede. Fala-se aqui dos instrumentos característicos da justiça negocial. No ano de 1995 entrou em vigor no Brasil a Lei dos Juizados Especiais Criminais, com as previsões de transação penal e suspensão condicional do processo aplicáveis aos denominados crimes de menor potencial ofensivo. Nas primeiras décadas deste século se

consolidou no Brasil a colaboração premiada como instrumento negocial de aceleração da justiça criminal e de combate à criminalidade organizada, agora com foco nos crimes de maior potencial ofensivo. Ao observarem esse cenário, Reale Júnior e Wunderlich (2019) identificaram duas dimensões de justiça negocial. Com o advento da Lei 12.850/2013, e posteriormente com as práticas adotadas no âmbito da operação Lava Jato, a colaboração premiada se consolidou como metodologia de investigação de meios de prova e de aceleração da persecução penal de crimes empresariais e praticados contra a administração pública.

Os aparentes benefícios, no entanto, são naturalmente acompanhados por aspectos negativos. Naturalmente, surgiram impasses e dúvidas acerca da aplicabilidade deste instituto, em especial quanto aos seus limites e ao seu procedimento, dada a regulamentação deficitária da mencionada legislação, da qual resultam insuperáveis lacunas. Para além disso, merece também reflexão a incorporação de um mecanismo negocial próprio de um sistema de administração de justiça anglo-saxão ao Direito Processual Penal brasileiro, de origem romano germânica. As incompatibilidades daí decorrentes são consequências das diferenças fundantes de ambos os sistemas. Como compatibilizar a colaboração premiada com o princípio de obrigatoriedade da ação penal, por exemplo? Por que para os crimes empresariais, característicos da sociedade de risco e atentatórios de bens jurídicos transindividuais, é possível a negociação e até mesmo uma imunidade ao suspeito, e nos crimes comuns, que atentam contra bens jurídicos individuais, essa possibilidade é vedada? Como conciliar a possibilidade de imposição de sanções extrapenais com o princípio da legalidade?

Perguntas como essas expõem as contradições internas resultantes das inúmeras reformas parciais da legislação processual penal brasileira, em especial da incorporação de mecanismos processuais próprios de sistemas que operam em outra lógica (princípio de oportunidade, *due process of law* em uma perspectiva procedimental) ao nosso processo burocrático, obrigatório, escrito e orientado à busca da verdade real, do que resulta que a legitimação da decisão judicial é material e não procedimental. Esta é a denominada “americanização do Direito” (REALE

JÚNIOR; WUNDERLICH, 2019). Neste cenário, a busca por uma coerência sistêmica mínima impõe a reflexão sobre os rumos a seguir, para o que se deve considerar não apenas a necessidade de ajuste do tempo do processo, mas também, e especialmente, a função do processo penal.

A persecução penal própria da sociedade de risco, ou da agora denominada sociedade em rede, materializa a forma como o Estado lida com a criminalidade que afeta bens jurídicos próprios dessa formatação social contemporânea, na sua essência transindividuais. O uso dos recursos tecnológicos por organizações criminosas gera novos riscos e incrementa riscos até então conhecidos. A velocidade das práticas ilícitas é diferente, assim como os efeitos destas, se comparada com os ilícitos penais contra bens jurídicos individuais, como patrimônio e vida, por exemplo. Frente a isso, a relação entre liberdade e segurança no âmbito processual penal resta afetada. A tradicional função do processo penal – de instrumento de limitação ao exercício do poder punitivo do Estado e, portanto, de tutela das liberdades individuais – cede espaço para a função de concretização do dever de proteger direitos fundamentais, o que decorre do reconhecimento da natureza também objetiva desses direitos (FELDENS, 2012).

Do direito à segurança, previsto em diferentes dispositivos da Constituição Federal, decorre o dever de assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, imposto ao Estado. Consoante precedentes da Corte Americana de Direitos Humanos (Casos Garibalbi versus Brasil; Gomes Lund e outros versus Brasil; Ximenes Lopes versus Brasil, Kawas Fernández versus Honduras e Castillo Páez versus Peru), em algumas situações – a depender da relevância constitucional do bem jurídico – essa segurança há de ser efetivada por meio do Direito Penal e do Processo Penal. Trata-se, aqui, dos mandados de criminalização e das obrigações processuais penais positivas (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 58).

Com as novas tecnologias, logo, surgem novos riscos e novas demandas ao Estado, dos quais decorrem novas formas de tutela, inclusive pela via penal. Seria inimaginável a persecução penal de ilícitos transnacionais praticados por organizações criminosas com regras oriundas da década de 1940. Disso decorre,

em um paralelo ao que Sánchez (2006) sustentou em relação à expansão do Direito Penal, o surgimento de diferentes velocidades processuais penais. A necessidade e a obrigação de tutela penal (lato sensu) de novos bens jurídicos expostos a riscos próprios da sociedade em rede exigem metodologias de investigação e persecução penal adequadas a essa formatação social, sem as quais a prestação jurisdicional penal não será eficiente, tampouco efetiva.²

Não se trata, portanto, apenas de celeridade, mas de adequação da persecução penal a um novo formato de sociedade. O desafio, nesse âmbito, é compatibilizar essa adequação com garantias humanitárias fundamentais ao controle do exercício do poder estatal e, pois, à concretização da democracia. A exigência de eficiência aplicada ao processo penal, então, impõe a implementação de mecanismos processuais aptos a propiciar um resultado eficaz, mas com irrestrita observância das garantias fundamentais.

4 A justiça negocial como o novo horizonte e a necessidade de uma regulamentação urgente

O cenário posto é de um direito processual penal em transformação, em busca de adaptação a um novo modelo de sociedade. O Código de Processo Penal brasileiro é de 1941 e sua base principiológica está inequivocamente superada pelo advento dos postulados democráticos que estruturam a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Disso resulta a inadequação de diversos dispositivos, o que há muito vem sendo apontado pela doutrina (CHOUKR, 2018; GIACOMOLLI, 2014). De outro lado, sua estrutura burocrática, pautada na escrita e na centralidade do juiz, por exemplo, é agora percebida como defasada e como causa principal da morosidade do sistema de administração de justiça criminal brasileiro.

² A propósito, sobre a distinção entre efetividade e eficiência, veja-se: FERNANDES, 2009.

Consequência disso, já destacada, é a relativização das regras processuais em busca de celeridade. Tendo como base a premissa legitimadora da verdade real, consagrou-se a lógica de que os fins justificam os meios e, assim, a inobservância das regras processuais desimporta quando o resultado alcançado retrata a verdade. Com base nessa premissa, as nulidades são relativizadas (inclusive as ditas absolutas), as regras procedimentais são consideradas não vinculantes, o juiz abandona sua posição de imparcialidade e provas ilícitas passam a ser admitidas, por exemplo. O cenário é de esvaziamento da garantia do devido processo legal. Afinal, qual o conteúdo dessa garantia constitucional quando todas as regras processuais são flexibilizadas?

Dessa constatação decorre que a formatação codificada do processo penal brasileiro, porque defasada no tempo, não é mais apta à finalidade pretendida. De nada adiantam regras que determinam o afastamento do juiz por aparente suspeição, que estabelecem o procedimento de produção de determinado meio de prova ou mesmo que exigem determinada prova para a demonstração da materialidade se essas são flexibilizadas e superadas em razão da ausência de prejuízo. De nada adianta a previsão teórica de garantias que na *law in action* não são concretizadas. Impõe-se rumar para um modelo no qual as garantias sejam efetivamente concretizadas.

É nesse âmbito que se coloca a questão da justiça negocial. Os instrumentos desta, como a transação penal, a aplicação de pena imediata e a colaboração premiada, inserem a persecução penal em uma nova velocidade, outra vez no sentido utilizado por Sánchez (2006) para o Direito Penal material. Observadas determinadas garantias mínimas, e havendo consenso, a solução imediata afigura-se razoável e apta a otimizar o espaço jurisdicional, contribuindo para a eficiência (celeridade com garantias) da persecução penal tradicional, reservada essa para determinados crimes e para os casos nos quais não houver consenso. No dizer de Reale Júnior e Wunderlich (2019), "é cediço que, se aplicadas com segurança, as soluções negociadas na seara penal podem contribuir para a resolução de conflitos, para a redução da morosidade judicial e para a diminuição do inchaço penitenciário."

Efetivamente, no âmbito da criminalidade organizada, o incentivo à colaboração por meio de acordos é uma medida adequada à pretensão de eficiência da persecução penal. Sua necessidade, de outro lado, decorre da elevada complexidade do *modus operandi* dos crimes econômicos e praticados contra a administração pública, bem como da já mencionada exigência da imediata atuação estatal na investigação e reprovação desses delitos. Ademais, o alargamento dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência mundial.

Assim compreendidos, os mecanismos consensuais ou negociais poderão contribuir para um resultado mais eficiente da persecução penal. Naturalmente, porém, o regramento desses mecanismos precisa ser aprimorado. Bem delimitadas as hipóteses e os procedimentos, por certo, no âmbito da negociação, o acusado terá concretizadas garantias que atualmente não o são na persecução penal tradicional. Entretanto, a adequação desses mecanismos ao ordenamento jurídico brasileiro pressupõe regras procedimentais rígidas e bem definidas, imprescindíveis ao controle do exercício do poder punitivo pelos órgãos de persecução penal (CALLEGARI, 2019)³ e ao incremento dos níveis de confiança nas instituições e de segurança jurídica (REALE JÚNIOR; WUNDERLICH, 2019).

Este parece ser o cenário que se apresenta. A tendência negocial, consagrada pela lei 12.850/2013, alcançou os projetos de reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal, ambos em tramitação no Congresso Nacional. Em ambos há previsões explícitas de justiça negocial, agora também para crimes comuns, observados alguns requisitos e certa limitação relacionada à sanção penal abstratamente cominada. Do mesmo modo, o recente Projeto Anticrime apresentado pelo ministro da Justiça alarga sobremaneira os espaços de consenso na persecução penal. Inequivocamente, portanto, a justiça negocial é o novo horizonte. O desafio é estabelecer um regramento que ofereça garantias suficientes no âmbito de um modelo negocial apto a justificar o abandono de princípios tão fundamentais à estruturação do mo-

delo de persecução penal romano germânico, como a legalidade e a obrigatoriedade da ação penal.

Referências

- AGOSTINI, Renata. **'É hora de o Congresso mudar a lei da colaboração premiada', diz criminalista**. Portal Estadão. 24 jun. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-hora-de-o-congresso-mudar-a-lei-da-colaboracao-premiada-diz-criminalista,70002884568>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrick. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 15562, 09 nov. 1992.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, p. 2391, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 05 ago. 2013.
- BRASIL. Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 15033, 27 set. 1995.

³ A propósito, vide-se entrevista concedida pelo autor ao periódico Estadão: AGOSTINI, 2019.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raúl Marques. **Colaboração Premiada**: lições práticas e teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer; atual. para a 6. ed. Jussara Simões. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1) São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A Sociedade em Rede**: do conhecimento à ação política; Conferência. Belém, Portugal: Imprensa Nacional, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: a Constituição Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Sigilo no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002a.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002b.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 73, maio 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do projeto anticrime. **Boletim IBCCRIM**, n. 318, maio 2019.

Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6330-Justica-negocial-e-o-vazio-do-Projeto-Anticrime. Acesso em: 02 jul. 2019.

RIPOLLÉS, José Luis Diez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología**, n. 07, p. 01-37, jan. 2005.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisão cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

UMA CONSEQUÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA: imperativos implícitos de tutela processual penal

Pietro Cardia Lorenzoni¹

¹ Advogado. Professor de Teoria do Direito da Faculdade Monteiro Lobato (FATO). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa na Itália (UNIPI-IT) e em Educação pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Mestre em Direito pela Faculdade do Ministério Público (FMP-RS). Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: pclorenzoni@gmail.com.

Resumo

Este texto versa sobre pesquisa sobre a amplitude do direito fundamental à segurança, uma vez que se trata de direito em voga nas diversas discussões jurídicas e que adquire certa frequência nas decisões legislativas e jurisprudenciais na sociedade brasileira contemporânea. Destarte, inicia-se com uma breve análise do papel dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Depois, investiga-se especificamente o direito fundamental à segurança. Por fim, propõe-se, a partir das normas constitucionais e convencionais, além de julgados das Cortes Internacionais de Direitos humanos, a existência de imperativos implícitos de tutela processual penal que exigem deveres de eficiência, eficácia e modernização no processo penal brasileiro limitados pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Conclui-se que os deveres advindos dos imperativos implícitos de tutela processual penal podem auxiliar na fundamentação de novos mecanismos de persecução penal da criminalidade moderna complexa e organizada. Contudo, um maior estudo do tema e dos limites impostos aos deveres é necessário. O método de pesquisa utilizado foi a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Direito fundamental à segurança. Modernização do direito penal.

Abstract

It is a research on the scope of the fundamental right to security of person. The reason of the research is that the right of security is in vogue in the legal discussions and that acquires a certain frequency in the legislative and jurisprudential decisions in contemporary brazilian society. Thus, it begins with a brief analysis of the role of fundamental rights and the human dignity in a democracy based on the rule of law. Then, the fundamental right to security is investigated. Finally, it is proposed, based on constitutional and conventional norms, in addition to judgments of the International Courts of Human Rights, the existence of implicit imperatives of criminal procedural protection that require duties of efficiency, effectiveness and modernization in the brazilian criminal process limited by respect to the human dignity. The obligations arising from the implicit imperatives of criminal procedural protection can help justifying a series of new mechanisms of criminal prosecution of complex and organized modern criminality. However, further study of the topic and its limits is necessary. The research method used was the bibliographical and jurisprudential review.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Fundamental right to security of person. Modern criminal procedure.

1 Considerações iniciais

Vive-se um tempo de incerteza, insegurança e risco na sociedade contemporânea, conforme importantes juristas e sociólogos demonstram². No campo do Direito Penal lato sensu, uma das consequências da transformação pela qual a sociedade atual passa é a demanda por segurança e o conflito entre os direitos à segurança e à liberdade.

Trata-se de colisão de direitos fundamentais que elucida as transformações e as mudanças, muitas vezes demandadas pela própria sociedade, pelas quais o papel do Direito Penal e Processual Penal passa para se manter atualizado e efetivo, respondendo às exigências sociais e políticas. Com os recentes casos Favela Nova Brasília e Herzog, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2017 e 2018, o direito à segurança novamente vem a tona e prepondera nas discussões sobre o assunto. Diante da necessidade de reflexão e compreensão sobre o papel que este direito ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, investiga-se, neste artigo, se o direito à segurança é um direito fundamental e algumas consequências desta configuração. Para tanto, o artigo está dividido em três partes.

Na primeira parte, deve-se investigar sucintamente o papel dos direitos fundamentais e a relação destes com a dignidade da pessoa humana. Cumpre firmar que a exposição é feita sem qualquer pretensão de esgotar o tema, tampouco se pretende uma abordagem ampla, limitando-se a elencar bases úteis para o desenvolvimento do direito fundamental à segurança, na segunda parte, e uma das consequências deste na terceira parte, qual seja: os imperativos constitucionais e convencionais de tutela processual penal.

² Apenas para exemplificar: SÁNCHEZ, 2001; RIPOLLÉS, 2005; LEAL, 2017; GIDDENS, 1991; MAYA, 2017.

2 Breve noção sobre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

As concepções modernas de Estado e indivíduo estão intimamente vinculadas à hegemonia dos regimes democráticos contemporâneos na cultura ocidental. A sociedade política é compreendida como produto artificial da vontade dos indivíduos e, a partir dessa compreensão, extrai-se uma visão individualista de sociedade e Estado. Essa visão solidifica a ideia de que o indivíduo é um singular soberano que entra em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos para criar uma sociedade política (BOBBIO, 1997, p. 23). Trata-se da concepção de que o Estado é criado para o indivíduo, devendo aquele garantir o livre desenvolvimento e exercício da dignidade deste.

Entende-se que essa soberania do indivíduo está relacionada com os fundamentos da dignidade dele. Assim, a consagrada ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado, consoante afirmado por Sarlet (2015, p. 47). Nesse sentido, sendo o indivíduo formador do Estado detentor de dignidade, ele não pode ser considerado como servo ou instrumento do Estado, mas sim como um fim em si mesmo.

Então, o indivíduo é o próprio fim do Estado e sujeito legitimador da existência deste. Nessa lógica, a democracia é compreendida como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas com a mais ampla participação possível dos interessados dotados de direitos (BOBBIO, 1997, p. 4). O Estado Democrático moderno, então, legitima o exercício do poder pelo respeito aos indivíduos que o formam. Tais indivíduos possuem o poder de escolher diretamente ou indiretamente as normas que pautarão a sua convivência social e, tendo esse poder, os diversos membros da sociedade devem ter o direito de participar do processo decisório das normas. Contudo, como indivíduos soberanos que são, o espectro normativo

de criação de normas e da atuação do Estado é limitado pelos direitos fundamentais dos seus formadores (CANOTILHO, 2003, p. 291).

Esse espectro é definido pela Constituição, a qual protege os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como fundamentos legitimadores da democracia. Em sentido semelhante, Sarlet afirma que

a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 95).

Nessa senda, Bobbio (1997, p. 20) entende que a atribuição de direitos de participação nas decisões coletivas a um elevado número de cidadãos e o respeito à regra da maioria não bastam para concretizar o conceito de democracia, visto que esta ainda necessita do respeito pela preservação do catálogo homogêneo de direitos e deveres fundamentais mais amplo que a mera participação nas decisões (RAWLS, 1997, p. 388). Esses direitos são a proteção do indivíduo contra as maiorias e/ou os desvios de poder do Estado (SARLET, 2007, p. 71).

Os direitos fundamentais, de forma mais precisa, consistem na sua maior parte na positivação dos direitos humanos. Estes são entendidos como direitos universais, já que são os que competem a todos os homens; morais, visto que extraem sua validade moral perante cada um dos seus titulares por meio de uma fundamentação racional que é anterior e prescindem da positivação desses direitos; preferenciais, que significa a preferência desses direitos sobre outros no momento de sua proteção e o direito dos seus titulares à positivação preferencial pelo Estado; fundamentais, uma vez que eles tratam de interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito e que a necessidade de seu respeito deixe-se fundamentar pelo direito; e abstratos, porque a limitação e restrição por outros di-

reitos é característica intrínseca a eles (ALEXY, 2015, p. 45-49). Os direitos fundamentais são os direitos resultantes da codificação dos direitos humanos por uma constituição, solucionando o problema da institucionalização (ALEXY, 2015, p. 49).

Destarte, obtém-se a devida legitimidade das decisões coletivas vinculantes por meio dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, conforme lição de Sarlet (2007, p. 70), são concomitantemente pressuposto, garantia e instrumento da própria democracia. Ademais, acrescenta-se a essa noção a proteção e o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro.

O dever do Estado de tratar os indivíduos como o verdadeiro fim da sociedade é reforçado quando a Constituição pátria estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado, conforme art. 1º e incisos da CF/1988. Assim, esta dignidade é precisamente a base e o critério norteador do Estado Democrático de Direito em que nos encontramos. É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (SARLET, 2015, p. 56).

Para uma melhor compreensão deste conceito, vale-se das propostas de Kant (2002) e Sarlet (2007;2015). Consoante Kant (2002), a autonomia ética do ser humano é o próprio fundamento da dignidade do homem. Então, o homem deve existir sempre como um fim em si mesmo. Na leitura de Motta e Streck de Kant, entende-se que a contraposição entre preço e dignidade auxilia na compreensão da dignidade da pessoa humana e do imperativo categórico (MOTTA; STRECK, 2016, p. 114). Assim, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Nessa senda, quando algo tem preço ele pode ser substituído por outro de mesmo preço; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2002, p. 434).

No mesmo giro, ao Sandel (2013, p. 154, p. 155) analisar a proposta do Imperativo Categórico de Kant, ele afirma que a humanidade tem um valor absoluto como fim em si mesmo. Tal

afirmação tem especial valor na compreensão do Estado democrático de Direito e nas garantias processuais, visto que, conforme afirma Kant,

ser humano, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade, mas em todas as suas ações, seja aquela direcionada a si ou a outrem, deve sempre ser considerado como um fim. (2002, p. 428, tradução nossa).³

O indivíduo soberano que compõe o Estado deve ser o fim deste por possuir um valor intrínseco de dignidade. Acompanhando as bases do pensamento Kantiano, Sarlet entende que a

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, p. 71).

Assim, a dignidade da pessoa humana se relaciona intrinsecamente com a aplicação da teoria dos direitos fundamentais. Nessa senda, ela serve como critério hermenêutico integrador da concretização dos direitos fundamentais. Tal função é definida com maestria por Sarlet, para quem:

Do ponto de vista da sua dimensão objetiva impõe-se seja ressaltada a assim chamada função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o mesmo serve de parâmetro par aplicação, interpretação e integração não apenas dos direi-

³ Do original: Now I say that the human being, and in general every rational being, exists as end in itself, not merely as means to the discretionary use of this or that will, but in all its actions, those directed toward itself as well as those directed toward other rational beings, it must always at the same time be considered as an end. All objects of inclinations have only a conditioned worth; for if the inclinations and the needs grounded on them did not exist, then their object would be without worth.

tos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna - acaba por operar como critério material no âmbito especialmente de hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática. (SARLET, 2015, p. 103).

3 O direito fundamental à segurança

Os direitos fundamentais nascem com a constituição, conforme assinalado anteriormente (ALEXY, 2015, p. 49), sendo esta a lei superior de uma sociedade que servirá de fundamentação formal e material para toda a legislação posterior. A lei superior tem por objetivo definir as regras formais do Estado e da estrutura política da sociedade e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade, que serão regras e princípios de harmonização para o convívio social (FELDENS, 2012, p. 37). Os direitos fundamentais terão uma função contramajoritária de proteção do indivíduo contra a atuação estatal e social autoritária, ou seja, os direitos fundamentais serão a garantia, em um Estado Democrático, de que as regras da maioria (não importa o quão maioria seja) não violarão direitos básicos dos cidadãos, como vida, propriedade, liberdade, segurança e outros.

Esses direitos, como são originados da Constituição, são imediatamente exigíveis tanto de forma positiva quanto negativa, visto que os deveres do Estado para com os cidadãos não se exaurem em omissões, direitos de defesa, mas também compreendem prestações para que os cidadãos alcancem os direitos previstos na Carta Fundamental e desenvolvam de forma ampla a dignidade da pessoa humana. Logicamente, esses direitos não são absolutos, uma vez que eles admitem restrições, tendo em vista que o próprio caráter de harmonização social faz com que os diversos direitos fundamentais entrem em choque uns com os outros, razão pela qual eles são passíveis de limitação e restrição (ALEXY, 2017, p. 94), conforme assinalado anteriormente (ALEXY, 2015, p. 49).

Contudo, a relativização de direitos fundamentais possui um limite, qual seja: o núcleo essencial do direito fundamental em questão. O núcleo se define como a parte elementar do direito fundamental que, se ignorada, acaba com a própria existência do direito (FELDENS, 2012, p. 43). Sendo assim, o direito à segurança é caracterizado como um direito fundamental. Tal assertiva, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, é óbvia em decorrência do caput tanto do art. 5º quanto do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Ademais, a partir da compreensão de que os direitos fundamentais são os direitos promulgados pela Constituição que atendem as características de moralidade, fundamentalidade, preferencialidade e abstratividade,⁴ como elencado por Alexy (2017), parece plenamente correto de uma perspectiva tanto material quanto formal a caracterização do direito à segurança como direito fundamental.

Sobre a aplicação desse direito fundamental, a presença do direito à segurança entre tanto os direitos clássicos de primeira geração quanto os direitos sociais de segunda geração demonstram o espectro dúplice de atuação dessa norma. Em outras palavras, pela própria posição do direito nos capítulos I e II dos direitos fundamentais previstos na nossa Magna Carta, extrai-se o âmbito negativo de abstenção de ingerências estatais como segurança do indivíduo, em uma perspectiva liberal, e o âmbito positivo de dever estatal de proteger o indivíduo de violações nos seus direitos, sob uma perspectiva prestacional do Estado (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 189).

Desse modo, superam-se concepções como a de Baratta (2004, p. 200)⁵, quem entende que o direito à segurança não funciona da mesma maneira que os direitos fundamentais, visto que seria um direito secundário e uma necessidade secundária. Na senda do defendido por Baratta, a segurança não existiria por si só, a função desta seria a de proteger e garantir os outros

4 Cumpra afirmar que nem todos os direitos fundamentais são direitos humanos, apesar de todo direito humano (poder) ser direito fundamental. Exemplo disso está no art. 7º da Constituição Federal, o qual prevê diversos direitos sociais dos trabalhadores como fundamentais que não caracterizam direitos humanos como o fundo de garantia do tempo de serviço e o décimo terceiro salário.

5 Crítica-se, aqui, a posição de Baratta pela expressiva quantidade de doutrinadores que se baseiam na doutrina do autor italiano para justificar a descaracterização do direito à segurança como direito fundamental.

direitos ditos primários, como vida, liberdade, educação e propriedade. Destarte, a segurança serviria como um direito a ter direitos, quase como uma forma de certeza que aqueles direitos primários dos indivíduos serão tutelados.

Nesse caminho, Baratta (2004, p. 201) entende que o direito à segurança deve ser construído de forma normativa e não fática, visto que a função desse seria meramente assecuratória de outros direitos, não existindo um âmbito prestacional do Estado à concretização positiva do direito à segurança. Com base nisso, o autor defende que o direito fundamental à segurança é uma construção constitucional falsa, já que supérflua, se significa o direito de todos os direitos para todos os indivíduos, ou ideológica, se implica a seleção de alguns direitos de um grupo privilegiado em detrimento de outros direitos de um grupo excluído (BARATTA, 2004, p. 202).

Essas críticas não podem ser aplicadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Talvez possam ser argumentadas e discutidas no âmbito italiano, no qual foram fundadas, mas não sucedem na realidade pátria. Efetivamente, há de se entender que o direito fundamental à segurança indubitavelmente incorpora a função de proteger e garantir os outros direitos, além de abranger o direito à segurança jurídica. Quanto a isso, não parece haver dissenso entre a doutrina.

Entretanto, o direito fundamental à segurança não se limita apenas a esses âmbitos de aplicação. Correta é a afirmação de Baltazar Junior (2010, p. 187) quando ele assinala que se trata de direito que conforma e condiciona o exercício de direitos fundamentais, garantindo a proteção de direitos materiais e o livre desenvolvimento da personalidade humana, sem consistir um status superior (nem inferior) aos demais direitos fundamentais.

Com efeito, é papel positivo do Estado tanto a garantia da segurança externa, relativa a ameaças vindas do estrangeiro, quanto a segurança interna, em relação a ameaças que estão dentro do território nacional (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 187). Trata-se de proteção no sentido objetivo, ou seja, de riscos e perigos efetivos e não de sentimento de insegurança, visto a notória dificuldade em impor deveres de tutela a sentimentos dos cidadãos. Contudo, não deve o Estado se abster de demonstrar

de forma transparente o esclarecimento do medo, como afirma Baltazar (2010, p. 188): “é papel do Estado debelar ou esclarecer a população, a fim de afastar o perigo real ou esclarecer as suas dimensões verdadeiras”.

Nessa senda, compreende-se o direito fundamental à segurança como ínsito e imanente de um Estado Democrático de Direito (FISCHER; PEREIRA, 2018 p. 32), pautado na dignidade da pessoa humana como simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (SARLET, 2015, p. 56). Então, o “direito fundamental à segurança não trata exclusivamente de segurança jurídica, mas de segurança de bens jurídicos, ou seja, de uma proteção que se dá não apenas no nível normativo, mas efetivo, de realidade contra agressões de terceiros” (BALTAZAR, 2010, p. 188), limitado no devido respeito a sua dimensão negativa e na dignidade da pessoa humana.

No plano convencional, referente à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o direito convencional à segurança também possui importância destacada, abrangendo os mesmos âmbitos de aplicação do direito fundamental à segurança. Isso se dá, pois, a Convenção prevê, conforme seus arts. 7 e 32, a segurança como tanto dever quanto direito da pessoa humana. Ademais, toda pessoa tem direito à sua segurança não apenas jurídica, mas também pessoal, devendo essa ser garantida de forma positiva pelo Estado, consoante arts. 22 e 27 também da Carta Interamericana.

4 Os mandados constitucionais e convencionais implícitos de tutela processual penal: deveres de eficiência e de modernização

As consequências à compreensão do direito à segurança como fundamental em uma dupla atuação, negativa e positiva, geram deveres para o Estado que, apesar de já conhecidos e estudados, possuem discussão incipiente na doutrina pátria. O conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, como já afirmado, permite a elaboração de deveres de proteção penal por parte do

Estado, os quais consistem na “obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal” (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 34).

As bases para essa afirmação são explicadas por Feldens (2012), quando este escreve sobre a passagem do modelo liberal clássico para um modelo que também comporta bases sociais e prestativas:

as circunstâncias sociopolíticas modificaram-se, e muito, desde então: por um lado, o Estado perdeu parcela de seu poder em favor de organizações privadas, as quais assumiram funções anteriormente desempenhadas diretamente pelo poder público. Em consequência, uma porção significativa dos perigos que rondam os direitos humanos e fundamentais provém, na atualidade, dos poderes privados, os quais constituem hoje uma ameaça ao desfrute efetivo do direito fundamental não menos inquietante que a representada pelo poder público; por outro, o Estado deixa de estar dominado pelos interesses da burguesia para converter-se em um Estado de pluralidade de classes, cada qual reclamando a satisfação de seus interesses, não raramente contrapostos. Naturalmente, os indivíduos ameaçados passam a exigir, do Estado, proteção diante dos cada vez mais temidos poderes privados. (FELDENS, 2012, p. 46-47).

As alterações fáticas no corpo político deram origem a duas doutrinas estreitamente vinculadas que se posicionam contra uma compreensão reducionista dos direitos fundamentais, quais sejam: a da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, trata-se da tese da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais para as relações cidadão-cidadão (ALEXY, 2017, p. 524-528); e a dos deveres de proteção, expressão da atribuição aos direitos fundamentais da função de imperativo de tutela (FELDENS, 2012, p. 47).

A partir de diversos enfrentamentos de casos constitucionais, o mais paradigmático e comentado é o caso Luth (BVerfGE 7(198), 15/01/1958). Este concretizou na jurisprudência constitucional alemã uma tese que é, conforme exposto na doutrina (FELDENS, 2012, p. 49), plenamente aplicável no Brasil e frequentemente utilizada nas cortes supranacionais de direitos humanos,

qual seja: a de que os direitos fundamentais desencadeiam uma ordem dirigida ao Estado para incumbi-lo da obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.

É importante notar que dentro dessa obrigação estão mandamentos de proteção dos direitos fundamentais como imperativos de tutela por parte do Estado, incluindo mandamentos explícitos e implícitos de intervenção penal (FELDENS, 2012, p. 47-98). Nessa acepção, os direitos fundamentais exigem prestações penais positivas por parte do Estado destinadas à proteção dos indivíduos frente a ataques de terceiros, possivelmente outros cidadãos com direitos fundamentais e dignidade protegida e reconhecida juridicamente.

Essa concepção deve ser trasladada ao processo a partir da ideia de que a realização e a proteção dos direitos fundamentais dependem das regras de organização e procedimento. Estas, por sua vez, são influenciadas pelos direitos fundamentais, de modo que, se as disposições processuais não forem adequadas, pode ser afetada a própria validade efetiva dos direitos fundamentais (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 34). Com efeito, é possível afirmar que os direitos fundamentais exigem prestações penais positivas não apenas no âmbito do direito penal material, mas também no direito processual penal. Trata-se de mandados constitucionais implícitos de tutela processual penal que se originam dos direitos fundamentais, mais notadamente do direito fundamental à segurança.

Esses mandados já são aplicados a partir de uma leitura convencional dos tratados de direitos humanos pelas cortes supranacionais, sendo possível falar em mandados convencionais implícitos de tutela penal. Nessa senda, Fischer e Pereira (2018, p. 58) apontam que é perceptível que a “necessidade de proteção efetiva dos direitos tutelados pelas normas penais internas exige que sua afirmação vá além da mera previsão abstrata contida em tipos penais”, abrangendo uma obrigação de efetividade processual que independe da conduta lesiva investigada ter sido praticada por um representante do Estado ou por um particular.

Apenas como exemplos jurisdicionais da preocupação com a eficácia da jurisdição penal e a proteção da vítima, citam-se os casos *Ximenes Lopes versus Brasil*; *Kawas Fernández versus Hon-*

duras; *Castillo Páez versus Peru*; e o recente caso *Favela Nova Brasília versus Brasil*, todos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. De outro giro, também há exemplos na Corte Europeia de Direitos Humanos, como os casos *Talpis versus Itália*; *Cirino e Renne versus Itália*; e *Denis Vasilyev versus Rússia*.

No caso *Castillo Paéz*, a comissão solicita que “se leve a cabo as investigações necessárias para identificar, julgar e sancionar os culpados”.⁶ A compreensão desses mandamentos implícitos de tutela processual penal não apenas constitucionais, mas também convencionais, podem auxiliar numa percepção mais concreta da natureza e finalidade do processo penal. Nesse sentido, Fischer e Perreira (2018) identificam como pressuposto implícito da fundamentação jurisprudencial de casos semelhantes nas Cortes interamericana e europeia de Direitos Humanos o reconhecimento de que o direito penal não pode ser atuado sem o processo. Assim, deve-se analisar o modo pelo qual se “desenvolve concretamente o procedimento, não apenas para assegurar o respeito dos direitos fundamentais que poderiam ser descuidados pelo mecanismo processual, mas também pela finalidade de assegurar efetividade à tutela penal” (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 58).

Do mesmo modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece, no caso *Favela Nova Brasília*, que os Estados Partes são obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos e a conduzir investigações policiais e processos judiciais de forma imparcial, eficiente e eficaz. Essa obrigação positiva do Estado, conforme decisão do caso de 2017, está dentro do dever estatal de garantir o livre e pleno exercício dos direitos convencionais reconhecidos a toda pessoa que se encontre sob a jurisdição da corte. Com efeito, o Brasil foi condenado no caso em comento, entre outras coisas, por não cumprir com seus deveres de eficiência e efetividade na persecução policial e no processo judicial, agravando os atos de violação dos direitos humanos dos seus cidadãos.

A condenação tem duas consequências importantes na realidade do ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, há o re-

⁶ Caso *Castillo Páez versus Peru*. Sentença de 03 de novembro de 1997, p. 2.

conhecimento de que o processo penal não é a instância mais adequada ao enfrentamento dos crimes e à salvaguarda dos direitos fundamentais violados, o que deveria ser realizado, eminentemente, antes e fora do processo. Contudo, deve ser igualmente reconhecido que, quando necessária a resposta penal perante a lesão dos direitos fundamentais, essa se concretiza na repressão penal, devendo ser desenvolvida necessariamente pelo mecanismo processual da forma mais eficiente e mais garantidora de direitos fundamentais (tanto da vítima quanto do acusado) possível, caminho obrigatório na verificação dos fatos (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 69).

Com efeito, verifica-se um dever de efetividade e eficácia da proteção penal. Então, a atenção devida sobre a forma de desenvolvimento do processo não se fundamenta apenas nas garantias aos sujeitos processuais de proteção de direitos fundamentais contra ingerências do Estado, mas se embasa também no propósito de assegurar a efetividade da tutela penal. É importante dedicar atenção ao conjunto do mecanismo judicial e à dinâmica concreta de sua realização, visto que o procedimento penal representa a principal forma democrática de conferir eficácia à tutela penal dos direitos que os sistemas constitucional e convencional buscam proteger (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 72).

Essa conclusão terá efeitos principalmente sobre a fundamentação da modernização de mecanismos de prevenção e repressão a novas formas de criminalidade que ofendem bens jurídicos complexos (LEAL, 2017a, p. 278), que muitas vezes são reputadas como inconstitucionais e enfrentam duras críticas na doutrina brasileira. Grande parte da doutrina (MAYA, 2017, p. 100; SANCHEZ, 2001, p. 20) aponta e escreve sobre a necessidade da reformulação e modernização do direito penal para efetivamente dar uma resposta à nova criminalidade complexa que surge com a sociedade de risco e a globalização (LEAL, 2017b, p. 18-19).

No sentido do aqui exposto, a necessidade de modernização de mecanismos de prevenção contra violações a direitos fundamentais e repressão destas, muito antes de serem reputadas como inconstitucional ou como uma violação das bases do direito penal, é uma exigência constitucional e convencional, cumprindo mandados implícitos de tutela processual penal. Maiores

investigações sobre o assunto são necessárias, mas parece possível, pelo menos preliminarmente, afirmar que a modernização do direito penal e processual penal para que sejam mecanismos efetivos e eficazes de combate a violações de direitos fundamentais individuais e sociais (LEAL, 2017b, p. 18-19) pode ser (também) fundamentada por uma exigência constitucional e convencional de assegurar a adequada prevenção e repressão de delitos complexos, pautada tanto em uma leitura normativa da Constituição e do direito fundamental à segurança quanto jurisprudencial da aplicação das Convenções supranacionais de Direitos Humanos.

5 Considerações finais

O direito à segurança é um direito fundamental e convencional. Ele possui âmbitos de aplicação diversos, compreendendo tanto uma perspectiva liberal de não atuação do Estado quanto uma perspectiva social de prestação positiva do Estado. Extraem-se do direito fundamental e convencional à segurança imperativos implícitos de tutela processual penal. Estes imperativos implícitos de tutela processual penal são deveres que o Estado deve cumprir no momento da repressão penal. Esses deveres abrangem, entre outros, o dever de eficiência, de eficácia e de modernização, isso pois o Estado deve assegurar o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana no convívio social. Para tanto, a sociedade política não pode admitir violações dos direitos fundamentais independente de quem os faça, isto é, seja outro particular ou o próprio Estado.

Um aprofundamento do presente estudo é necessário, contudo parece possível que a modernização dos crimes que violam direitos fundamentais complexos, como os delitos de corrupção, lavagem de dinheiro e terrorismo, exijam, a partir dos imperativos implícitos de tutela processual penal de eficácia e eficiência, a modernização da investigação policial e da repressão penal. Cumpre ressaltar que não se trata de assegurar a segurança pelo sistema penal, visto que o direito criminal não é, nem pode ser, a forma adequada e principal de prevenção de delitos. Não obstante, quando estes ocorrem, os imperativos implícitos de tutela

processual penal devem ser levados em conta para garantir a adequada e proporcional proteção e repressão. Logicamente, a atuação do Estado deve sempre atender ao devido processo legal e estar pautada na dignidade da pessoa humana como tarefa e limite do Estado, mas isso não descaracteriza o dever de agir eficientemente diante de violações de direitos fundamentais – sejam eles individuais, sociais ou transindividuais.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: BELLOQUI, Laura (coord.). **Criminologia y Sistema Penal: compilación in memoriam**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 199-220.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Penais Positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- KANT, Immanuel. **Groundwork for the Metaphysics of Morals**. Tradução Allen W. Wood. New Haven: Yale University Press, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. **A Responsabilidade Penal do Patrimônio Ilícito como Ferramenta de Enfrentamento da Criminalidade**.

Porto Alegre: FMP, 2017a. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/serviços/285/publicacoes/>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

LEAL, Rogério Gesta. **Segurança Pública e Direito Penal como Ultima Ratio na Sociedade de Riscos**. Porto Alegre: FMP, 2017b.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: persecução entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-117. jan.-jun. 2017.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La Expansion del Derecho Penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para Entender o Novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 112-128, jul.-dez. 2016.

SOCIEDADE DE RISCOS: análise da segurança pública e do dever de proteção do Estado

Ademir Henz

G. VIDAL
—
COURS
DE
DROIT CRIMINEL

1 Introdução

O presente estudo versa sobre a sociedade de riscos, passando pela contextualização, por novos desafios na esfera dos direitos fundamentais, tais como liberdade e segurança, bem como pela análise do dever de proteção do Estado no âmbito desse novo modelo de sociedade. A partir da análise da sociedade de riscos, ou ainda, sociedade da insegurança, nota-se que há uma grande demanda por respostas do Estado para os novos problemas, especialmente no campo da segurança pública, em que constantemente o poder público é incitado a dar respostas.

Nesse contexto de insegurança, de novos riscos e frente a necessidade de o Estado atender essas demandas, muitas vezes há um apelo para a esfera do Direito Penal, em que é possível ofertar uma resposta mais rápida, tal como ocorre com o aumento da pena de determinados delitos, a criação de novos delitos, entre outras medidas, por vezes meramente paliativas. Porém, a grande questão é efetivamente identificar as causas dos problemas da sociedade de riscos e viabilizar respostas adequadas. Neste atuar do Estado, entretanto, muitas vezes encontra-se um limite de agir do ente público, o qual deve respeitar essencialmente os direitos fundamentais, tais como a liberdade e a segurança.

Portanto, ante a nova sistemática social, é fundamental identificar se efetivamente há um direito fundamental à segurança e qual o papel do Estado no dever de proteção em consonância com os desafios de uma sociedade extremamente dinâmica, com mecanismos céleres e que fogem totalmente aos padrões tradicionais.

2 Contextualização da sociedade de riscos

A sociedade ao longo da história passou por diversas mudanças e a contemporânea, em nível global, rompe com os ideais da modernidade clássica, abrindo espaços para novas formas sociais e novas e inesperadas ações políticas, econômicas, mercantis e delituosas, as quais acabam gerando riscos novos. A sociedade contemporânea encontra-se cada vez mais tensionada

e, em contrapartida, mais regrada por sistemas normativos de crescente complexidade.

Trata-se, essencialmente, de uma sociedade de riscos caracterizada pela menor estabilidade na disciplina das relações intersubjetivas, em que as relações sociais institucionais estão marcadas por diversos níveis de tensionalidades, abrangendo questões de ordens econômica, ideológica, política e criminal, e gerando múltiplos conflitos, não propriamente de classe, mas em face da desigualdade, da crescente pobreza e da perda da liberdade (LEAL, 2017, p. 39).

A mudança radical que impera sobre a sociedade contemporânea, influenciada pela rapidez e intensidade dos acontecimentos, nos leva a crer que a realidade tomou a dianteira sobre a teoria, abrindo-se um novo projeto humano em meio às contingências, complexidades e incertezas, especialmente a partir da década de 1990, gerando aquele o debate sociológico que busca compreender e reconfigurar essa nova sociedade em constante transformação (SANTOS, 1995, p. 18-19).

O conceito de sociedade de riscos está relacionado com o de globalização, em virtude dos riscos democráticos capazes de afetar nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo, trazendo novos riscos e insegurança em sentido amplo. A partir dessas transformações da sociedade, há o aumento da pobreza, ondas de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes tecnológicas e ecológicas, ou seja, gera-se uma mudança sem ter o conhecimento dos seus efeitos imediatos ou a longo prazo, razão pela qual se fala em risco/incerteza (GUIVANT, 2001, p. 97). Os processos de mudança social culminaram no aumento da violência e do medo na sociedade contemporânea, pois houve a ruptura com o modelo da sociedade tradicional em que havia uma influência da tradição e das convenções sobre os comportamentos do indivíduo.

A violência apresenta-se, hoje, também diversa daquela existente na modernidade industrial, devido ao crescimento dos fenômenos da violência difusa e às dificuldades das sociedades em enfrentá-los. Surgiram novas formas de criminalidade, sendo especialmente potencializada aquela que tem a titularidade

difusa, como a corrupção, a criminalidade transfronteiriça, o tráfico de armas, drogas e pessoas, a lavagem de dinheiro, entre outros delitos, os quais acabam afetando (in)diretamente toda a coletividade.

Beck (2002, p. 15-16) refere que, na contemporaneidade, a estrutura da comunidade, do grupo e da identidade perde seu cimento ontológico. Com a democratização política (Estado Democrático) e social (Estado de Bem-Estar), houve uma transformação dos fundamentos na estrutura social, prevalecendo o individualismo e surgindo a ideia a ética da autorrealização e do ganho individual. Por sua vez, Baumann (2008a, p. 61) alerta que ante toda essa liberdade e esse individualismo, paga-se o preço da insegurança, da incerteza e da falta de proteção, e tal insegurança é um preço alto a se pagar, considerando o número de escolhas que se tem que fazer diariamente.

Para Beck (1996), no estágio atual da modernidade, as ameaças provocadas/produzidas ocupam lugar predominante, pois as bases da relação entre a sociedade e os recursos naturais e culturais sobre os quais ela se constitui vêm se dissolvendo. Ademais, destaca que a

relação da sociedade com os problemas e perigos provocados pelo seu surgimento ultrapassam os fundamentos das representações sociais a respeito da segurança e, uma vez que se tem consciência sobre eles, podem afetar a raiz sobre a qual se sustenta a ordem social da modernidade contemporânea e, embora não tão sentido em todos os universos simbólicos da sociedade – como a economia, o direito e a ciência –, adquire especial relevância como problema no âmbito da ação e decisão política. (BECK, 1996, p. 204).

Além disso, em virtude da deterioração, da decomposição e do desencantamento dos magmas de sentido coletivo e de determinados grupos pertencentes à sociedade industrial, posto que todos os esforços de definição se encontram na figura do indivíduo.

A revolução industrial (a partir do século XVI) e a globalização contribuíram com a quebra da estrutura do núcleo familiar e social, estimulando a individualização de comportamentos dos atores políticos (físicos e jurídicos), as situações e os cenários de

extrema incerteza, gerando confusão de valores e incredulidade nas instituições e pessoas

Portanto, tem-se que o indivíduo é o centro dos processos sociais que maquinaram os novos riscos, criando relacionais cada vez mais abrangentes e de resultados, de certa forma, desconhecidos. Para Leal (2017, p. 47) são eles que constituem os grupos e segmentos humanos que mantém relações institucionais e intersubjetivas no espaço público, preservando de alguma maneira suas matizes, pretensões, caracteres e idiosincrasias, e projetam tudo isso em nível coletivo. Criam-se, em face disso, novos sujeitos e protagonismos políticos, ideológicos e culturais que de igual sorte constroem hegemonias conjunturais e de sustentação negociada (estamos falando da capacidade de articulação de grupos empresariais, partidos políticos, segmentos religiosos, movimentos sociais organizados, etc., de construir agendas comuns para fins tópicos e de curto prazo).

Assim, em apertada síntese, na sociedade globalizada ou sob efeito da globalidade, conforme refere Beck, há o alargamento do campo geográfico, a revolução da comunicação e tecnologia, a exigência do respeito aos direitos humanos, as influências extremas das multinacionais (organismos internacionais), o problema da pobreza global, os danos e riscos ecológicos globais, os problemas de conflitos transculturais, entre outros. Portanto, o autor expõe que a relação entre a cultura e natureza, que podem potencializar a efetivação do homem e/ou colocá-lo em riscos enormes, sendo que na sociedade contemporânea, em virtude da sua amplitude, facilidade de comunicação, rapidez, que superam as barreiras de classes e nações, todos serão alcançados de uma ou outra forma.

Nessa senda, destaca-se que os efeitos das ações produzidas na sociedade pós-moderna têm alcances globais, pois ocorre a transnacionalização de mercados e relações de poder, gerando relações que ultrapassam a ideia do tradicional modelo de Estado soberano e isto acaba dificultando as ações de controle por parte do poder público. Assim, a globalização se evidencia em face dos processos pelos quais os Estados Nacionais soberanos se misturam e se sobrepõem mediante atores transnacionais e suas respectivas probabilidades de poder.

A partir dessa concepção de mundo e relações (institucionais, econômicas, políticas, culturais) interconectadas surgem os desafios e problemas que só podem ser enfrentados igualmente sob a perspectiva da integralidade conectiva de fatores e variáveis que os constituem. Nesse ponto, o tráfico internacional de drogas, pessoas e órgãos, a lavagem internacional de dinheiro, o terrorismo etc., são exemplos claros das redes entrelaçadas de ações ilícitas que têm abalado os Estados Nacionais.

Diante do novo modelo de sociedade, na qual as relações (diversificadas) produzem efeitos que ultrapassam as fronteiras dos tradicionais limites do Estado, faz-se necessário identificar os riscos e verificar como neutralizá-los. Sob esta perspectiva, far-se-á a análise do direito à segurança neste novo modelo de sociedade.

3 A segurança pública como Direito Fundamental

A segurança pública entrou nas agendas política, econômica, social e jurídica de praticamente todos países em virtude da relação direta daquela com o mercado e comportamento dos indivíduos. A inclusão do tema da segurança na pauta política ganha relevo na medida em que as pessoas passam a exigir a intervenção do Estado na proteção dos direitos fundamentais, tais como a liberdade e segurança, visto que as novas tensionalidades, que envolvem elevado índice de criminalidade, novas formas de violências, incertezas e insegurança (conflitos diários demonstrados na mídia, terrorismos, chacinas, sistemas de corrupção, criminalidade organizada/transnacional, entre outros) impactam diretamente nas vidas dessas pessoas. Neste cenário surge uma maior demanda por segurança, porque tais relações têm gerado tipos de perigos e riscos distinguidos e, não raro, violentos contra direitos e garantias individuais e sociais.

Nota-se que o Estado, frente aos novos desafios, tem se ocupado em buscar formas de gestão e controles dessas situações que colocam a dignidade e sustentabilidade da vida humana em xeque. Porém trata-se de uma tarefa complexa e de difícil

efetivação em virtude da variedade de demandas, tais como os desastres catastróficos operados contra o meio ambiente, as relações de consumo, a exploração predatória de mercados e mesmo a macro- e microcriminalidade organizadas. Portanto, buscar-se-á analisar a natureza do direito à segurança neste cenário.

No passado havia o Estado Natural, em que se convivia naturalmente com a barbárie, a violência, havendo a plena liberdade dos indivíduos. Porém, em dado momento histórico, os indivíduos abdicam do seu status natural de plena liberdade e conferem a um ente abstrato o poder sobre as suas vidas com a clara intenção de lhes assegurar a segurança pessoal e do grupo social dos perigos em geral, dos quais não seriam capazes de proteger-se de forma isolada. O Estado assume a função de garantir a defesa das pessoas, proporcionando a segurança para que possam se conduzir de forma livre, satisfeitas e em paz. Portanto, os que firmam o contrato social, conferem ao Estado e esperam dele o serviço da segurança, bem como os demais direitos e garantias pactuados nas constituições democráticas de direito (SILVA, 2016, p. 31).

Apesar da segurança ter sido uma das causas para o surgimento do Estado Moderno, após as revoluções do século XVIII, em especial, com a ruptura do modelo absolutista na França, ressaltava-se a elevada liberdade individual e a abstenção do Estado. Porém em virtude do crescimento dos índices de criminalidade, das guerras espalhadas pelo mundo, do aumento considerável das incivildades, do desapego aos valores do respeito ao próximo, do medo que está disseminado na sociedade líquida (BAUMAN, 2008, p. 19), ou seja, em virtude do século da insegurança, no Estado Moderno a segurança passa a ser uma diretriz fundamental, fazendo surgir um Estado-prestador que necessita atuar para promover os direitos assegurados aos indivíduos.

O conceito de segurança envolve uma complexidade de condições, tais como perigo contrastado com noções de garantia, certeza, continuidade, e confiabilidade, entre outras. A Escola Superior de Guerra (BRASIL, 2006, p. 58), em seu Manual Básico, ensina que "segurança é o sentimento de garantia necessária e indispensável a uma sociedade e a cada um de seus integrantes, contra ameaças de qualquer natureza". Há diversas definições

sobre o tema da segurança, mas a melhor forma de compreender o significado dela é analisando o conceito de violência.

A segurança, analisada sob o prisma constitucional, é um direito garantia fundamental social que promove a segurança pessoal, física e mental do indivíduo enquanto ser dotado de liberdade pública para que este possa exercer seus outros direitos constitucionalmente assegurados, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à inviolabilidade da intimidade, à liberdade pessoal e à dignidade. Logo, os direitos fundamentais, entre os quais está assegurado o direito social à segurança pública, são a efetivação e concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (POMIN, 2012, p. 18).

O direito à segurança é um direito previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Trata-se de um direito fundamental, inclusive consta de forma expressa no texto constitucional. No Brasil, o constituinte de 1988 estabeleceu que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988). Conforme Lenza (2009), a segurança prevista no artigo 5º, que trata dos direitos individuais e coletivos, refere-se à segurança como garantia individual.

Já a segurança à qual se refere o artigo 6º, que trata dos direitos sociais: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, *online*), aproxima-se do conceito de segurança pública que, em sendo dever do Estado, aparece como direito e responsabilidade de todos, sendo exercido, nos termos do art. 144, *caput*, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (LENZA, 2009).

Valente (2014) frisa que a segurança é um bem jurídico vital, garantia dos demais bens jurídicos fundamentais da vida humana, mas que nunca poderá se sobrepor ao direito e ao princípio da liberdade. O autor afirma que “a liberdade é a primeira das seguranças”:

Falamos de uma liberdade que ultrapassa a dimensão colectiva e encontra eco na dimensão individual do ser humano, ou seja, ultrapassa a dimensão do contrato social de ROSSEAU, em que a liberdade resulta da *vontade geral* que o colectivo anônimo – Estado (legal em contraponto com o estado natureza) – deve proteger. ROSSEAU integra a *liberdade*, a par da *igualdade*, como “o maior bem de todos”, que deve ser a base de qualquer sistema de legislação, sendo que a liberdade se afirma como dependência particular por ser “outra tanta força tirada do corpo do Estado; e a igualdade, porque a liberdade não pode substituir ela”. (VALENTE, 2014, p. 109).

Nesse mesmo sentido, Isensee (2014, p. 27) refere que a segurança é a condição da possibilidade da liberdade, que é o propósito do Estado. Portanto, a segurança é uma tarefa que foi outorgada ao próprio Estado. A liberdade, no entanto, é uma circunstância natural. O estado não a gerará, simplesmente a deixará existir. Refere que os fins da segurança é garantir a liberdade, razão pela qual deve ser compreendido e tratado como um direito fundamental.

A insegurança não é privilégio dos brasileiros, segundo refere a pesquisadora Sanchez (2011, p. 20) ao analisar a realidade europeia, ela define a sociedade atual como “a sociedade da insegurança” ou a “sociedade do medo”, destacando que a principal característica das sociedades pós-industriais é a sensação geral de insegurança. No contexto do estado de insegurança que a sociedade atual se encontra, faz-se necessário refletir acerca do sentido e alcance da segurança, bem como da situação jurídica desta. Embora seja reconhecido como direito fundamental da pessoa humana, constantemente vem sendo tratado como um direito de menos importância, visto que o Estado, por intermédio da Administração Pública, em especial, do Estado Brasileiro, deixa de adotar medidas efetivas para efetivar este direito.

A partir da evolução dogmática constitucional dos direitos fundamentais, o que proporcionou avanços em relação à dimensão subjetiva e objetiva, expandindo sua força garantista para além do abstencionismo estatal, exigindo do próprio Estado uma atuação proativa, ou seja, uma ação no sentido de promover a efetivação destes direitos, o Estado detentor do monopólio da

força passa a ter uma dupla função em relação aos direitos fundamentais quando ocorrerem os contra-ataques e/ou ameaças do indivíduo ou terceiros, quais sejam: 1º) não deve apenas respeitar os direitos fundamentais (perspectiva negativa); 2º) também deve promovê-los e protegê-los (perspectiva positiva). Logo, essa dupla face dos direitos fundamentais atribuída ao Estado é o retrato da multifuncionalidade, agora vistos não apenas como direitos de defesa (resistência contra o Estado), mas também como imperativos de tutela (exigência de proteção por meio do Estado) (FELDENS, 2012, p. 44).

A dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais encerra outras funções, algumas já tornadas clássicas, como as garantias de organização. Por conseguinte, tornar-se como dimensão objetiva dos direitos fundamentais a sua percepção independentemente de seus titulares, ou seja, trata-se de sujeitos de direito. Ressalta-se que na dimensão objetiva dos direitos fundamentais não há interdependência de titulares, ou seja, a perspectiva objetiva prescinde de sujeitos a demandar uma determinada prestação jurídica, visto que para a sua efetivação há um dever agir do Estado, o qual deve promover os referidos direitos. Tal aspecto é interessante, pois a desnecessidade de sujeito ativo só ressalta a importância de uma atuação preventiva do próprio ente estatal.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, no exame do caso Lüth, tornou-se paradigma na análise dos direitos fundamentais individuais, posto que decidiu serem eles não apenas direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas terem também uma carga de valores objetivos. Logo, a projeção desses direitos estende-se por todos os campos do Direito (público e privado), conforme entendeu o Tribunal Constitucional Alemão, o qual inclusive entendeu que os direitos fundamentais na Constituição Alemã têm simultaneamente uma ordem objetiva de valores, a qual sustenta o livre desenvolvimento da dignidade humana no ambiente social. A referida decisão de caráter jurídico constitucional fundamental passou a valer para todas as esferas, inclusive para o direito privado. O Tribunal Constitucional Alemão, referindo-se a um efeito de irradiação, considera necessário fazer valer para o direito privado o conteúdo axiológico dessa ordem ob-

jetiva de valores ditada pelos direitos fundamentais (FELDENS, 2012, p. 48).

A partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao analisar o caso Lüth, os direitos fundamentais individuais passaram a ser analisados sob duas óticas:

- (i) primeira, de que essa categoria de normas não estava confinada à aplicação vertical, senão que seus efeitos têm potencialidade bastante para se projetarem frente a particulares (eficácia horizontal).
- (ii) em segundo lugar, a de que os direitos fundamentais desencadeiam “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”, ostentando a eficácia dirigente. (FELDENS, 2012, p. 49).

Baseado nesta segunda ótica ou interpretação dos direitos fundamentais é que surge o dever de proteção, segundo o qual incumbe ao Estado a adoção de medidas para sua efetivação. Apesar do Estado ter um dever de não intervir nas liberdades públicas, um dever de abstenção, atualmente, estes direitos somente são efetivados caso o Estado assegure a segurança, visto que a liberdade de ir e vir é um direito fundamental que está intimamente ligado ao direito à segurança. Qual o sentido da liberdade se o indivíduo não possui segurança para locomover-se e/ou usufruir dos demais direitos fundamentais que estão precognizados no ordenamento jurídico?

José Afonso da Silva, acerca da liberdade, leciona que ao ser humano é conferido também o direito à liberdade, o que reporta a ideia de autonomia de vontade. Em suma, é a possibilidade de decidir e, com isto, autodeterminar-se, partindo da ideia da responsabilidade do indivíduo para consigo e para com a comunidade em que se encontra. Acerca deste tema, de forma expressa menciona que a liberdade

é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente. Os franceses indicam, como conteúdo dessa liberdade, três prerrogativas: (a) liberdade de ir e vir; (b) segurança individual (grifo nosso); (c) liberdade de intimidade. (SILVA, 2002, p. 236).

O Estado, no campo normativo, estabelece a liberdade como um direito e uma garantia que precisam ser efetivados, sendo que em virtude da extrema insegurança (atos terroristas, elevados índices criminais, sensação de insegurança, incertezas da fruição dos direitos) que se constata, de modo geral, na Europa ou América Latina, nota-se uma restrição à liberdade das pessoas de modo geral.

A partir desta percepção da liberdade, a pessoa tem assegurado o direito à liberdade, seja no ordenamento jurídico luso ou brasileiro, sob dimensão com dupla face, que é a liberdade subjetiva (liberdade interna) e objetiva (liberdade externa). Silva (2002, p. 230-231) refere que a “liberdade interna (chamada de liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre arbítrio, como simples manifestação de vontade no mundo interior do homem”. Essa liberdade é chamada igualmente liberdade do querer, o que significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence exclusivamente à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários. E daí outro nome que se lhe dá: liberdade dos contrários. E quanto à dimensão objetiva, a

questão fundamental, contudo, é saber se se tem condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa. Esta que é também denominada liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder de fazer tudo aquilo que se quer. (SILVA, 2002, p. 230-231).

No atual cenário brasileiro até está assegurado aos indivíduos a liberdade interna, entretanto, carece a liberdade externa, visto que falta o poder de executar o que se deseja, o que se pretende, na medida em que a insegurança inibe os indivíduos de exercerem a sua liberdade minimamente e sequer em plenitude. Pode-se tomar como exemplo as pessoas que gostariam de fazer caminhadas para se exercitar à noite, depois do turno de trabalho e que em determinadas localidades não podem fazê-lo em virtude do elevado risco de assalto e/ou das mais variadas formas de violência, o que acaba gerando a insegurança no cidadão. O

medo, a incerteza e a insegurança fazem com que as pessoas passem a agir com cautela ao sair das suas casas e ao transitar de carro e/ou a pé pela cidade. O cuidado extrapola a normalidade e a população passa a trocar as rotas, horários que costuma utilizar e, com o passar do tempo, os indivíduos começam a achar desgastante deixar a sua própria residência (POMIN, 2012, p. 122).

Logo, sem ordem pública e sem segurança não há liberdade, pois a segurança significa a liberdade. Portanto, diante da ausência da liberdade, direito fundamental das pessoas, a soberania do Estado está ameaçada, pois um poder paralelo que aterroriza os jurisdicionados mostra-se mais forte, já que o ente estatal é impotente para realizar os seus próprios fins, ou seja, assegurar os direitos fundamentais aos indivíduos. Na concepção da teoria do contrato social há uma presunção de compensação, em que o homem cede a sua liberdade natural para gozar de uma liberdade jurídica.

Acerca desta restrição da liberdade imposta pela sensação e constante ausência de segurança refere Benjamin Constant (apud BELTRÃO, 2003, p. 100) “todas as constituições francesas reconheciam a liberdade individual. Contudo, esta nunca deixará de ser constantemente violada, e isso porque uma simples declaração não basta; são necessárias salvaguardas positivas” (BELTRÃO, 2003, p. 100).

Assim, a restrição do direito fundamental à liberdade, que decorre dos elevados índices de criminalidade e da insegurança dos mais variados gêneros que atormenta a sociedade europeia ou brasileira, priva o homem da possibilidade de orientar-se por seus desejos, suas convicções e outros direitos fundamentais. Dessa forma, o Estado tem o dever de assumir a responsabilidade de efetivar o direito à segurança para implementar de forma eficaz os demais direitos intrínsecos do ser humano, os quais estão intimamente interligados, em especial, a liberdade no sentido mais amplo.

4 Dever de proteção do estado

Nessa esteira, encontra-se o direito garantia fundamental da segurança, em que o Estado passa a ter a responsabilidade de adotar medidas propositivas a fim de garantir a segurança, que, conforme leciona Jorge Trindade, se baseiam “na noção de igualdade material (=redução de desigualdades), no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (educação, saúde, segurança) para exercê-la”, e, nesse caso, “exige-se dele que preste saúde, educação etc. Trata-se, portanto, de direitos positivos (impõem ao Estado uma obrigação de fazer). Ex: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores” (STF, online).

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma constituição que estabeleça as diretrizes gerais de proteção dos indivíduos contra essas agressões estatais e de terceiros, destacando-se o dever de proteção que consta Constituição Federal do Brasil (FERREIRA FILHO, 2011, p. 121). Diante desta estruturação social, das formas mais variadas, o homem continua a buscar paz e segurança na esfera individual e coletiva, sendo um vetor primordial para a fundamentação dos direitos fundamentais. Diante da sociedade de riscos, pelas incertezas vivenciadas, o direito à segurança individual e coletiva está em evidência.

Para Hobbes, o dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado, o qual deve

tomar precauções para que não haja motivo para medo, pois a segurança é o fim pelo qual os homens se submetem a outros, e não é por supor que algum homem tenha se submetido a isso ou renunciado ao seu direito a todas as coisas, antes que tenha sido providenciada sua segurança. (HOBES, p. 3-5).

Canotilho (2003, p. 407) corrobora e sustenta que a primeira função dos direitos fundamentais, sobretudo de direitos, liberdades e garantias, é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e outros esquemas po-

líticos coercitivos. Ademais, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa das pessoas sob duas óticas. A primeira estabelece que “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”. A segunda sustenta que “implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (CANOTILHO, 2003, p. 407).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, sob esta ótica, decidiu que o Estado tem o dever de proteção da comunidade e de todos os cidadãos (Schutz der Gemeinschaft aller Bürger). Apesar de existir o direito à liberdade, cabe ao próprio ente estatal adotar medidas para efetivamente proteger os indivíduos, garantindo-lhes a segurança. Além disso, decidiu que a indeclinável “necessidade de uma eficaz luta contra o crime” (bedürfnisse einer wirksamen Verbrechensbekämpfung) foi reconhecida como tão importante para o Estado de Direito quanto a liberdade pessoal, ao tratar do tema da prisão preventiva. Na mesma linha, a admissão da possibilidade de internação de um doente mental para a garantia da sua segurança ou segurança coletiva foi admitida, em detrimento da liberdade pessoal (BVerGE 22, 180) (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 198).

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma Constituição que estabeleça as diretrizes gerais de proteção dos indivíduos contra essas agressões estatais e que adote medidas para efetivar os direitos fundamentais que lhe asseguram. De nada adianta assegurar a liberdade no texto legal e não adotar medidas para efetivar tal direito, tanto na esfera da sua própria atuação, por intermédio das instituições policiais que devem estar preparadas para assegurar esta garantia fundamental individual, quanto na adoção de políticas públicas que possam dar efetividade a este direito de forma ampla.

Assim sendo, não resta dúvida de que há um direito fundamental à segurança na esfera individual e que cabe ao

Estado adotar medidas para efetivamente assegurar os direitos fundamentais,

essencialmente, a liberdade individual, que está intimamente relacionado com a segurança. O desenvolvimento da sociedade e seu planejamento global (da sociedade) depende, em grande parte, da segurança. Segurança a nível local e/ou municipal, estadual, nacional (e/ou federal, a nível da União) e internacional, na proteção e preservação dos interesses civis [...].

Daí, no interesse da proteção e segurança do próprio regime democrático das liberdades individuais, da participação pessoal e popular, do diálogo entre as pessoas, do direito à livre manifestação de ideias e ideais, dos direitos humanos, dentre os princípios constitucionais, entre outros (AZKOUL, 2015, p. 75-76).

A segurança externa ou interna, notadamente, é uma das principais funções do Estado e para alcançar este objetivo, o ente estatal precisa limitar ou invadir a esfera dos direitos individuais, de forma que surge uma tensão entre o direito à segurança e à liberdade. Neste sentido, Höffe (2006) refere que há um Estado primário e um Estado secundário da natureza, e que para o homem decidir entre ele deve saber o que é mais vantajoso:

a liberdade de matar os outros, ou a pretensão de não ser morto por outros; a liberdade de roubar, de ofender e de perturbar o exercício da religião, ou a pretensão à propriedade, honra e liberdade de região. Querirá ele ser agente e também vítima de uma morte violenta, ou antes, nem vítima, nem tampouco um agente? Em face da articulação de ser-vítima ou ser-agente a alternativa quer dizer: tanto-como, ou nem-nem. (HÖFFE, 2006, p. 343).

Portanto, não há uma oposição entre a liberdade e a segurança, muito pelo contrário, há uma situação de implicação recíproca ou de complementaridade. Destaca-se que o excesso de segurança acaba por suprimir a liberdade, mas a total liberdade resulta na ausência da segurança, seja ela no campo das relações interpessoais e/ou no âmbito das relações mais diversificadas (COMPARATO, 1989, p. 181). Dessa forma, para que haja a liberdade é indispensável um mínimo de segurança, visto que a ausência do controle dos riscos que pesam sobre a existência humana acaba por frustrar qualquer tentativa de decidir ou agir segundo a própria determinação. Fabretti (2014, p. 108) sustenta

que é “sob este aspecto que se deve entender a verdade contida na crítica marxista às “liberdades formais”, pois, “para as massas miseráveis do planeta, a ausência total da segurança econômica, consubstanciada na falta absoluta das mais elementares garantias contra a fome e a doença, torna impossível a experiência da liberdade”.

No atual estágio da civilização, na sociedade de riscos, diuturnamente surgem novos riscos, novas incertezas e novas causas de insegurança que podem ser no nível individual e/ou supra-individual. O terrorismo, o crime organizado e a lavagem de dinheiro são novas formas de violência que acabam afetando de forma expressiva os Estados, os quais são movidos a buscar alternativas para fazer o adequado enfrentamento.

Hassemer (1994, p. 44-45) afirma que algumas novas características da nova criminalidade da sociedade de riscos/sociedade da insegurança, não são concretas e com destinatários imediatos, referenciando o fato de que algumas ações, no cenário atual, não afetam diretamente as vítimas (individualização dos efeitos), figurando tão somente de forma mediata. Para tanto o autor refere algumas ações criminosas que são caracterizadas pela transnacionalidade, profissionalidade, divisão de trabalho, com cadeias de comando bem estruturadas e hierarquizadas. Os danos e bens jurídicos lesados por esta forma de violência, por vezes, apresentam baixa visibilidade e acabam atingindo bens jurídicos que transcendem os interesses ou direitos individuais e por vezes aparecem em situações extremamente vagas. Nesta perspectiva, busca justificar a necessidade da tutela dos bens jurídicos transindividuais, inclusive por meio de medidas penais e policiais.

A consequência do estado de incertezas e insegurança faz a sociedade apelar para respostas para os fenômenos que assolam a segurança individual e suprapessoal, tendo levado a uma irracional política penal dos países ocidentais democráticos, os quais têm-se utilizado do medo e da insegurança como justificação do agravamento punitivo (FERRAJOLI, 2012, p. 57). Na mesma esteira, Sánchez (2011, p. 31) alerta para o risco de a segurança converter-se em uma pretensão social que exige resposta do Estado, principalmente por meio do Direito Penal. Portanto, há um direito à segurança individual e suprapessoal, o qual requer uma

proteção estatal e os autores fazem o alerta para o risco da insegurança generalizada frente à ausência de resposta dos entes públicos, apoiada pela sociedade amedrontada, vir acompanhada de medidas legislativas de constitucionalidade duvidosa e que possam limitar a liberdade dos cidadãos.

O direito penal, nos dias de hoje, não se sustenta como exclusiva tutela subsidiária dos bens jurídicos individuais, passando a funcionar como um sistema de controle dos riscos a bens jurídicos elevados à proteção constitucional e penal e, incluindo-se nesta perspectiva, a prestação da segurança individual e suprapessoal, as quais são condições necessárias e estabelecidas como fundamentos para o livre desenvolvimento do indivíduo na sociedade (LEAL, 2017, p. 127).

Dessa forma, o direito penal de riscos, na tentativa de resguardar os direitos individuais e suprapessoais, constituiria medidas, mas que em hipótese alguma elas seriam exaustivas. Neste cenário a intervenção do Direito Penal:

– dar-se-ia em âmbitos diferentes do que tem sido seu espaço tradicional, ampliando-se o número de comportamentos penalmente relevantes; – tratar-se-ia de um Direito Penal que oferece tutela a um grande número de bens jurídicos de natureza supra individual ou coletiva; – predominariam os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato; – antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuperáveis que poderíamos ter; – haveria modificações no sistema de imputação da responsabilidade, ampliando as situações de imputação objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; – haveria mudanças pontuais no âmbito das garantias processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo de certa forma alguns institutos clássicos do Direito Penal, como o da legalidade estrita, devido processo legal, contraditório, dentre outros – por óbvio que sem menoscabo deles. (RIPOLLÉS, 2014, p. 980).

Dias (2001) alertou para os novos desafios do Direito Penal, sustentando o direito penal liberal, o qual estava acostumado a lidar com atos criminosos individuais, não daria mais conta dos novos desafios da sociedade de riscos, pois agora é possível se ver com mais clareza que

a acção humana, no mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida. (DIAS, 2001, p. 158).

Nesse sentido, a segurança deve ser compreendida como um bem jurídico coletivo ou suprapessoal e individual que não pode ser analisado, materializado e interpretado na perspectiva limitativa e/ou restritiva dos direitos fundamentais, mas, pelo contrário, como um direito basilar para a efetivação de outros direitos, especialmente a liberdade.

Dessa forma, em relação à segurança, seja ela individual ou suprapessoal, faz-se necessário compreendê-la como um direito garantístico do exercício dos demais direitos, liberdade e garantias fundamentais, i.e., como direito a uma efetiva garantia de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais que devem ser promovidos pelo Estado (VALENTE, 2015, p. 109).

5 Considerações finais

A segurança como um bem jurídico coletivo ou supra-individual e individual não pode ser analisada, materializada e sentida segundo uma perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais. Portanto, deve-se analisar e olhar para a segurança segundo uma visão humana e humanizante, como um direito garantia da liberdade física e psicológica do ser humano como cidadão integrado no coletivo societário e cidadão ser individual cuja liberdade seja capaz de promover o usufruto pleno dos demais direitos e liberdades fundamentais pessoais.

O Estado, detentor da força, não pode subjugar o indivíduo sem respaldo legal e contrariamente aos direitos humanos, pois retiraria a respeitabilidade do ser humano diante de si, de sua família e perante a comunidade onde vive. É tarefa fundamental do Estado garantir e promover segurança, e tendo sido ela consagrada como direito fundamental do cidadão, mesmo que seja o garante dos demais direitos fundamentais, compete ao Estado garanti-la como sua tarefa fundamental. Para prosseguir esta ta-

refa nobre e imperativa em um Estado democrático de direito, este tem de recorrer à Polícia (forças de segurança) que “tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, podendo e devendo, para cumprir a missão, recorrer às *medidas de polícia* previstas na lei” (VALENTE, 2014, p. 115) e estas jamais poderão ser utilizadas para além do estritamente necessário. Ademais, em uma sociedade de riscos, com novas formas de agir dos perpetradores da ordem, fazem-se necessárias políticas públicas efetivas de garantir os direitos fundamentais, especialmente a segurança, a qual é a garantia da fruição dos demais.

Tem-se que a persecução e a garantia da segurança, em grande parte, é função da polícia, enquanto braço persecutor e rosto visível da persecução de uma das tarefas fundamentais do Estado de direito material social democrático (VALENTE, 2014). Portanto, cabe à Polícia promovê-la, defendê-la e repô-la dentro dos princípios norteadores da atividade policial integrantes do pilar dos Estados pós-modernos: o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém a efetivação dela não pode ficar relegada aos órgãos policiais, pois depende de políticas públicas de enfrentamento dos novos riscos, com respostas no campo do direito administrativo sancionador, controle e fiscalização das atividades ilícitas, sendo um dever de todos os órgãos do poder público e não exclusivamente da polícia.

Ressalta-se, ainda, que no passado entendiam-se os direitos fundamentais sob a perspectiva negativa, em que o Estado tinha o dever de abstenção, mas na atual sociedade, em que há uma dinâmica complexa do agir no campo do mercado, das relações consumeristas, políticas, delituosas, tendo surgido novas demandas para todos segmento do agir estatal, faz-se necessário a adoção de medidas de controle dos novos riscos, ambientais, sociais, delituosos, a fim de efetivar o direito fundamental à segurança, o qual é condição e garantia fundamental dos demais direitos básicos do indivíduo. Por essa ótica, tem-se que o direito à segurança é um direito fundamental e que deve o Estado adotar medidas efetivas para promover esse direito fundamental, pois não basta assegurá-lo no campo normativo e sim, deverá adotar medidas para implementá-lo de maneira a gerar a efeti-

vação de todos os demais direitos fundamentais e assim atingir a função essencial do próprio Estado que é promover a vida digna de cada indivíduo no Estado Democrático de Direito.

Referências

- AZKOUL, Marco Antônio. **A polícia e sua função constitucional**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BAYLEY, David H. **Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional**. Tradução René Alexandre Belmonte. São Paulo: EDUSP, 2001.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- _____. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Ed. UNESP, 1997.
- BELTRAMELLI NETO, Sílvio. **Direitos Humanos**. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. **Os Direitos a Personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991. Aprova o texto da convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, aprovada em Viena, em 20 de dezembro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jun. 1991.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mai. 2005.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 1991.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 fev. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. **Portal Supremo Tribunal Federal**. [201-c]. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Lisboa: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)**, 4ª ed. – São Paulo, RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. 2. ed. rev. e ampl., com introdução e índices onomástico e analítico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIVANT, Júlia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, n. 16, p. 95-112, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: jun. 2018.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 8, out.-dez. 1994.

HERKENHOFF, João Batista. **Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia**. Aparecida, SP: Santuário, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **De Cive**. c1642. Disponível em: <http://www.constitution.org/th/decive--.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÖFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução Peter Neumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

ISENSE, Josef. **El derecho constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Aresponsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade: instrumentos de direito material e processual**. Porto Alegre: FMP, 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. **Os Direitos da Personalidade Violados pela Falta de Segurança Pública**. São Paulo: Arraes, 2012.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dimensões da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012a.

SILVA, Ronny Carvalho da. **O Direito Fundamental à Segurança no Constitucionalismo Luso-brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2016.

SILVA, Ronny Carvalho da. **O direito fundamental à segurança no constitucionalismo luso-brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2016.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia**. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humana. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do ministério público e da polícia**. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humana. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do Direito Policial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

O ESTADO CONTEMPORÂNEO E A NOVA REALIZAÇÃO DO DIREITOS À LIBERDADE E À SEGURANÇA *THE CONTEMPORARY STATE AND THE NEW REALIZATION OF FREEDOM AND SECURITY RIGHTS*

Ramiro Nodari Goulart¹

¹ Mestrando em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (FMP/RS), especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNISINOS (RS) e advogado criminalista desde 2012.

Resumo

No Estado Contemporâneo, a liberdade, como o mais expressivo direito fundamental, depois da vida, perde força. Ela, que antes podia ser decantada para diversos tipos: liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de profissão, liberdade de agir e, eventualmente, se confrontava com a segurança, que era o seu limite. A pergunta/problema é: na sociedade pós-democrática, haverá um direito fundamental a liberdade? Ou será o direito fundamental à liberdade superado, em detrimento da segurança?

Palavras-Chaves: Liberdade. Segurança. Direito Fundamental.

Abstract

In the contemporary state, freedom, as the most expressive fundamental right, after life, loses power. It could be decanted to different types: religious freedom, freedom of expression, freedom of profession, freedom to act and, eventually, confronted with security, which was its limit. The question / problem is: in a post-democratic society, will there be a fundamental right to freedom? Or it will be the fundamental right to freedom overcome, to the detriment of security.

Keywords: Freedom. Security. Fundamental law.

1 Introdução ao estado liberal de direito

Uno quiere romper con el pasado: correctamente, porque nada en absoluto puede vivir a su sombra y porque nunca habrá final para el terror mientras se pague con culpa y violencia la culpa y la violencia; erradamente, porque el pasado que uno quisiera evadir está aún muy vivo.
Theodor W. Adorno

O século XIX é a era do Estado de Direito, segundo a expressão alemã, *Rechtstaat*. Na tipologia das formas de Estado, o Estado de Direito, o “Estado baixo o regime do direito” se distingue do *Machstaat*, o “Estado baixo o regime da força”, que seria o Estado absoluto característico do século XVII, e do *Polizeistaat*. O “Estado baixo o regime de polícia”, que seria o despotismo ilustrado, orientado à felicidade dos súditos (ou do maior número deles), característico do século XVIII (ZAGREBELSKY, 1997, p. 21), pela observância da lei, deve estar acima de todos.

A expressão Estado de Direito contém uma noção genérica e embrionária. Embora não seja um conceito vazio ou uma fórmula mágica, como se disse para denunciar um certo abuso terminológico, indica um valor e alude a somente uma das direções de desenvolvimento e organização do Estado, mas não encerra em si as precisas consequências dele (ZAGREBELSKY, 1997, p. 21). O próprio Estado Constitucional (e Democrático) de Direito, que é a forma típica do século XX, é apresentado com frequência como uma versão particular do Estado de direito. O Estado Liberal de Direito tinha, necessariamente, uma conotação substantiva, relativa às funções e aos fins do Estado. O Estado Constitucional (e Democrático) de Direito não somente constitui a divisão de poderes e o controle deles, mas dispõe de uma vertente material, que é representada pela promoção e garantia dos direitos fundamentais.

No Estado Liberal, característico do século XIX, o que se destacava em primeiro plano era a proteção e promoção do desenvolvimento de todas as forças naturais da população, objetivando a vida digna de todos os indivíduos que compõem a sociedade. A sociedade, com suas próprias exigências, e não a autoridade do Estado, começava a ser o ponto central para a

compreensão do Estado de direito. E a lei tornava-se a expressão da vontade do Estado capaz de impor-se incondicionalmente em nome dos interesses transcendentais próprios, a partir da qual se concebia como instrumento de garantias aos direitos dos cidadãos (ZAGREBELSKY, 1997, p. 23).

Pode se dizer que aquele Estado liberal caracterizava-se pela concepção da lei, como ato deliberado de um Parlamento representativo, e se concretizava pela a) supremacia da lei sobre a administração; b) subordinação à lei, e somente à lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão, portanto, dos poderes autônomos da administração; c) presença de juizes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e só a lei, às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a administração.

Dessa forma, o Estado de direito assumia um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes; um significado particularmente orientado à proteção dos cidadãos frente à arbitrariedades da administração. O Estado liberal de direito era um Estado legislativo que se firmava a si mesmo por meio do princípio da legalidade (ZAGREBELSKY, 1997, p. 24), de modo que a primazia da lei assinalava a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime.

O Estado de direito e o princípio da legalidade supunham, assim, a redução do direito à lei e exclusão, ou pelo menos a submissão do poder à lei, de todas as demais fontes de direito. A partir daquela forma de Estado, ou sobre ela, surgiu o Estado Constitucional (e Democrático) de Direito. Este não somente se prendia a uma lei, mas conferia a esta lei superioridade em relação a todas as demais, estabelecendo limites intransponíveis vinculados à proteção e garantia dos direitos fundamentais, de sorte a combater o arbítrio e eliminar toda a forma de opressão. É bom que se diga que isso somente se deu a partir da ascensão e queda dos Estados Totalitários, que, na primeira metade do século XX, ousaram derrocar direitos e garantias legais conquistados e estendidos a todos durante o século XIX. A ascensão do Estado Totalitário, muito bem descrito por Hanna Arendt, em seu livro *As Origens do Totalitarismo*, de 2013, e cujas consequências não foram senão a suspensão de direitos civis e garantias proces-

suais, resultou em um Estado de Exceção que durou 12 anos² e – muito mais grave – na promoção e o extermínio de milhões de pessoas, entre elas 6 milhões de judeus, tidas como indesejáveis àquele modelo de Estado, em uma época em que se dizia que o direito era para o povo alemão.

A partir do desenvolvimento do direito internacional e da ascensão das Cortes Constitucionais, pareceu – por um período – que os direitos fundamentais estavam devidamente protegidos, que crimes abjetos como aqueles praticados durante a Segunda Grande Guerra jamais voltariam a ocorrer. O Estado Constitucional (e Democrático) que se estabelecia, porém, passados mais de 70 anos da declaração universal de direitos humanos, parece estar em erosão.

Entretanto há um dado a ser levantado: antes, as revoluções eram feitas a partir da guerra e do terror e, a um preço muito alto, com o derramamento de muito sangue de inocentes, eram conquistados direitos (democracia material), tiranos capitulavam e a sociedade se reinventava, como também acontecia com os reveses e as ascensões ditatoriais ou mesmo totalitárias. Substituíam-se o poder pela violência, mas o preço não somente era pago pelos vencidos, mas também pelos vencedores, em termos de seu próprio poder (ARENDRT, 1970, p. 52).

Isso mudou: hoje o poder se instala democraticamente e, democraticamente, a democracia perde seu conteúdo material. A partir disso surge um novo modelo, já percebido em diversos países do ocidente. O que se tem hoje é um modelo diferenciado de Estado e democracia, um Estado que, sem que se tenha um nome adequado, é chamado de pós-democrático³, revestido de uma democracia meramente formal. A expressão pós-democracia é, no Brasil, capitaneada por Rubens Casara⁴, que em dois livros recentes traça a formação deste novo modelo, o qual tem

2 Como refere Giorgio Aganben, em seu livro *Estado de Exceção* (2018, p. 12-13), “logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou – o certo seria outorgou – no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos..”

3 Cf. CROUCH, 2004.

4 Cf. CASARA, 2017; CASARA, 2018.

origem na sedimentação de um poder que supera o poder de toda e qualquer nação, que não tem limites éticos ou estéticos e que pode e vai absorver e se ocupar de espaços que antes estavam protegidos pelo Estado soberano. Este novo poder – soberano por si – é o capital, sendo que tudo leva a crer que não somente as pessoas, mas os Estados estão a ele submetidos. Quer dizer, tudo que antes era público parece estar aos poucos sendo transferido e explorado pelo Capital, e isso em detrimento dos verdadeiros titulares deste patrimônio, os cidadãos nacionais.

Neste novo modelo, a percepção de que os direitos fundamentais, derivados das Constituições dos países e dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por eles subscritos e ratificados, que antes serviam como um sinal de pare para o arbítrio e a violência institucional, surgem – em um imaginário nascente – como entraves aos interesses dos detentores deste novo poder soberano, que são os detentores do poder econômico, de forma direta, e do poder político, de forma indireta, que a ele servem como instrumentos para a realização do seu escopo fundamental: explorar, obstinadamente explorar.

Às favas com a democracia, às favas com o meio-ambiente, às favas com os seres humanos, às favas com a diversidade cultural, às favas com a população indígena. Se não dá lucro, não tem valor. Se não tem valor, pode ser extinto, rapinado e consumido, sendo que o lucro imediato reverte não para Estado diretamente e à população indiretamente, mas às grandes corporações. Já não se busca, por meio do Estado, declarar e efetivar direitos, mas desobstruir a atuação (irresponsável e predatória) deste novo poder a partir da desregulamentação do mercado e da relativização dos direitos e garantias que antes se pretendiam efetivar.

Nesse novo modelo de Estado tudo é mercadoria. A afirmação kantiana de que há coisas que dispõem de valor e coisas que dispõem de dignidade não tem mais importância. A promessa de se impedir o retorno à barbárie com as afirmações de que nenhuma pessoa pode ser transformada em objeto ou instrumentalizada para um fim e de que a pessoa humana tem um fim em si mesma perdem sentido, na medida em que tudo está a venda. O Estado que antes servia aos interesses da coletividade passa servir aos

interesses do poder soberano do mercado, passa a existir como instrumento do mercado para alimentar o poder predatório deste e para oprimir quem a ele – mercado – não se subordina. A regra, neste novo modelo, é: subordinação total à pujança do mercado ou extinção final. Nesse novo modelo, as minorias devem – para fins de resistir – serem subjulgadas, quando não dizimadas.

É o Estado sem lei, ou melhor, a sociedade sem lei, onde vigora a lei do mais forte, porque as leis permanecem existindo, mas não atendem mais ao interesse da coletividade, senão os interesses das corporações. A barbárie que foi o nazismo e todo o movimento humanitário seguinte a ele foram – de per si – insuficientes (um como exemplo e outro como esforço) para deslegitimar este novo modelo que surge da bancarrota do estado de bem-estar social e se sedimenta a partir de um ultraneoliberalismo econômico, um movimento que se opõe a toda e qualquer regulamentação e que termina por absorver e mercantilizar tudo aquilo que antes era de administração exclusiva do Estado. Este vai se tornando mínimo, cumprindo tão somente uma função: de reprimir aqueles que ao mercado, por um motivo ou outro, não se submetem.

Deveras, a última missão atribuída ao Estado é o controle social dos indesejáveis, dos excluídos, dos subalternos para quem a intervenção estatal é plenipotenciária, uma intervenção penal com fortes tendências autoritárias. Desaparece, desse modo, qualquer esforço dos agentes estatais no sentido de concretização dos direitos e garantias fundamentais, porquanto tal comportamento, que exige tanto inações como ações positivas do Estado, choca-se com os interesses corporativos. Assim, garantir direitos não é mais um dever ou mesmo um interesse do Estado, que deve se omitir ao máximo, deixar que a mão invisível do mercado dite as tendências e quem puder pagar, terá dele (Estado) a proteção, enquanto quem não puder, terá dele (Estado) a repressão.

Nesse viés, é possível sustentar que para uns se está diante de um Estado de Exceção na forma delimitada por Aganben (2018, p. 78), “como um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desati-

vadas". Isso porque não somente as regras são emergenciais na sua produção, na arena legislativa, quanto são inoperantes quando se referem a direitos e garantias, deixando a sua costumeira clientela a mercê de qualquer poder legal. Noutras palavras, o que se tem é a expansão de um inimigo não do Estado, que já foi subjugado, mas um inimigo do mercado, um desvalido. Assim, em um ambiente no qual "os bens, as pessoas, os princípios e as regras passaram a ser valorizados apenas na condição de mercadorias, isto é, passaram a receber um tratamento conferido às mercadorias a partir de seu valor de uso e de troca" (CASARA, 2017, p. 39-40), ao Estado somente resta a manutenção de um status quo de uma realidade pré-existente, ficando afastada qualquer possibilidade de combater as desigualdades e promover a justiça social. "As leis e as instituições da democracia formal são as aparências por trás das quais e os instrumentos com os quais se exerce o poder da classe burguesa" (RANCIERE, 2014, p. 9).

Aliás, há que se apontar que neste Estado não mais se é possível pensar em justiça social, esta é uma expressão proscrita, na medida em que muitos não poderiam, senão por meio dos benefícios concedidos pelo Estado, alcançar o mínimo existencial que os regramentos jurídicos e a modernidade lhe prometeram. De fato, uma parte significativa do Poder Executivo, neste novo modelo de Estado, está subordinada ou absorvida pelo capital, o Poder Legislativo, em sua quase integridade, foi pelo capital cooptado e o Poder Judiciário comprado a partir de uma constante ampliação das suas próprias benesses e prerrogativas, servindo todos a um único fim: transferir todo o público vendável ou consumível para as mãos do privado, desestatizar toda a matriz produtora e, quando chamado, responder com polícia e arbítrio aos que questionarem a lógica mercadológica. Essa nova lógica permitiu, em diversos países, a começar pela França, passando pelos EUA e chegando ao Brasil, como sinalado por Levtsky e Ziblatt (2018, p. 79), a partir de uma sequência não antecipada de acontecimentos, uma ruptura democrática que se espalha progressivamente por países como Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, e por aí fora, cujas presidências têm sido ocupadas por outsiders populistas e, em grande medida, autoritários que, não raras vezes, se curvam ao poder do Mercado.

Esse é o rompimento com a dimensão material da democracia e, conseqüentemente, a introdução da noção de pós-democracia, que é o modelo de Estado instalado a partir de 2016 em diversos países e que se espalha pelo Ocidente, sendo a máxima representação desse modelo uma democracia para o Capital e um Estado policial para que a ele não possa ou não queira se submeter. Vivemos a era sem direitos, ou, na afirmação de Casara, a sociedade sem lei.

2 A liberdade e a segurança no estado contemporâneo

A liberdade, na concepção clássica, é representada por uma inação do Estado, por um não-intervir, de modo que as pessoas, ou ao menos uma parcela significativa delas, devem ter a máxima liberdade para exercer suas atividades. Inicialmente, o que se defendia era a liberdade de consciência religiosa, a separação entre o Direito Penal e a religião ou, ainda, a separação entre Estado e Religião, e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de um processo penal exclusivamente determinado por regras jurídicas. Na tradição cunhada por Hobbes, Locke, Kant, Beccaria e tantos outros, a liberdade individual, como direito geral e igual, é protegida de múltiplas formas: primeira, por meio de uma autoridade político-legislativa legitimada por um poder submetido à lei e controlada pelo poder popular através do voto; segunda, a liberdade pressupõe uma igual condição de todos os cidadãos que partem de uma condição similar. Na doutrina liberal, a liberdade significava independência do Estado em relação à Igreja e liberdade de consciência das pessoas.

No Estado liberal clássico, essa liberdade pode ser compreendida a partir de um "alargamento da esfera de liberdade do indivíduo, diante dos poderes públicos, com a progressiva emancipação da sociedade ou da sociedade civil, no sentido hegeliano e marxiano, em relação ao Estado" (BOBBIO, 2013, p. 22). Tal liberdade, porém, sofreu vieses ao longo da história. Ela esteve em rota de colisão com outros direitos, sendo que, não raras vezes, preferiu-se a defesa da segurança ou outro direito e

sonegou-se o direito à liberdade individual das pessoas para bem de alcançar os objetivos finais do Estado, que nem sempre foi a satisfação dos direitos e garantias de todos, senão os de uma minoria ou, como ocorre no chamado Estado Pós-Democrático, do mercado.

Essa defesa à segurança e esse medo da liberdade se deram não somente em razão do *Machstaat*, o “Estado baixo o regime da força”, ou do *Polizeistaat*, o Estado policial, mas também em relação aos Estados totalitários do século XX e às ditaduras que surgiram posteriormente e, agora, no Estado Pós-Democrático se repetem. A diferença fundamental entre as ditaduras modernas e as tiranias do passado está no uso do terror não como meio de extermínio e amedrontamento dos oponentes, mas como instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes. O terror, como conhecido no século XX, ataca sem provocação preliminar e suas vítimas são inocentes até mesmo do ponto de vista do perseguidor (ARENDETT, 2014, p. 29). Agora surge um Estado novo, diferente, um Estado Pós, que não se tem nome, mas que representa mais uma vez a relativização quando não a supressão de direitos e garantias, de cláusulas civilizatórias que se contrapõem como barreiras à atuação do mercado.

Dessa feita, o debate em torno das liberdades remonta ao século XVIII. Voltaire (1763), Beccaria (1764), Verri (1797) entre tantos outros debruçaram-se sobre a irracionalidade de sistemas penais voltados para o sofrimento mais do que para a prevenção do delito e recuperação do criminoso. Voltaire (*Traté sur la tolérance*) debruçou-se sobre o caso Calas e manifestou-se contra um sistema penal que instrumentalizava o fanatismo religioso promovido pelo Estado e desconhecia o sujeito como detentor de direitos. Neste autor, vê-se a necessidade de liberdade de consciência religiosa, da separação entre o Estado e a Religião e do reconhecimento do indivíduo como sujeito de um processo penal exclusivamente determinado por normas jurídicas. Beccaria (*Dei delitti e delle pene*) defendeu um Direito Penal preventivo, teleológico e proporcional, foi contra a morte, a tortura e toda a irracionalidade sistêmica que somente causava mais dor e sofrimento. Este autor reconheceu o contrato social como justificador da pena. Verri (*Observaciones sur la tortura*), após detida análise

de um processo ocorrido em Milão, combateu veementemente a tortura como instrumento de prova no direito processual penal. Kant, em 1797, opôs-se ao direito penal preventivo e defendeu a pena de morte retributiva. Para este autor, o mesmo direito à liberdade é também a proteção à liberdade dos demais, devendo coexistir, de acordo com uma norma geral, com a liberdade de cada um. Do mesmo argumento se ocupou Feuerbach, em 1801, que concebeu o direito penal preventivo limitado à proteção de direitos subjetivos, nomeadamente o direito à liberdade recíproca de todos.

Na tradição liberal, a liberdade individual como direito geral e igual é protegida de múltiplas formas, seja por meio da autoridade legislativa, legitimada pelo consentimento de todos, seja por meio do contrato ou da razão e por via de um poder punitivo submetido aos limites legais. Segundo, a pena deve estar cominada pela lei a partir da autoridade legislativa, como consequência jurídica a um tipo penal determinado, geral e abstrato. O poder punitivo não é absoluto, ele está adstrito à lei, tanto no que toca a persecução penal quanto no que toca a punição, não podendo, ainda, ser aplicado retroativamente, salvo em benefício do réu. Terceiro, são os próprios cidadãos que concebem a si um direito penal da legalidade ou habilitam a uma autoridade legislativa, um parlamento, no ideário democrático-republicano, a fazê-lo.

Quarto, o direito penal da legalidade não pode tornar impossível o objetivo de proteção do direito à liberdade geral e igual, isto é, restrições advindas do direito penal e do processo penal têm de limitar-se ao mínimo necessário para alcançar o objetivo de proteção. Proteger a liberdade, a partir do direito penal, significa a proteção direta pela ameaça de pena e execução de pena, por violação da liberdade, a cargo dos poderes; a proteção indireta da liberdade a partir de uma previsibilidade da pena àqueles que infringirem lei penal; a proteção indireta da liberdade, pois a proteção penal tem de resultar de lei geral e determinada que assegure a proteção da liberdade e a previsibilidade da pena; a proteção indireta da liberdade, dado que os titulares do direito à liberdade dão a si mesmos a lei penal e, portanto, adotam a perspectiva dos afetados pelas limitações da liberdade impostas pela justiça penal para, ao mesmo tempo,

garantirem a maior medida possível de direito à liberdade (princípio da ultima ratio, prioridade às alternativas não penais, mais favoráveis à liberdade).

A proteção da liberdade por meio do Direito Penal estatal (proteção da liberdade pelo Estado) segue de mãos dadas com a proteção da liberdade por um Direito Penal determinado legalmente e um Direito Penal determinado de modo democrático e republicano (parlamentar), que protege a liberdade das consequências destrutivas de uma usurpação ilegítima e arbitrária da violência penal pelo Estado.

Proteger a liberdade é uma posição ética conquistada a partir das revoluções liberais do século XVIII, por meio das quais a tríade liberdade, igualdade e fraternidade ganhou corpo. A liberdade, naquele momento, foi sob o viés negativo e de contenção, no sentido de que o Estado não poderia forçar as pessoas a praticarem determinado comportamento ou impedi-las de fazê-lo, como seria a liberdade religiosa e, posteriormente, desde o final do século XVIII e o início do século XIX, a liberdade econômica.

Autonomia significa que a pessoa é autora das próprias leis morais; é, como expressado por Kant, ser senhor de si próprio (sui juris) e não escravo, não servo, não ser, na sua inteira pessoa, dependente de outrem. Isso remete, por um lado, à uma tradição republicana de compreensão da liberdade como dominium, que se inicia em Aristóteles e Cicero, passando por Maquiavel e outros. Doutra parte, a moderna experiência segundo a qual a liberdade significa "poder-começar" ganha notoriedade. Cuida-se aqui de um individualismo-normativo. Quem submete a si o outro, como o senhor o seu escravo, fere não somente a vítima nos seus direitos, mas nega o princípio do individualismo normativo. Assim, a reação penal tutela o princípio e a segurança do direito à liberdade, mas preserva também o princípio da liberdade.

O direito penal funda-se nos direitos políticos de liberdade e também na democracia, ao menos, por duas razões: liberdade enquanto dominium, que apenas se completa se as limitações necessárias para a sua igual e recíproca possibilidade de segurança é justificada e determinada pelos próprios afetados. Somente então as normas de limitação da liberdade geral e igual, que

possibilitam também a liberdade, são as suas próprias normas – e não as normas impostas por um senhor estranho. Na mesma medida, o processo de autolegitimação penal garante que cidadãos, ao legislarem, se coloquem no lugar dos afetados por leis restritivas de liberdades e, assim, ponderem se ainda poderiam aceitar as restrições de liberdade se acaso trocassem de papel e ocupassem o papel dos destinatários, dos afetados.

Kant já defendia, em 1797, a existência de delitos públicos, como a falsificação de moeda e de letras de câmbio, cuja punibilidade tinha como necessária e justificada. Aqueles atingem bens públicos ou coletivos, como a funcionalidade do sistema monetário estatal e do mercado. Não obstante, demonstrar a sua dignidade penal dentro de um Direito Penal de garantias dos direitos de liberdade individuais não é tarefa fácil. Não é de se olvidar que Birnbaum, em 1834, não foi hábil a fundamentar a proteção penal de bens, sobretudo os bens da coletividade, como a moralidade e a religião.

Esta ampliação da tarefa do direito penal pode ser lida para além da proteção da liberdade individual de duas distintas formas. A primeira é a leitura liberal-funcional. Pelo sistema econômico ampliam-se os espaços de ação e de liberdade do indivíduo. Nesta direção, apontam muitos autores que têm, não somente vida e corpo, mas a propriedade e mesmo o sistema econômico na sua totalidade não apenas como pressuposto de existência e condição de possibilidade da liberdade individual, mas como meio para a sua ampliação. E, logicamente, a ampliação da liberdade pressupõe intensificar a dependência dos sistemas garantidores dos pressupostos de existência e condições de possibilidade da liberdade, assim como as suas racionalidades próprias. Na teoria dos sistemas, o papel do consumidor ou do trabalhador significa para o indivíduo sujeitar-se e ajustar-se à respectiva racionalidade sistêmica e lógico-funcional. É de Foucault a introdução da subjetivação. Cuida-se da dialética de ganho e perda de liberdade. A teoria do bem jurídico pessoal procura fundamentar normativamente uma relação interna, necessária, entre liberdade individual e bens coletivos e procura defendê-la como imperativo-restritivo contra todas as tentativas de estender o Direito Penal, levianamente, à proteção de qualquer bem público.

A segunda leitura crítica do Direito Penal sobre como tutelar os direitos subjetivos em nome da proteção de bens jurídicos é menos liberal-funcional do que sistêmico-funcional. A proteção penal de bens coletivos e as limitações da liberdade individual que a acompanham são justificadas do ponto de vista utilitarista, ao menos consequencialista. Existe um interesse geral nas consequências úteis e vantajosas da manutenção e do uso não perturbado destes bens. Isso vale não somente para o mercado e para o sistema econômico, mas, sobretudo, para o Estado. O Estado, assim, é um pressuposto da liberdade enquanto direito, pois sem ele e seu poder repressivo/punitivo não se poderia impor e proteger contra agressões arbitrárias e lesões por parte de terceiros. Isso está presente na ideia de que pessoas podem decidir-se por uma livre associação de concidadãos, seja na forma de um contrato social, seja por meio de uma Constituição comum.

Verifica-se, pois, a par do direito a instauração de um poder público que deverá assegurar o Direito. A proteção penal do Estado e de suas instituições é, portanto, liberal-funcional, já que sem o Estado o direito à liberdade igualmente não existiria. A estrita funcionalidade liberal é ameaçada pelo interesse do Estado na estabilização do seu poder e no aumento de sua eficiência, também ali onde isso não é, ou a Webber é apenas de modo indireto, funcionalmente liberal e, desse modo, para além da alta traição e da alta traição à pátria, assim como da garantia estatal de um sistema monetário de crédito.

A leitura sistêmico-funcional da proteção penal a bens jurídicos passa a suplantar a leitura liberal-funcional na medida em que o Estado não somente deve proteger, a partir do monopólio da força legítima, a liberdade ante agressões de terceiros, mas, a partir das suas instituições, garantir as condições funcionais mínimas dos espaços de liberdade coletivos e sistemicamente integrados. O Estado amplia seu leque de intervenção. Cuida-se de um processo já estudado por Max Webber, em que o autor alemão, no ocaso do século XIX e princípios do século XX descreve como a “materialização do direito formal”. Dita ampliação da atividade punitiva estatal é motivada pela experiência de uma nova dialética de perda e ganho de liberdade. A partir da industrialização e consequente expansão do capitalismo moderno fica

perfectível o abismo existente entre o direito subjetivo à liberdade geral e igual, de um lado, e as condições socioeconômicas para o exercício individual deste direito, de outra parte.

Desigualdades socioeconômicas crescentes significam, para a imensa maioria dos sujeitos de direito na sociedade pós-industrial, que o direito individual à liberdade de ação despossui valor no duplo sentido da palavra. Isso revela-se em uma relação assimétrica de forças entre empresários e trabalhadores ou capitalistas (aqueles dotados de capital e poder) e descapitalizados e dependentes de assistencialismos estatais, que significa um instrumento de dominação e poder. No entanto também serve a justificação das desigualdades sociais por meio da subjetivação, isto é, pela atribuição da responsabilidade pelo próprio destino à autonomia privada, ao livre arbítrio do afetado. O Estado de bem-estar social tem a missão de compensar desigualdades socioeconômicas disfuncionais e destrutivas, impeditivas para a elaboração de uma liberdade plena, por intermédio de medidas estatais.

Da mesma forma, o capitalismo moderno avança em sentido contrário, a divisão social do trabalho transforma funcionalmente a sociedade e estabelece sistemas sociais autônomos. A par de compensações funcionais-liberais das desigualdades socioeconômicas, urge uma integração sistêmica, em subsistemas sociais autônomos. Dita expansão do Estado, que perdura mais de século, impulsionada por catástrofes sociais e humanas e crises históricas, evidenciou-se uma nova dialética entre ganho e perda de liberdade. O sistema de segurança do Estado de bem-estar – cuja manutenção e suporte, além da capacidade funcional e distributiva são intimamente dependentes do crescimento dinâmico do sistema econômico e também da diferenciação da sociedade – oferece à imensa maioria dos sujeitos de direito o acesso à liberdade individual. Gunther (2016) refere que, na perspectiva do direito à liberdade geral e igual, isto é, sem dúvida, um progresso.

Contudo, segue o autor, com o crescente aumento do Estado burocrático de bem-estar social, manifesta-se também o lado reverso ameaçador da liberdade: o indivíduo torna-se cada vez mais dependente dos recursos da administração de bem-estar, a qual intervém em seu planejamento e condução da própria vida,

de sorte a preencher os requisitos jurídicos de uma biografia laboral e pensionista. A inclusão do indivíduo, nos seus diversos papéis sociais, nos diversos sistemas funcionais, exige dele uma mais elevada e intensa capacidade de adaptação. Assim, modifica-se o individualismo normativo, que acompanha o princípio da liberdade geral e igual, dele mais ou menos se distanciando, para integração social e sistêmica das modernas sociedades (GUNTHER, 2016).

Para Foucault, a liberdade é uma técnica de subjetivação, a partir da qual a população contribui para o seu crescimento e bem-estar com a sua atividade – a passagem do poder disciplinar repressivo externo para o biopoder opera por meio da atividade do próprio sujeito. Seria errôneo interpretar o impulso de modernização do Estado de bem-estar, funcionalmente diferenciado, como sendo o resultado de um cuidado paternalista e, em última instância, autointeressado da classe dominante. O impulso de modernização do estado de bem-estar é, para Gunther (2016), em relevante medida, conduzido pela população afetada e pelas exigências políticas desta.

Ela será orientada por um entendimento da liberdade não compreendida, primariamente, como articulação da performance de possibilidades de ação e responsabilidades individuais, mas fundamentalmente como chance de tomar parte ativa nas possibilidades de ação fornecidas pelo sistema social nos modos de vida organizado. Isso é perceptível relativamente cedo na transição da chamada teoria da vontade para a chamada teoria dos interesses na compreensão dos direitos subjetivos. Cuida-se, como sustentou Ihering, de interesses socialmente atribuídos que o indivíduo só possui por força de interesse geral. Evidentemente, isso não importa que ao micro-nível da ação social não existam possibilidades de escolha para os indivíduos, que, a experiência primária da liberdade de escolha individual esteja excluída. Isto sucede somente em sistemas totalitários dotados de um diminuto espaço de liberdade de ação individual e de um vasto campo de regras de ação organizadas.

Entretanto o sentido de liberdade individual estende-se cada vez mais à possibilidade de participação social, ao acesso de sistemas sociais e aos bens por estes produzidos e não neces-

sariamente fornecidos e divididos. Nesse sentir, a liberdade de escolha individual reduz-se à possibilidade de consumo de bens oferecidos pelo mercado a preços que não se pode sempre pagar. A segurança, assim, seria a proteção daqueles que têm mais contra aqueles que têm menos. A liberdade abre os flancos e se traduz a todos, independentemente do quanto podem alcançar, mas quanto maiores forem as diferenças, maior será a necessidade da implementação de uma segurança que não é de todos e sim apenas de uns.

Na pós-democracia, com o desaparecimento de qualquer esforço dos agentes estatais no sentido de concretização dos direitos e garantias fundamentais e com a diminuição na dimensão material da democracia, a liberdade deixa de ser uma preocupação de Estado, cuja missão não pode se chocar com o poder econômico. A par disso, o empobrecimento do imaginário faz com que as pessoas tenham medo da liberdade. Na psicanálise, costuma-se apontar para o imaginário como aquilo que faz sentido, enquanto o simbólico, ligado à linguagem, é o que leva ao duplo sentido. Isso quer dizer que o imaginário faz com que as pessoas passem a entender e aceitar o que se passa. O imaginário constitui o que a pessoa percebe como realidade, com representações que partem dos materiais simbólicos e existem em determinado agrupamento social. O imaginário social, a seu turno, admite que um grupo possa reconhecer uma identidade e uma imagem que faz de si, o que conduz à divisão social dos papéis, ao respeito a um código de comportamento (não necessariamente escrito), à identificação de motivações e ao estabelecimento de crenças comuns, sendo que, nas sociedades autoritárias, a crença na força e não na liberdade permanece ditando normas de conduta, permanece no imaginário coletivo e se apresenta sempre que a sociedade se encontra em uma situação de crise, sendo, enfim, a escolha fácil. Diversamente daquele que diz que “para a crise da democracia, não há outro remédio senão o seu aprofundamento”, em sociedades autoritárias, “para a crise na democracia, a solução é a força, é o arbítrio, a o sobrestamento de direitos e garantias fundamentais”, o que se faz a partir da flexibilização dos limites ao exercício do poder (CASARA, 2017, p. 56).

Entre os direitos fundamentais (antes) realizáveis, liberdade, igualdade e segurança ocupam (ocupavam) espaços privilegiados. Ocorre que o Estado Democrático de Direito, ou o regime democrático está sofrendo não uma crise, mas uma erosão, o que não é de agora, mas teve quicá seu estopim com o início das reformas neoliberais implementadas a partir da década de 1980 e sintetizadas no Consenso de Washington, as quais se apoiaram em três pilares precípuos: i) a redução de gastos públicos em bens de cidadania por meio da privatização de entidades, bens e serviços públicos, que passaram a ser fontes de lucro privado, acessados por consumidores pelo mercado; ii) a flexibilização do mercado de trabalho, por meio do abandono de políticas de proteção ao emprego e retrocesso nos direitos e nas organizações trabalhistas; e iii) a desregulamentação dos mercados financeiros e dos controles nacionais sobre a moeda.

Não é à toa que o professor Azevedo (2014, p. 30) refere que “encontramo-nos em face de um novo mundo que irrompe, com características e exigências novas, cuja natureza é preciso bem compreender como condição de estabelecimento de normas jurídicas que lhe sejam consentâneas”. Esse novo mundo é, sem dúvida, um mundo onde direitos fundamentais, como liberdade, segurança, entre outros tantos são esvaziados. A liberdade e outros direitos negativos, direitos à não intervenção do Estado são vistos como negatividades, como obstáculos à eficiência do Estado e dos mercados (CASARA, 2017, p. 35).

No Estado pós-democrático, há a manutenção de uma tradição autoritária de modo a garantir a continuidade do poder econômico, uma tradição voltada à não realização dos mais elementares direitos e garantias e também à não produção de normas e comportamentos democratizantes. Nessas condições, mesmo que a lei tenha seu viés democrático, o intérprete traduz a partir de seus preconceitos, suas visões e seus valores uma norma autoritária e inadequada à democracia material.

A partir da percepção de que a tradição em que está lançado o intérprete condiciona a ação dos atores jurídicos e a produção de normas, à criminalização tanto primária quanto secundária, compreende-se que nem todos que praticam condutas antijurídicas serão investigados e processados por seus atos.

Muitos dos que praticam atos criminosos sequer têm consciência disso e outros tantos tomam diversas cautelas para que jamais sejam descobertos.

Nesse sentido, há uma grande divisão do delito público para o delito privado. O delito público é aquele praticado por agente público em detrimento da liberdade, da integridade física ou do patrimônio de um particular, podendo aqui ser percebido desde a execução sumária, tortura, abuso de poder e extorsão praticada por um policial até o desvio de capitais, corrupção ativa e passiva praticada por um agente público. Já o delito privado é todo o crime praticado por um cidadão não ocupante de cargo, por uma pessoa qualquer. Os primeiros muitas vezes saíram ilesos, enquanto os segundos, mesmo quando não pratiquem crime algum, podem ser processados, julgados e condenados por crimes.

A liberdade, na pós-democracia, está em risco, portanto, podendo as condenações injustas, que existem em todos os sistemas, serem muito maiores, na medida em que o valor verdade é abandonado e substituído pela pós-verdade, uma narrativa que atende à razão neoliberal e aos interesses do mercado. É, também, a partir destes interesses que alguns governantes de esquerda e centro-esquerda também passam a sofrer uma criminalização, uma perseguição espetacularizada a partir de um suposto combate à corrupção de seus governos.

Na pós-democracia, não havendo liberdade, o que sobra é a segurança. Melhor dizendo, a segurança que foi e ainda é uma justificativa para se restringir a liberdade do sujeito, na pós-democracia, como também em outros Estados de caráter policial, acaba sendo alçada não somente à condição de direito fundamental, mas à condição de direitos dos direitos. Isto é, tudo orbita em torno da segurança, tudo é feito para garantir uma segurança, segurança esta que não é, de modo algum, segurança do povo, segurança das gentes, mas segurança do Estado, dos fins que o Estado busca para si, e os fins, como já apontados, deixaram de ser a garantia e promoção dos direitos, mas passaram a ser a promoção e facilitação do capital.

Nessa lógica, a segurança não é senão a proteção dos que detém o poder econômico e, por ele, controlam o poder políti-

co. A segurança não é distribuição igual de direitos e deveres a todos, mas, ao contrário, a manutenção do status quo dirigido para manter o poder na mão de poucos, como também manter os indesejados longe dele, excluídos, para quem somente o Estado Policial serve como instrumento senão de segregação e extermínio. As pessoas deixaram de ter um fim em si mesmas, podendo ser novamente instrumentalizadas para um fim, e tudo que não tiver valor, podendo ser descartado. A segurança não mais é a manutenção das instituições democráticas, mas sim a manutenção do poder nas mãos de uns e em detrimento de todos. Liberdade, por sua vez, é, necessariamente, liberdade para consumir acriticamente, para gozar, para destruir e para resignificar o mundo a nossa volta. Outra liberdade não há, por isso o Poder Judicial ainda se mantém firme contra os fracos, contra os que não podem consumir, contra os desvalidos.

A partir da racionalidade neoliberal, os gestores da segurança passaram a reproduzir um discurso utilitarista em que a compra de armamentos e a defesa individual de cada cidadão passou a ser o projeto de segurança. Armem-se, comprem carros blindados e defendam-se, as suas famílias e seus lares, sem temor. Segurança Pública não é senão o direito que cada cidadão de bem tem de defender-se, é o que dizem. Nesse contexto, os indivíduos são levados a odiar os direitos e as benesses e não compreendem a complexidade em que está inserida a segurança pública, não compreendem as consequências da violência simbólica que é portar uma arma, e mesmo da violência estrutural que é limitar os direitos e tratar a todos como se igual fossem, como se partissem de um denominador comum, como se – na expressão da Constituição dos EUA – todos nascessem livres.

Nesse sentido, surge um novo modelo de Estado de Exceção. O Estado de Exceção é um Estado onde a regra não mais tem aplicação, um Estado sem regra onde há a suspensão da própria ordem jurídica, que define seu patamar de atuação. Assim, normas de proteção ao cidadão são sobrestadas em prol de uma suposta segurança que beneficiaria toda a sociedade. Cria-se, pois, “[...] a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal” (AGANBEN, 2018, p. 48). Essa lacuna

permite a atuação do Estado de Exceção para ou contra quem não pode consumir, e libera, por outro lado, o mercado de qualquer entrave. Este Estado de Exceção elimina tudo o que atuava contra a expansão do mercado e absorve tudo, sem limites, até a exaustão, mas, por outro lado, enquanto distribui os lucros dessa dilapidação a um número cada vez menor de beneficiados, segue distribuindo os riscos para todos, o que atinge especialmente aqueles que viviam em conformidade com o respeito à natureza, como indígenas, pequenos agricultores, pequenos pescadores e outros grupos ligados à extração natural daquilo que a natureza oferece.

3 Considerações finais

A atuação estatal ampliou a violência estatal enquanto os direitos e garantias fundamentais passaram a ser tratados como obstáculos à realização dos fins do Estado, vulnerando a esfera material da democracia. A partir de uma racionalidade neoliberal, que pode tudo explorar, até mesmo a segurança pública, aquela assume de vez e como nunca a tradição autoritária, especialmente em países como o Brasil, e utiliza o medo da população sem pudor para justificar os arbítrios e desmandos.

Para mudar isso, não basta denunciar as distorções de uma sociedade sem limites, na qual o indivíduo encara o outro como concorrente a ser derrotado ou inimigo que deve ser destruído. Impõe-se, em primeiro lugar, construir uma narrativa alternativa e atrativa àquela que sustenta ser o mercado o melhor modelo para as relações sociais e maximização dos ganhos o objetivo a ser alcançado pelos indivíduos. As pessoas devem ser convencidas, ou se convencerem, de que há possibilidade de construir uma sociedade melhor do que essa que se apresenta. Uma narrativa que se afaste do utilitarismo egoísta e repense as correlatas categorias interesse e utilidade.

O interesse próprio, entendido como o desejo de enriquecer (a qualquer custo) não pode mais ser o guia que conduz o agir e o pensar de cada um. Isso significa pensar um novo fundamento normativo para a humanidade que reconheça a necessidade da

alteridade, a necessidade de se preservarem interesses diversos, bem como a existência de bens e interesses inegociáveis, e que reconheça – mais uma vez – a existência de uma dignidade. O desafio é mostrar a cada pessoa que ela faz parte de um todo, e que se esse todo se erodir, ela vai ser também atingida pela erosão.

Por fim, o desafio é mostrar que o interesse material não é o primordial, que ser é mais importante do que ter. Deve-se, pois, retirar o véu que impede que as pessoas se vejam e se percebam nas outras, impedindo que a cegueira coletiva se espraie e demonstrando que o sucesso do capitalismo não é o sucesso da humanidade. Isso exige trabalho. Pessoas não podem continuar a ser tratadas, como bem sinalou Casara, como coisas diante de uma plateia que a tudo assiste e que, por vezes, chega a aplaudir o arbítrio e a violação de direitos sem se reconhecer como igual, mesmo diante da profunda diferença. A sociedade, percebida como uma reunião de pessoas concretas e não mais como uma abstração deve reconciliar-se com os valores democráticos que permitem fazer dela um verdadeiro agrupamento social, no sentido pleno da palavra, ou seja, uma sociedade onde cada um é permitido satisfazer as necessidades físicas, espirituais e emocionais em respeito às diferenças, bem como ter condições de alcançar a independência econômica e autodeterminação política ao lado de todos os outros, que deverão ser percebidos como parceiros de caminhada e sonhos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 168-169).

Para salvar a democracia, precisa-se, como afirmaram Levitsky e Ziblatt (2018), restaurar as normas básicas que a protegiam no passado. Entretanto, é preciso fazer mais do que isso, há de se estender essas normas por toda uma sociedade diversificada. Temos que torná-las realmente inclusivas. É preciso fazer essas normas funcionem em uma era de diversidade étnica sem precedentes. O desafio é ser multirracial ou multicultural e, ao mesmo tempo, democrático (2017, p. 218).

Referências

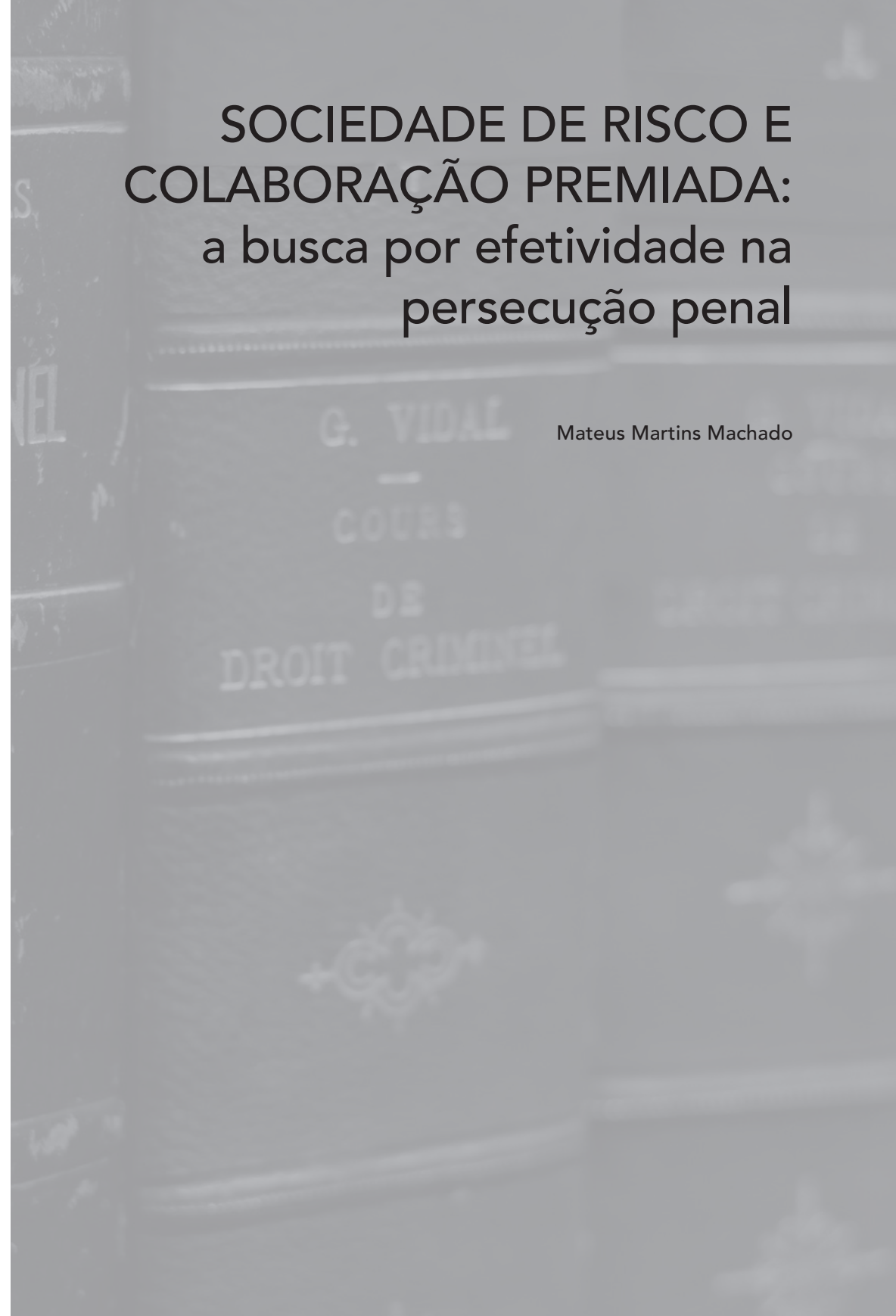
- AGANBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: Homo Sacer, II, I. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ARENDDT, Hanna. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016.
- ARENDDT, Hanna. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ARENDDT, Hanna. **Sobre a Revolução**. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2014.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Limites e justificação do poder do Estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASARA, Rubens R. R. **Sociedade Sem Lei**: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CROUCH, Colin. **Posdemocracia**. Madrid: Tauros, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.
- GUNTHER, Klaus. Da liberdade à segurança: fundamentos normativos do direito penal em mudança. Tradução Wagner Marteleto. **Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais**, n. 4, p. 9-22, 2016.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2010.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

RANCIERE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Tradução Marina Gascón. 2. ed. Madrid: Trota, 1997.

SOCIEDADE DE RISCO E COLABORAÇÃO PREMIADA: a busca por efetividade na persecução penal

Mateus Martins Machado



1 Introdução

A constante evolução social e as realidades vividas em cada período histórico dizem muito sobre o modo como a sociedade trata o direito e o processo penal. Frente ao surgimento de novas realidades sociais, identificou-se uma nova fase histórica, que consiste na mudança da sociedade industrial, ou sociedade moderna, para a sociedade pós-industrial, a nova sociedade de risco.

Entende-se por moderno o período que teve início com a Revolução Industrial, nos séculos XVII e XVIII, até princípios do século XX. O surgimento das indústrias e a alteração no modo de vida fez com que esta sociedade se preocupasse, prioritariamente, com a distribuição de riquezas. Entretanto, na nova conjuntura social, disseminou-se a ideia de que as fontes de riqueza trariam consigo ameaças que há muito se encontravam presentes, mas passavam despercebidas, e que ganham importância e notoriedade diante do desenvolvimento das forças produtivas.

O sociólogo alemão Ulrich Beck (1998a) identifica como característica dessa nova formação social a constante criação de conceitos de riscos, que, possivelmente, não sejam provenientes do surgimento de novas realidades, mas sim da mudança de foco sobre o causador de ameaças. Esta mudança de foco pode ser vista também como uma das causas de transição da sociedade industrial para a sociedade de risco, no momento em que ocorre uma auto-observação de suas realidades, surgindo a chamada modernização reflexiva.

Diante dessa nova formação social, que frente aos hodiernos riscos identificados pela modernidade elencou a prevenção como principal forma de controle, observou-se o fenômeno da expansão do controle pela via penal, comprometendo seu caráter subsidiário, *ultima ratio*, com a crescente desvalorização e flexibilização de seus princípios reitores. O surgimento de novas realidades e o aumento da percepção social sobre os riscos, refletiu em uma mudança histórica do paradigma na persecução penal. Diante disso, o presente artigo busca identificar, brevemente, as influências desta nova conjuntura social para persecução penal e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A expansão da persecução penal e a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro

A tendência expansionista da persecução penal é de fácil percepção no cenário brasileiro quando se verifica que o Direito penal passa a ser visto como mecanismo de controle social, resultante da mentalidade da nova formação social, na ilusória busca de rápidas soluções para situações consideravelmente complexas. Os reflexos desta nova conjuntura começaram a ser percebidos a partir da última década do século XX, com o crescente surgimento de legislações contendo tipos penais abertos e introduzindo novos mecanismos de persecução penal no ordenamento jurídico interno.

Na busca por efetividade e rapidez na resolução das causas, o direito penal clássico e os métodos de investigação dele proveniente passaram a ser considerados obsoletos. A busca por alternativas procedimentais e mecanismos que possibilitem a aceleração e otimização do processo têm ganhado destaque nas reformas normativas e nas práticas judiciais. Assim, a justiça criminal negocial passa a ser vista como uma das principais opções da sociedade pós-industrial, vez que possibilita, aparentemente, dar celeridade e efetividade na resolução de casos considerados complexos.

Agora, pretende-se acabar com o processo, buscando-se a possibilidade de concretização antecipada do poder punitivo estatal, sem a necessidade de morosas produções probatórias para verificação dos fatos delituosos imputados. Assim, é proposta a expansão dos espaços de consenso no processo penal, autorizando a realização de acordos entre acusação e defesa com o objetivo de obter confissões e colaborações, ou seja, afastar a resistência inerente à posição defensiva, em troca de benefícios prometidos para abrandar a resposta punitiva estatal. (VASCONCELLOS, 2017, p. 13).

A modernização da persecução penal e a crescente flexibilização de direitos e garantias podem ser vistas como um movimento de caráter global. Institutos como o da transação penal e da suspensão condicional do processo, introduzidos pela lei

nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, são exemplos claros dessa busca por celeridade e eficácia. Além disso, seguindo a tendência expansionista da persecução criminal, surgem mecanismos que viabilizam amplas possibilidades de negociação sobre a sanção penal a ser aplicada, como os acordos de leniência e a colaboração premiada.

Foi a partir da promulgação da Lei dos Crimes Hediondos (lei nº. 8.072/1990) que se iniciou a introdução de institutos de colaboração processual no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu artigo sétimo, a legislação trouxe a alteração ao Código Penal, acrescentando o parágrafo 4º ao artigo 159, possibilitando que, nos casos de extorsão mediante sequestro praticados por quadrilha ou bando, o co-autor que colaborasse com a autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, receberia o benefício de redução de pena de um a dois terços. Além disso, o parágrafo único do artigo 8º da referida legislação trouxe a previsão de que o participante e o associado que denunciassessem à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando o desmantelamento desta, seriam beneficiados com a redução de um a dois terços de sua pena.

O legislador, ao introduzir este instituto no ordenamento jurídico brasileiro, não se preocupou, de plano, em estabelecer delimitações procedimentais para a realização dessa colaboração. A Lei dos Crimes Hediondos previu a concessão de benefícios ao autor ou partícipe que colaborasse com a autoridade, sem identificar a qual autoridade se referia, bem como deixando de descrever o modo procedimental e o momento em que se realizaria esta colaboração.

Desde então, o mecanismo de colaboração processual passou a ser regulamentado em diversas legislações esparsas, como a Lei de Organizações Criminosas (lei nº. 9.034/1995)¹ e a Lei de combate à lavagem de dinheiro (lei nº. 9.613/1998)². No entanto,

1 A lei nº. 9.034/1995 previu, em seu artigo 6º, que nos crimes praticados em organização criminosa, a pena seria reduzida de um a dois terços quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

2 A lei nº. 9.613/1998 iniciou a ampliação dos benefícios da colaboração premiada. Em seu artigo 1º, parágrafo quinto, foi previsto que a pena poderia ser reduzida de um a dois terços, a ser cumprida com regime inicial aberto, sendo facultado ao juiz a aplicação ou substituição por pena restritiva de direitos se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando

foi apenas em 2013, com a promulgação da nova Lei de Organizações Criminosas (lei nº. 12.850/2013), que observou-se uma maior preocupação do legislador em regulamentar os regimes procedimentais e limitar a aplicação do acordo de colaboração premiada.

Além dos avanços sobre a regulamentação procedimental do instituto, a Lei de Organizações Criminosas definiu que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Atualmente, a colaboração premiada pode ser entendida como sendo um acordo entre o acusador e a defesa com o objetivo de facilitar a persecução penal, em troca de benefícios ao colaborador que reduzam as consequências sancionatórias de sua prática delitiva. Via de regra, a colaboração consiste na comunicação à autoridade, feita por um investigado, coautor ou partícipe, de um fato criminoso, que auxilie na investigação ou processo criminal, visando uma recompensa.

O surgimento da lei nº. 12.850/2013 consolidou o viés processual do instituto da colaboração premiada, anteriormente atribuído com caráter de direito material, em razão do seu viés probatório, com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, que passa a colaborar de forma ativa com investigação criminal. Logo, a colaboração premiada pode ser vista como o consenso entre acusação e defesa em formalizar um acordo que visa ao esvaziamento da resistência do réu e à conformidade deste com a acusação, objetivando simplificar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, que reduzam as consequências sancionatórias à conduta delitiva deste (VASCONCELLOS, 2017, p. 56).

Foi por meio do julgamento do Habeas Corpus 127.483, pelo Supremo Tribunal Federal, que definiu-se a natureza do instituto como sendo um negócio jurídico processual, uma vez que,

esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação de sua autoria, ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

além de ser qualificada expressamente pela lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, “ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração” (BRASIL, 2015). Além disso, em razão da categoria utilizada para definir a natureza do instituto da colaboração premiada, o Supremo Tribunal Federal esquematizou os requisitos do acordo, separando-os nos planos da existência, validade e eficácia.

Embora o legislador tenha demonstrado na redação da lei nº. 12.850/2013 uma maior preocupação com os benefícios a serem concedidos e com as obrigações impostas ao colaborador no acordo de colaboração premiada, observa-se a existência de um fenômeno de esvaziamento de força normativa diante da homologação de acordos que extrapolam os limites jurídicos razoáveis, transformando regras de Direito Penal Processual e Material em objeto de negociação entre os órgãos estatais e os acusados.

A existência de acordos formalizados nos últimos anos, os quais inovam ao prever regimes diferenciados de execução de penas, liberação de bens provenientes da atividade criminosa, concessão de imunidades a familiares e terceiros ao acordo, renúncia ao acesso à justiça e aos recursos aos tribunais de segunda instância e superiores, bem como a imprecisão de um dever genérico de colaboração demonstram a incerteza sobre o modelo de aplicação do instituto em que o Brasil está inserido.

Nos países de tradição da common law, os acordos de cooperação premiada são legitimados pelo princípio da oportunidade, que rege esse tipo de sistema. Naquele modelo é permitida uma ampla liberdade de negociação entre as partes, com maior possibilidade de barganha sobre o conteúdo dos acordos, diferentemente do que ocorre, ou deveria ocorrer, nos países de civil law, orientados pelo princípio da obrigatoriedade, nos quais o espaço de consenso e a possibilidade de negociação entre acusação e defesa se dá de forma limitada e submetida às balizas estabelecidas pela legislação.

Considerando a tradição romano-germânica (civil law) adotada pelo Estado brasileiro, entende-se que a colaboração

premiada deveria seguir o princípio da legalidade e não o da oportunidade, característico de países da common law. Entretanto tem se observado um alargamento no espaço de consenso entre as partes nos acordos firmados entre os órgãos estatais e os colaboradores, gerando incertezas acerca do modelo de aplicação do instituto no Brasil.

O modo como a colaboração premiada foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro possibilita o questionamento acerca da sua inserção em um cenário de adoção do princípio da legalidade ou da oportunidade. Para parcela dos doutrinadores o rol de prêmios e benefícios previstos na legislação tem cunho meramente exemplificativo, inexistindo a restrição da legalidade estrita, por entenderem se tratar de norma benéfica ao réu. Assim, desde que não haja proibição e esteja dentro do marco da razoabilidade, é possível que sejam ofertados e aplicados benefícios não elencados na legislação (MENDONÇA, 2013).

Por sua vez, parte da doutrina entende que a colaboração premiada deve respeitar os critérios definidos na legislação, em observância ao princípio da legalidade, sustentando, também, a necessidade da reconfiguração dos conceitos, visando alcançar uma espécie de oportunidade regrada na qual a obrigatoriedade seria limitada pelas balizas impostas pela própria lei, possibilitando um controle objetivo dos acordos firmados. Ou seja, a lei precisa determinar os possíveis prêmios e os critérios para a determinação desses, reduzindo os espaços de discricionariedade e insegurança na realização dos pactos (VASCONCELLOS, 2017, p. 148).

Visando assegurar a correspondência entre os termos propostos no acordo e a posterior efetivação dos prêmios, busca-se incrementar o respeito à legalidade dos benefícios, rechaçando-se, então, a possibilidade do oferecimento de benefícios que extrapolem os limites legais, como preceitua Jardim:

Destarte, o Poder Judiciário não deve homologar acordos de cooperação que consagrem “prêmios” não autorizados na lei cogente e, com mais razão, que contrariem tal lei. Não devem ser homologadas “delações premiadas” que prevejam cumprimento de penas altas em regimes não permitidos pela lei penal ou de execução penal, prisão domiciliar para

penas de dez anos, bem como não deve ser homologada suspensão de processos penais para não aumentar penas já aplicadas, renúncias prévias do Ministério Público a eventuais e futuros recursos ou renúncia à propositura de futuras ações penais ou cíveis, etc. (JARDIM, 2016, p. 3).

Entende-se, então, que a manifestação de vontade das partes, acusação e defesa, não pode sobrepor-se às leis vigentes, devendo ser questionado o entendimento doutrinário que aceita a concessão de benefícios não previstos expressamente na lei, sob o argumento de que, existindo a previsão legal da concessão do perdão judicial, medida que atinge amplamente a repressão estatal, possível seria o oferecimento de prêmios menores, mesmo que não possuam previsão legal. Ou seja, parte-se do pressuposto de quem pode o mais, pode o menos.

Embora possa aparentar, em um primeiro momento, tratar-se de norma mais favorável ao réu, em razão dos benefícios ofertados e da redução do poder estatal, inexistindo, portanto, a restrição da legalidade estrita, pensa-se que as consequências de tal abertura, na realidade, esvaziarão os limites do instituto negocial, prejudicando o colaborador e os demais acusados (VASCONCELLOS, 2017). No entanto há de se salientar que os institutos negociais podem apresentar-se de forma perversa, ensejando a supressão de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, o enfraquecimento do processo penal democrático e a expansão de forma irrestrita do poder punitivo estatal.

O oferecimento de fixação de regimes de cumprimento de pena diversos do que tradicionalmente se aplica nas sentenças condenatórias vem sendo frequentemente praticado pelos órgãos ministeriais. Entretanto, quando observado o sistema acusatório adotado na Constituição Federal de 1988, verifica-se uma certa incompatibilidade com este tipo de atuação por parte do Ministério Público, visto que este sistema de trocas e transações não encontra amparo constitucional. Em outras palavras, a transação/troca ocorre sobre o que é indisponível de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro (RAMOS, 2006, p. 110-111).

Ao consagrar o sistema acusatório no processo penal brasileiro, a Constituição Federal previu expressamente acerca da

indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público, tendo como única exceção ao princípio da obrigatoriedade o disposto no seu artigo 98, inciso I, que instituiu a transação penal nos juizados especiais. Desta forma, poderia entender-se como uma afronta aos princípios basilares do direito penal e do Estado Democrático de Direito as transações concedidas pelos órgãos acusatórios que não estejam previstas ou em conformidade com os dispositivos constitucionais. Nas palavras de Pereira (2016, p. 151), "somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiaias, retirando desse modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada".

Mesmo com todas as ressalvas feitas por grande parte da doutrina, os tribunais superiores vêm demonstrando a aceitação ao oferecimento de benefícios não dispostos em lei. Isso fica claro quando observado, por exemplo, o acordo homologado pelo Supremo Tribunal Federal em que fixou-se que ao se atingir o montante mínimo de 30 anos de reclusão, após a unificação das penas, a execução se daria em regime fechado por lapso não superior a cinco anos e não inferior a três anos, detraído-se o período já cumprido a título de prisão provisória com progressão direta para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais³. Da mesma forma, tem-se o acordo que fixou a condenação à pena máxima de 20 anos de reclusão, cumprindo-se dois anos e três meses em regime fechado diferenciado, nove meses em regime semiaberto diferenciado, cumulado com prestação de serviços à comunidade⁴.

Como exposto, os acordos de colaboração premiada homologados pelo Supremo Tribunal Federal determinaram a execução da pena em regimes diferenciados, em inobservância aos dispositivos previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Segundo Lopes Jr., introduziu-se, assim, regimes de cumprimento diferenciados, de "reclusão doméstica" e depois um "regime semiaberto diferenciado", os quais destoam totalmente

3 Benefícios formalizados na cláusula 5ª, incisos I, II, III e V, acordo na Pet. 5.244 do Supremo Tribunal Federal, em 19 de dezembro de 2014.

4 Benefícios formalizados na cláusula 5ª, parágrafo 1, acordo na Pet. 6.138 do Supremo Tribunal Federal, em 12 de maio de 2016.

do regime previsto no CP e na LEP, criando uma “execução penal à la carte” (2015 apud VASCONCELLOS, 2015, p. 14).

Não obstante, houve a homologação de acordos que dispunham sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Neste caso, a Suprema Corte entendeu que o acordo de cooperação premiada pode dispor sobre questões patrimoniais relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador com a prática dos crimes a ele imputados, considerando válida a cláusula que previa a liberação de imóveis de luxo doados a sua ex-mulher e as suas filhas, adquiridos com os proventos da infração e ocultados por meio de lavagem de dinheiro, sob a alegação de que os bens serviriam para proteger o colaborador e seus familiares, bem como o acordo de cooperação pode prever o não oferecimento da denúncia, o que, por consequência, acarretaria à impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação, o que justificaria a imunização de determinados bens do colaborador (BRASIL, 2015, p. 50).

O que se percebe, então, é uma expansão dos espaços negociais, que extrapolam as balizas estabelecidas legalmente, colocando em xeque a segurança jurídica, diante da imprevisibilidade das cláusulas e dos acordos que futuramente serão firmados.

3 Conclusão

Se na sociedade moderna a preocupação era principalmente sobre a distribuição de riquezas, na sociedade pós-industrial os riscos e a distribuição destes são o centro do debate. A mudança sobre a valoração dos riscos ocorre na medida em que se percebe a imprevisibilidade sobre o modo como essas ameaças podem ser encontradas e se exprimirem, influenciando diretamente no agir social, que, percebendo não possuir controle sobre as novas realidades, passa a distribuir riscos nas atividades elencadas como potencialmente perigosas.

Na busca por uma resposta eficaz às novas realidades, utilizou-se do direito penal para tentar controlar esses novos riscos. Ocorre que, diante da complexidade das hodiernas atividades e do ritmo acelerado em que vive a sociedade atual, os métodos

clássicos de persecução penal se tornaram obsoletos por não possuírem aparato para desvelar as atuais práticas criminosas e por não oferecerem a solução dos casos em um curto espaço de tempo. Assim, internalizaram-se no ordenamento jurídico brasileiro institutos de justiça negocial, a fim de modernizar, simplificar e dar efetividade à persecução criminal.

O instituto da colaboração processual reflete, em grande parte, a construção objetivada no presente artigo. Por meio da colaboração do acusado (praticidade), busca-se desvelar crimes complexos e obter informações que, a princípio, não poderiam ser obtidas pelos métodos tradicionais (efetividade) em um curto espaço de tempo (agilidade). Entretanto, mesmo tendo o legislador se preocupado em melhor regulamentar este instituto na Lei do Crime Organizado, remanescem questões a serem enfrentadas sob outras perspectivas, mais especificamente no que se refere aos limites e ao objeto dos acordos.

Referências

- BARATTA, Alessandro. Seguridad. **Capítulo Criminológico**: revista de las disciplinas del control social, Maracaibo, v. 29, n. 2, 2001.
- BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michel. La Legislación de Emergência y el Pensamiento Jurídico Garantista en el Proceso Penal. **Doctrina Penal**: teoría y práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, ano 8, n. 29-32, 1985.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECHARA, Fabio Ramazzini; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Colaboração Premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 07, n. 13, ago.-dez. 2016.
- BECK Ulrich. Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo. **Boletín de la A.G.E**, n. 30, 2000. Disponível em: <http://age.ieg.csic.es/boletin/30/01.pdf>.
- BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo Global. Tradução Jesús Alboréz Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998a.

BECK, Ulrich. **Qué es la Globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Tradução Bernardo Moreno, Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998b.

BOUZA, Thiago Brugger da. A Colaboração Premiada Como Um Ilegítimo Sistema de Trocas. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A Delação/Colaboração em Perspectiva**. Brasília, DF: IDP, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 05 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 14303, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 04 maio 1995a.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 15003, 27 set. 1995b.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 04 mar. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pacte.: Erton Medeiros Fonseca. Impte.: José Luiz Oliveira Lima e outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF: STF, 27 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (segunda turma). **Petição 6.138**. Petição. Agravo regimental. Levantamento do sigilo dos áudios e termos de declaração de acordo de colaboração premiada. Possibilidade. Art. 7º, § 2º, da lei 12.850/13. Agte.: Daniel Firmeza Machado e outro(a/s). Adv.: Antônio Sérgio Altieride Moraes Pitombo. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF: 21 fev. 2017.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La Seguridad como Fundamento de la Deriva del Derecho Penal Postmoderno**. Madrid: lustel, 2007.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal e Globalização**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação Premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, p. 65-73, 2013.

DI GIORGI, Raffaele. O Risco na Sociedade Contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 37-49, 2008

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 34, p. 15-53, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009a.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009b.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**:

Modernidad, contingencia y riesgo. Tradução Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**: O que a globalização está fazendo de nós. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Alguns perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, v. 13, n. 75, p. 34-53, ago.-set. 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Bahia: JusPodivm. 2009

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 17, n. 01, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462>. Acesso em: 29 ago. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. Os Tensos Equilíbrios Sociais na Sociedade de Riscos: Reflexões Preliminares. In: SEMINÁRIO NACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1., 2015, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: FMP, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del Riesgo**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Souza. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rés presos provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A Delação/Colaboração em Perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado. Custus Legis. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 04, 2013.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Julio César de Oliveira Guimarães. **Delação premiada: Aspectos Jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 07-01, p. 1-37, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La Expansion del Derecho Penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANCTISN, Fausto Martin de. A Lei Anticorrupção e Lavagem de Dinheiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 947, n. 103, set. 2014.

TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal**. Madrid: La Ley, 1993.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crimen Organizado**: una categoria frustrada. Bogotá: LEYER, 1996.

OS LIMITES DA BUSCA
POR CELERIDADE
PROCESSUAL PELA
VIA DO INSTITUTO
DA COLABORAÇÃO
PREMIADA
*THE LIMITS OF PROCEDURE
CELERITY SEARCHING THROUGH
THE PLEA BARGAINING
INSTITUTE*

Mateus Augusto Bohrz Klein

Resumo

O presente ensaio busca discutir, por meio do estudo sobre o instituto da delação premiada, os limites da busca por celeridade processual. Considerando que tal dispositivo pode ser visto como grande passo a favor de um processo mais eficiente, impedindo a perda do direito pretendido pela parte, por outro lado pode também ocasionar a prevalência da impunidade se realizado de maneira imprudente. Por meio do presente trabalho, busca-se salientar os perigos de uma busca desenfreada por celeridade processual. Para tanto, se iniciam os estudos com uma breve introdução histórica à implementação daquela ao sistema processual penal brasileiro, passando-se, então, a um estudo mais abstrato do instituto e do conceito de celeridade processual, para adentrar aos casos práticos da operação Lava Jato. Por fim, se analisa os possíveis reflexos sociais desse instituto.

Palavras-chave: Colaboração. Delação. Direito. Celeridade. Lava Jato. Processo penal.

Abstract

The purpose of this essay is to discuss, through the studies of the institute of plea bargaining, the limits of celerity searching inside criminal procedure by the MP. Considering that this dispositive can be seen as a huge step forward to a more effective procedure preventing the loss of the right granted to the part, by the other hand it can cause the prevalence of the impunity if used with recklessness. By means of this work, it tries to emphasize the dangers in an unbridled search for celerity in procedure. For that, the studies begin through a brief historical introduction to its implementation to the Brazilian criminal justice system, going on to an abstract research and of the celerity in procedure concept, to then to get in to the practical cases of the operation lava-jato. In conclusion, it will be made an analysis of the possible social reflexes of this institute.

Keywords: Plea bargaining. Celerity; Right. Criminal procedure.

1 Considerações iniciais

O sistema de colaboração premiada vem ganhando destaque atualmente, principalmente devido à operação Lava Jato, em que foi amplamente utilizada. Possui a finalidade de assegurar material probatório quando há dificuldade de fazê-lo em casos de crimes praticados por organização criminosa. Trata-se de modelo importado do sistema americano, denominado *plea bargaining*, no qual se permite ao réu que, em troca de informações sobre o caso, lhe sejam concedidos benefícios, como redução de pena ou permanência de parte dos bens adquiridos de maneira ilícita. No entanto, diferentemente do sistema americano em que as decisões do juiz quanto ao caso são definitivas e devem respeitar o modelo de precedentes *stare decisis*, possibilitando uma negociação mais ampla e baseada em grande parte no bom senso do órgão judiciário, no Brasil, tais limites de negociação possuem maior restrição do aparato legislativo. De acordo com o art. 4º da lei nº. 12.850/2013,

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados. (BRASIL, 2013).

Dessa maneira, se tem no ordenamento jurídico brasileiro predefinições de até onde as negociações entre o MP e o réu poderão ir. Entretanto algo que é recorrente em casos práticos é a modulação dos efeitos de tal ordenamento, o que pode se provar de extrema periculosidade, não somente à possibilidade de perda da pretensão punitiva do Estado referente a crimes contra o capital estatal, mas também como um exemplo de impunidade para a sociedade.

Tendo em mente o intuito principal do instituto da colaboração premiada ser o de atuar como uma forma de combate à crimes de organização criminosa, são estudados no presente trabalho os limites de sua busca diante da consequência de celeridade processual ocasionada pela utilização do dispositivo.

Considerando-se a necessidade da utilização de tal artifício em certos casos, como a operação Lava Jato, em que a junção de material probatório para que se chegue aos outros integrantes da organização criminosa é extremamente difícil e morosa, deve ser utilizado tal instrumento, porém de maneira cautelosa, evitando-se ao máximo a modulação do texto jurídico, para que se evitem consequências indesejadas no transcurso investigativo.

1.1 Do conceito de celeridade processual

Primeiramente, a fim de se compreender o tema objeto da pesquisa em questão temos o conceito de celeridade processual no âmbito penal. Deve-se ter em mente quando falando deste valioso item a ser introduzido que não se trata apenas de efetivar-se um processo mais simples e menos moroso, mas sim um processo eficiente e justo para ambas as partes no qual não se neguem direitos ou se distorçam princípios importantes para um decorrer processual saudável.

Temos o princípio de celeridade processual como um dos mais importantes dentro do direito processual penal, uma vez que, devido à natureza dos crimes, ao se realizar um processo moroso, acaba-se frustrando o acesso ao direito do ofendido. Porém, tendo isso em mente, ao utilizarmos o termo celeridade, acabamos implicando em um processo que busca com rapidez e de maneira mais simplificada a aplicação de pena ou absolvição do acusado. Isso decorre do perigo de extinção do direito, pelo decurso do tempo. No entanto o conceito que se deve buscar é o de processo eficiente, no qual: “será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo penal” (FERNANDES, 2006, p. 3).

Note-se que não se fala em processo mais rápido ou processo mais simples possível, e sim em duração razoável do processo, isso, pois, não se deve ignorar a linha de pensamento garantista ao buscar-se a celeridade processual. Ao mesmo tempo em que um tramite processual moroso pode acarretar injustiças, o atropelamento de princípios e garantias é caminho

para igual resultado. Diante de casos de maior complexidade envolvendo organizações criminosas mais poderosas o conceito de eficiência processual se torna ainda mais importante, uma vez que a quebra do princípio do devido processo legal acaba por sistematizar certa imposição do Estado sobre o acusado. Desse modo, pode-se acabar causando injustiças por meio de um acordo entre as partes de forma que o réu que não possua culpa do delito, mas que o aceite a fim de garantir o benefício ofertado, seja visto pela sociedade erroneamente como culpado. Por outro lado, há também os casos em que a utilização de tal recurso devido à dificuldade probatória acabam por conceder benefícios exacerbados ao colaborador. Assim, deve-se ter o instituto da colaboração premiada como um último recurso para se impedir a concessão de benefícios quando a capacidade probatória do estado puder suprir tal tarefa.

1.2 o sistema de negociação criminal

O sistema de colaboração premiada, introduzido primeiramente pela Lei dos Crimes Hediondos (lei nº. 8.072/1990), ocasionou grande evolução em questão de eficiência processual, principalmente quanto ao tempo corrido de processo. Aquele possui o intuito de buscar com maior facilidade e rapidez material probatório por meio de uma negociação entre as partes. Porém, para que se compreenda de maneira melhor tal tema, deve-se ter em mente o conceito de prêmio com significado de “um mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma conduta punível pelo direito penal, realiza contra conduta colaborativa destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originalmente cometido” (PEREIRA, 2016, p. 31). Dessa maneira, ao colaborar com a investigação, o réu terá acesso a certos benefícios redutivos de pena, ou seja, uma diminuição do mal imposto sobre o colaborador.

Porém, segundo Pereira, (2016) tal instituição acaba por colidir com a concepção de direito penal retribucionista clássica, de maneira que se subverta até certo ponto tal conceito processual penal quanto ao aspecto relativista e à sanção premial. Dentro do instituto da colaboração premial, o conceito de prêmio passa

a ter reflexo em um objetivo político-criminal, de maneira a visar um objeto maior por parte do acusador, no caso da colaboração premiada, a acusação de outros envolvidos e, possivelmente, do chefe da operação ou de alguém de maior importância.

Com certeza, uma das partes de maior importância no processo de negociação criminal é a escolha, por parte do acusador, de quem poderá ser um possível colaborador, assim sendo, quem terá alcance aos benefícios da colaboração. Para tanto, o órgão acusador terá em mente uma visão mais prática, buscando quem tem maior possibilidade de conceder as melhores e mais valiosas informações a fim de que se consiga um material probatório mais efetivo e, deste modo, uma acusação mais rápida.

Diante de tal instituto, é concebível que haja certo estranhamento por parte do povo ao assistir na prática uma negociação em meio ao processo. Isso é decorrente de este ser um dispositivo relativamente novo no sistema brasileiro, uma vez que até a década de 1990 o modelo político-criminal se caracterizava por uma implacabilidade da resposta punitiva estatal de maneira a retratar a função da pena como unicamente retributiva, sendo denominado modelo dissuasório clássico. Vasconcellos (2017, p. 119) define a justiça criminal negocial como um

modelo pautado por consenso de ambas as partes a um acordo de colaboração processual com afastamento do réu de sua posição de resistência ocasionando abreviação do processo e conseqüentemente implicando na renúncia do réu quanto aos princípios do devido processo penal.

Assim, se tem a negociação criminal como modelo construído sobre a base da renúncia do réu aos seus direitos processuais a fim de conseguir benefícios quanto a sua sanção. Deste modo, coloca-se em segundo plano os princípios do devido processo legal e prioriza-se a rapidez processual no adquirir probatório.

Dentro desses dispositivos de negociação criminal, cabe salientar, para fins de exemplo, mais a frente no transcórrer do texto trazer-se-á a diferença entre o instituto da barganha e da colaboração premiada. Vale destacar que o modelo de negociação criminal tem como base o modelo estabelecido no common law, denominado plea bargaining, que se caracteriza por uma ne-

gociação entre as partes por meio da qual o réu abre mão de seu direito de não se considerar culpado com o intuito de estabelecer certas garantias acordadas com o órgão estatal, tal modelo acaba por resolver cerca de 90% dos casos ocorrentes nos Estados Unidos e garante uma liberdade muito maior para o acordo entre as partes e o juiz. Tendo este conceito em vista, vale esclarecer que a delação premiada não é o único instrumento de negociação criminal, porém diverge de outros dispositivos, como a barganha, pelos quais o réu negocia informações quanto ao crime cometido por si mesmo ao passo que negocia informações referentes a outros agentes e colaboradores no crime, assim, voltando-se em grande parte ao crime organizado.

2 Da busca pela rapidez processual

Atualmente, a colaboração premiada é utilizada principalmente em casos de dificuldade probatória, nos quais a morosidade na aquisição de provas pode levar à impunidade dos agentes delituosos. Deste modo, ao selecionar um delator, acaba-se chegando aos outros envolvidos na prática criminosa e, assim, de maneira muito mais veloz, consegue-se material para acusação. Porém, por meio de tal busca, ocorre o risco de desvio da finalidade inicial da pesquisa probatória, pois se alcançam benefícios suficientes ao delator, de maneira que o Estado perca a sua capacidade punitiva sobre este.

A liberdade excessiva dentro do sistema de negociação processual acaba por abrir margem muito ampla de benefícios que podem ser concedidos ao réu. Frente a casos de repercussão maior à sociedade, como a operação Lava Jato, ocasiona-se uma situação em que se privilegia o delator de maneira tal a distorcer os poderes punitivos do Estado de acordo com a valoração da informação a ser negociada. Dessarte, a natureza da negociação criminal permite que quando envolvido em crime de maior prejuízo estatal, maior a recompensa por uma informação, por esta representar maior valor probatório.

Contudo cabe o questionamento quanto ao afirmado anteriormente, no sentido de que a pessoa que prejudicar em maior

grau o Estado não merece uma punição mais severa justamente pela gravidade em que se enquadra a situação? A resposta para tal pergunta é sim, porém o que acaba ocorrendo em casos práticos é justamente o contrário. Levando-se em consideração o valor probante de uma informação e omitindo-se quanto à delimitação imposta na negociação criminal, implica-se em uma espécie de lavagem de dinheiro legal. Decorrente disso, a prisão do delator é reduzida por tempo irrisório frente ao crime cometido e ainda é permitido, em determinados casos, que aquele fique com os bens adquiridos de maneira ilícita.

Isso ocorre devido à falta de controle por parte do juiz dentro do sistema processual referente aos casos nos quais o Ministério Público (MP) acaba por estabelecer o ritmo e a conduta a ser tomada, deixando o réu sem escolhas. Nesses casos a vontade negocial da parte é poluída pela incerteza de absolvição, ocasionando uma aceitação por medo do transcorrer processual e não pela oferta realizada. Além disso, a prova adquirida por meio da delação premiada não deve ser suficiente para a instauração de acusação, assim diminuindo o poder probatório do dispositivo. Porém, segundo Roxin, (2003, p.104 apud PEREIRA, 2008, p. 125) em artigo sobre o valor probatório da colaboração processual para a revista Ibero Americana de Ciências Penais, "a mera certeza subjetiva do juiz não é suficiente para dissipar a presunção de inocência do acusado, quando o resultado objetivo da apreciação da prova, não admita uma conclusão racional e convincente sobre a autoria do denunciado". Assim, afere-se que, para realmente se ter um convencimento do juiz quanto ao exposto pelo delator, devem ser juntadas novas provas ao material adquirido e, somente então, poderá ser reconhecida acusação, evitando-se ignorar o princípio da presunção de inocência do acusado.

No entanto, frente a casos mais complexos e nos quais não se consegue o valioso material probatório de outras maneiras, se estabelece uma relação em que a delação acaba por ter maior força perante outras provas incriminatórias, assim, estreitando-se as linhas dos princípios garantidores do processo penal. Para que não ocorram discrepâncias entre a finalidade da lei e a busca pelo vestígio probatório, é necessário correto balanceamento do critério de finalidade. Para tanto, explica-se que: "legal seria tudo

aquilo que é conforme a lei, sendo assim, qualquer ato do poder público que não se coadune com as normas hierarquicamente superiores para que não se considere uma norma, portanto, ilegal” (FRANÇA, 1999, p. 89).

Dessa maneira, se estabelece relação com o que foi dito à modulação da norma jurídica, uma vez que acaba por ser recorrente em casos como a Lava Jato, no qual o material probatório é escasso. Esses casos apoiam-se em grande parte nas informações a serem delatadas, assim, fazendo acordos que não se encontram expressamente previstos em lei. Seguindo a lógica expressa no livro de França (1999), se compreende a modulação excessiva de artigos dispostos em leis, como a 12.850/2013, como ilegais, decorrentes de uma busca exacerbada por material probatório, esquecendo-se da finalidade punitiva do processo.

Além do destacado anteriormente, faz-se necessária, frente a casos de maior repercussão e dificuldade, uma correta relação entre a proporcionalidade da pena e a gravidade do delito.

2.1 A negociação criminal nos casos práticos: operação Lava Jato, origem e paralelo com a operação Mani Pulite

Como objeto de análise prática da utilização do instituto da colaboração premiada, temos a operação Lava Jato, atualmente em transcurso. Tal procedimento tem como inspiração a operação italiana Mani Pulite, na qual os moldes do sistema objeto do presente trabalho mostraram-se de extrema importância para o andamento dos ritos investigativos.

A operação italiana inicia-se com a prisão de Mario Chiesa, expandindo-se rapidamente no período de dois anos a 2.993 mandados de prisão expedidos e 6.059 pessoas investigadas, entre as quais 438 sob o cargo de parlamentares. Por meio de confissões de Mario Chiesa, as investigações chegam a uma trama de relações corruptas envolvendo Bettino Craxi, líder do partido Socialista da época. A estratégia adotada pelos magistrados para que fosse possível a aquisição das informações baseou-se na pressão imposta aos investigados quanto à confissão, espalhando rumores de que outros investigados já o haviam feito, de forma a incentivar a colaboração do suspeito. Ademais, tais ru-

mores iam além, atribuindo até mesmo a soltura do investigado à confissão realizada. Tal plano se estendia de forma a se disseminarem informações referentes às confissões correntes. Segundo Moro (2004, p. 58),

Há quem possa ver com maus olhos tal estratégia de ação e a própria delação premiada. Cabem aqui alguns comentários.

Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito.

Em referência à operação Mani Pulite, é evidente a semelhança entre esta e a operação Lava-Jato, mesmo sendo os meios de obtenção probatória diversos entre as duas operações. Enquanto na Itália se configurou uma situação controversa, em que é vista por muitos como uma coação por parte do Ministério Público, na operação Lava-Jato foi utilizado o instituto próprio para a colaboração do réu. No entanto ambas configuram marcos históricos para o início de um processo penal em que as partes colaborem para que se chegue a uma conclusão, aproximando o processo aos moldes de um acordo entre as partes. Trata-se de um fenômeno mutacional do direito, da mesma forma em que atualmente não se concebe mais a punição estatal por meio do suplício, justificando uma punição severa a fim de dominar a conduta contrária à legislação vigente da época: “a atrocidade que paira sobre o suplício desempenha, portanto, um duplo papel: sendo princípio da comunicação do crime com a pena, ela é por outro lado a exasperação do castigo em relação ao crime” (FOUCAULT, 1975).

Já no Brasil, a operação Lava Jato teve seu início em 17 de março de 2014 com o cumprimento de diversos mandados de busca e apreensão, prisão temporária, preventiva e condução coercitiva, buscando investigar um esquema de lavagem de dinheiro que envolvia valores superiores à 10 bilhões de reais em propinas. Essa operação foi batizada assim uma vez que uma organização criminosa, alvo da busca, utilizava-se de uma rede

de lavanderias e combustíveis para a movimentação dos valores. Como fator desencadeador da operação, se tem a investigação de crimes de lavagem de recursos relacionados ao ex-deputado federal José Janene e Carlos Habib no ano de 2009. Dessas investigações foram identificadas quatro organizações criminosas que se relacionavam, todas comandadas pelo doleiro Carlos Habib, que depois descobriu-se ter envolvimento com outro doleiro, Alberto Youssef. A partir daquele momento, a primeira fase da operação Lava-jato é acionada, sendo seguida por uma apreensão de mais de 80 mil documentos pela Polícia Federal que indicavam o desvio de valores bilionários da empresa Petrobras.

Tendo em vista a história de ambas as operações, podemos perceber que há um ponto em comum na sua origem: o envolvimento de líderes políticos de ambos os países. Diante de um caso de tamanha repercussão, foi necessário que se demonstrasse de maneira célere e eficiente a punição e a retenção dos valores desviados. Outro ponto a se destacar em casos desta espécie é a natureza vantajosa de tal crime, principalmente para o criminoso político, uma vez que acaba por possuir maior poder em relação ao honesto. Diante desta afirmação, temos que “a corrupção tende a espalhar-se enquanto não encontrar barreiras eficazes” (MORO, 2004). Além disso, observa-se que o apoio e a atenção a tais ações judiciais pelo próprio povo são de fundamental importância, uma vez que a democracia seria a única maneira de se combater as causas estruturais da corrupção. Desta maneira, ao estudarmos as causas do comportamento corrupto, temos que a disseminação de tal postura acaba por desencadear um maior número de ocorrências devido à padronização do comportamento, ocasionando o comportamento criminoso como padrão entre o meio em que se difundiu.

2.2 A negociação criminal nos casos práticos: operação Lava Jato, utilização do instituto da colaboração premiada

Pra que continuemos a discussão proposta, deve-se abordar a operação Lava Jato de maneira mais incisiva, tratando de casos específicos em que a colaboração premiada foi fator decisivo na complementação probatória. Segundo Vasconcellos (2017,

p. 147), a operação Lava Jato “tem inovado em diversos aspectos, como a previsão de regimes diferenciados de execução de penas, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação de imunidade a familiares e terceiros ao acordo”.

Frente a tais disposições implementadas, temos que a regulamentação de tais atos é necessária para que se previna o abuso dessas possibilidades de negociação e não se impeça o poder punitivo estatal quanto aos atos delituosos. Deve-se estabelecer, segundo o autor, que haja uma correspondência entre a pena prevista legalmente no tipo penal e aquela determinada aos fatos no caso em concreto. Esta conexão seria indispensável para inibir a aceitação de acordos indiretos sobre fatos e imputações, assim violando os preceitos legais. Neste ponto, se estabelece que a negociação criminal deva ser regida por determinado ordenamento, pelo qual se impeçam generalidades, uma vez que tal recurso pode ser facilmente desvirtuado, imprimindo a impunidade em casos concretos por meio de modulações hermenêuticas (VASCONCELLOS, 2017).

Porém não raros são os casos em que na operação Lava Jato foram moduladas certas disposições legais a fim de se estabelecer acordo entre o Ministério Público e a parte interessada em delatar. Dos casos ocorridos há desde redução de pena excessiva até acordos que permitem a permanência dos bens adquiridos de forma ilícita com familiares do delator, sob justificativa de caracterizarem medida de segurança enquanto o réu estiver preso (cláusula 7ª, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, do acordo na Pet. 5.244 do Supremo Tribunal Federal). No entanto em casos como a Lava Jato é de extrema importância a recuperação do dinheiro roubado, implicando no confisco dos bens adquiridos pelos réus. Nestes casos se estabelece uma balança entre a importância da prova a ser concedida pelo delator e a descaracterização da finalidade da investigação e do processo, uma vez que de nada adianta processar e condenar os réus em um caso como este, se eles poderão permanecer com os bens adquiridos, agora licitamente. Desse modo, se faz um desserviço à comunidade, contribuindo para um mau exemplo em que ao cometer um crime é possível se passar imune aos poderes do Estado.

Este fenômeno ocorre devido à atuação limitada do juiz perante o sistema de delação premial, uma vez que, pelas características presentes do Ministério Público, serão acordadas em um âmbito menos restrito certas modulações legislativas que podem se proceder perigosas. Segundo Beccaria (c1758), o direito deve ser observado pela sociedade que rege a fim de que os cidadãos vejam e entendam que se quebrarem as leis impetradas pelo Estado, sofrerão as consequências. Porém ao se modular de maneira irresponsável a fim de garantir provas a respeito de membro ativo superior na hierarquia da organização criminal, pode-se chegar a um ponto em que a soma dos delitos e bens negligenciados pela justiça somem prejuízo maior para o Estado do que o líder da organização criminosa proporcionou, prevalecendo à impunidade.

Dessa maneira, conclui-se que uma entidade como o juiz seria indispensável para que se pudessem delimitar as margens que modulam as orientações legislativas dispostas tanto na lei nº. 12850/2013 quanto em tantos outros que caracterizam esta poderosa ferramenta. Por fim, a negociação criminal é um mecanismo de extrema instabilidade, podendo ser um marco da celeridade processual ou da seleção do poder punitivo do Estado, cabendo aos juristas futuros medir até que ponto se tem como sinônimo dentro do processo celeridade e eficiência.

3 Reflexos da utilização do instituto à sociedade

Como anteriormente citado, Beccaria (c1758) defendia a ideia de que o processo deveria ser público para que o povo pudesse ter a oportunidade de compreender a aplicação das normas, concebendo que se realizada determinada atividade ilícita, seria justa a pena estatal. No entanto ao utilizar-se do sistema de negociação premiada de maneira imprudente poderá o MP conceder, em casos de maior repercussão, uma má impressão do direito penal brasileiro na qual prevalece a impunidade. Por consequência disto, se estenderia à sociedade a concepção de que

a prática de atos infracionais seria uma boa opção, propiciando uma expansão da criminalidade pelo país.

A colaboração premiada deve ser encarada de maneira extremamente cuidadosa por seus utilizadores. Estes devem lembrar-se dos princípios das teorias retributiva e preventiva da pena, em que se afere à pena duas funções: "a) servir à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através da sua inconsciente identificação do com o delinquente" (BARATTA, 1999, p. 51). Portanto, mesmo que a busca por celeridade processual possa ser um fator garantidor do direito pretendido, pode também ser um fator que ocasione um mau exemplo frente a casos de repercussão geral. Logo, não apenas visando a acusação e a pretensão punitiva do estado, o direito deve ser visto como ferramenta reguladora da sociedade, de forma que o sucesso do poder punitivo do estado demonstre os limites aos quais um cidadão pode chegar, delimitando e exemplificando uma conduta delituosa.

Por fim, os atos negociais entre o MP e o réu devem ser tidos como uma medida positiva ao processo penal brasileiro, uma vez que permitem muitas vezes dar início a investigações mais aprofundadas, bem como evitam a prevalência da impunidade por meio da morosidade processual. No entanto, como discutido ao longo do texto, não se deve ter em mente apenas a acusação do próximo integrante da organização criminosa sem considerar as possíveis consequências que tal acordo pode proporcionar à sociedade. Assim, por mais que se discuta ser mais importante a informação daquele integrante que rouba milhões dos cofres públicos e, portanto, passível de modulação da lei nº. 12.850/2013 para que se consiga adquirir material probatório referente aos outros integrantes da organização criminosa, ao mesmo tempo será de maior importância que a punição estatal recaia sobre aquele para que se busque a extinção da concepção de impunidade na prática delituosa.

Não apenas em razões abstratas e sociais tal pensamento é viável, mas também na operação Lava Jato, que se abordou anteriormente, no caso de permanência dos bens com o réu, sendo esta uma maneira controversa de se realizar tal acordo,

pois em diversos casos o retorno do valor roubado é de maior importância até que a própria prisão do réu. Diante das presentes considerações, conclui-se que se trata de um dispositivo com grande potencial contributivo para a efetividade investigatória dos órgãos públicos, no entanto, depende do seu manuseio, de forma que se evitem exageros, impedindo, assim, consequências indesejadas.

4 Considerações finais

Tendo em vista o presente estudo realizado, tem-se que o instituto da colaboração premiada é de extrema importância para o combate ao crime organizado, sendo um marco significativo como instrumento voltado a este setor de crimes. No entanto o que se deve evitar, ao ser utilizado o aparato legislativo em estudo, é a inversão dos valores entre o real objetivo da colaboração premiada e suas consequências.

Dito isso, quando utilizada de maneira cautelosa e direcionada com intuito principal de desmantelamento da organização criminosa em questão, trata-se de um precioso instrumento de complementação probatória ao passo em que se extraem apenas consequências positivas do instituto. Desta maneira, a celeridade processual se torna uma consequência, ao lado da eficiência processual, garantindo uma investigação mais saudável até mesmo em meio à sociedade, a qual atua como vigia em casos de maior repercussão. Nesta mesma linha de pensamento, ainda, se percebe como benefício da utilização cautelosa da colaboração premiada uma visão de processo penal eficiente que ajuda na redução de futuros crimes por meio da demonstração de competência investigatória estatal.

Entretanto, diante uma utilização descuidada do instituto objeto de estudo do presente trabalho, demonstram-se possíveis resultados desastrosos. Tal utilização ocorre ao passo em que se invertem as concepções de consequência e finalidade principal da colaboração premiada, assim a utilizando como instrumento de celeridade processual e deixando em segundo plano o desmantelamento da organização criminosa. Dessa maneira, além

de se colocar em risco o objetivo principal do dispositivo, são gerados efeitos negativos por via reflexa à utilização do aparato legislativo. Entre estes efeitos negativos temos a possibilidade de perda da pretensão punitiva do Estado ao se negociar de maneira a modular em excesso à lei reguladora do instrumento, acabando por resultar em algo que apenas beneficie a parte colaboradora, sem imposições punitivas quanto à conduta ilícita tomada. Além disso, diante da sociedade, se propicia uma visão negativa do processo penal e da própria competência dos órgãos públicos, possibilitando uma ineficiência processual. Por consequência deste tipo de utilização, se tem por ocasião contrária ao descrito no paragrafo anterior, havendo agora um aumento da criminalidade diante de um processo ineficiente e um Estado que perde a pretensão punitiva.

Além do que foi anteriormente descrito, a colaboração premiada demonstra-se como instrumento que abre a possibilidade de uma utilização em conjunto da sociedade em casos de maior repercussão, inspirando-se na operação italiana Mani Pulite. Tendo em vista certas semelhanças à operação “mãos limpas” e a Lava Jato, tornam-se possíveis futuros reflexos de ambas operações. Deste modo, o envolvimento da sociedade provoca uma maior repercussão de notícias e, por consequência, uma possibilidade para utilização de método similar ao utilizado na Mani Pulite, na qual rumores quanto à colaboração de outros integrantes da organização criminosa instigaram a formação de uma rede de colaborações. Neste ponto, a colaboração premiada demonstra-se de grande flexibilidade, possibilitando que o órgão público encarregado da investigação utilize diversos meios de convencimento permitidos legalmente para a obtenção de um “circulo virtuoso” de colaborações.

O instituto em questão, atualmente, representa uma continuação à logica de colaboração processual das partes, na qual não apenas a parte autora deve apresentar aparato probatório, mas a parte ré poderá colaborar a fim que se consiga uma maior eficiência processual. Tal pensamento lembra o procedimento sumaríssimo, no qual existem recursos como a transação penal ou a composição prévia dos danos, que são meios de as próprias partes se acertarem sem a necessidade de se recorrer à prisão,

por exemplo. Ambos são um início para, talvez futuramente, termos um processo penal com penas cada vez mais flexíveis a depender da colaboração da parte ré no processo. Assim, adquirimos um processo mais eficiente, nos moldes descritos por Fernandes (2006), com um equilíbrio de celeridade e garantismo processual, de forma que sejam assegurados os direitos descritos pelos moldes dos princípios do devido processo penal ao máximo possível, tendo em vista a característica do instituto de que a parte ré abra mão de certos direitos a fim de colaborar.

Por fim, destaca-se a importância da operação Lava Jato para o presente estudo e a evolução do instituto objeto de pesquisa, a qual se pode perceber na prática a utilização da colaboração premiada, bem como os reflexos desta na sociedade. Ao passo em que uma investigação no nível de repercussão desta gere indignação pelo povo quanto aos atos de corrupção descobertos, ao mesmo tempo pode gerar o sentimento de alívio quanto a certas quantias recuperadas. A utilização da colaboração premiada acaba por gerar uma quebra de expectativa na sociedade que acompanha o procedimento nos noticiários. Tal quebra se justifica por dois motivos: a difusão do modelo dissuasório clássico em meio à sociedade, a qual compreende a justiça como uma punição severa ao criminoso; e a possível negociação descuidada por parte do órgão público, que resulta na impunidade do colaborador. No entanto ambas são indícios de um instituto relativamente novo no sistema processual penal, o qual deve, ao longo de futuros casos em que for utilizado, aperfeiçoar-se cada vez mais.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. c1758.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

(Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 05 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 14303, 26 jul. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.244**. Reqte.: Ministério Público Federal. Proc.: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Diário da Justiça: Brasília, DF, 06 mar. 2015.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; FANTIN, Iago Abdalla. **A negociação na Justiça Criminal no Brasil e o Plea Bargaining**. Revista Científica do Curso de direito da UNIBH, Belo Horizonte, v. X, n. 2, dez. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Equilíbrio Entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado**. 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 1975.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada Legitimidade e Procedimento**. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). **Revista Ibero Americana de Ciencia Penais**, v. 8, n. 16, p. 115-139, jul.-dez. 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COLABORAÇÃO PREMIADA - EFEITOS DA HOMOLOGAÇÃO - QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO 7074

Vera Fischer Macarthy¹

¹ Estudante de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Estagiária concursada no Tribunal Regional Federal (TRF) – Gabinete do Desembargador Federal Fernando Quadros. Membro do Grupo de pesquisa Direito fundamental à segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal, com a coordenação do professor Dr. André Machado Maya. E-mail: verafischer@gmail.com

Resumo

O presente artigo visa discutir, sob a ótica da intervenção penal, o combate do crime organizado no que tange a sua expansão a fim de observar a efetividade da lei nº. 12.850/2013, fomentando a comunicação inter- e intrassistêmica e viabilizando uma explicação reflexiva da aplicação dos acordos de colaboração premiada e seus aspectos questionados devido ao emprego junto à Operação Lava Jato. Desta forma, enfrentam-se os aspectos suscitados na Questão de Ordem na Petição 7074 do Distrito Federal (PET 7074 QO/DF), os limites da atuação do magistrado e a atuação do Supremo Tribunal frente à homologação dos acordos de colaboração premiada Federal (STF). Para tanto, buscou-se examinar as bases epistemológicas, usando a perspectiva metodológica sistêmico-constructivista e fenomenológica, justificando assim a importância do tema.

Palavras-Chave: Acordo de colaboração premiada. Homologação. PET 7074 QO/DF. Ministro relator. Lei nº. 12.850/2013.

Abstract

The present article aims to discuss, from the point of view of the criminal intervention in the fight against organized crime in relation to its expansion in order to observe the effectiveness of Law no. 12.850 / 13, fostering inter and intra-systemic communication, enabling a reflexive explanation of the application of the awarded collaboration agreements and their aspects questioned due to the employment with Operation Lava Jato. In this way, it faces the aspects raised in the Question of Order in Federal District Petition 7074 (PET 7074 QO / DF), the limits of the magistrate's performance and the Supreme Court's action against the homologation of Federal Collaboration Agreements (STF). In order to do so, we sought to examine the epistemological bases using the systemic-constructivist and phenomenological perspective, thus justifying the importance of the theme.

Keywords: Award-winning collaboration agreement. Homologation. PET 7074 QO / DF. Minister Rapporteur. Law 12,850/2013.

1 Introdução

A sociedade contemporânea, regida e modificada pelo processo da globalização e pelos reflexos contínuos desta, enfrenta um processo de expansão do direito penal, por meio do qual não logra êxito na empreitada contra a criminalidade organizada, a qual requer apropriada compreensão e caracterização do referido mecanismo ao controle das atividades delitivas (BITEN-COURT, 2014; CALLEGARI, 2011).

Insta salientar que ao utilizar-se da tutela penal, o Estado punitivo, por meio da Lei das Organizações Criminosas (lei nº. 12.850/2013), disciplinou um novo conceito de organização criminosa, diferenciando-o da lei anterior e divergindo do conceito trazido pela Convenção de Palermo. Na esteira deste entendimento, tem sido reconhecida uma nova perspectiva probatória, semelhante à colaboração processual originária nos Estados Unidos e prevista nos artigos 4º a 7º da referida lei nº. 12.850/2013 (RIPOLLÉS, 2007; PACHECO, 2011; CALLEGARI, 2014).

Todavia, a pretensão do mecanismo de colaboração, a qual consiste em um acordo, no qual há admissão de culpa e auxílio à autoridade policial para que esta obtenha provas contra os demais autores da organização criminosas, resulta em questionamentos, no que tange ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos acordos de colaboração premiada (PEREIRA, 2016). Partindo-se desta premissa, a PET 7074, a qual encontra-se inserida na conjuntura da operação Lava Jato, discutiu os limites da atuação do magistrado na homologação dos acordos de colaboração premiada, com base em posicionamentos anteriores em casos análogos (PEREIRA, 2016; LEWANDOWSKI, 2018).

Para desenvolver a proposta deste estudo, de natureza qualitativa e descritiva, objetiva-se examinar as bases epistemológicas para construir a resposta ao problema formulado usando-se a perspectiva metodológica sistêmico-construtivista e fenomenológica a fim de observar como as bases jurídicas à efetividade da lei nº. 12.850/2013, fomentando a comunicação inter- e intra-sistêmica e viabilizando uma explicação reflexiva da aplicação da referida lei e da Questão de Ordem na Petição 7074.

2 Expansão do Direito Penal no cenário brasileiro

Segundo Sánchez (1992), a atuação do direito penal frente à criminalização possui como finalidade a prevenção de delitos e reações informais da sociedade, acreditando que o direito penal possui medidas de repercussão pessoal da pena privativa de liberdade. Por esse raciocínio, o autor adota, igualmente, uma concepção quanto ao sentido e à importância da sanção imposta por um tribunal penal, de modo comunicação simbólica do direito penal (SÁNCHEZ, 1992). No sentido de intervenção mínima e atuação do direito penal no sistema brasileiro, nos coloca Callegari:

Desta forma, torna-se possível afirmar que, por meio do modelo de Direito Penal que se verifica no Brasil, assegura-se não à proteção dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal, tampouco se busca a prevenção à prática de crimes - conforme preconizam os discursos clássicos de legitimação do jus puniendi do Estado -, mas sim a dominação e a opressão exercidas precipuamente contra as camadas economicamente desfavorecidas da sociedade, inclusive por meio de medidas de inocuidade daqueles que são escolhidos para representarem a “personificação do mal”, reforçando, assim, estereótipos tão presentes na sociedade brasileira e revelando, conseqüentemente, a real função desempenhada pelo sistema punitivo no Brasil: inspirar a confiança das classes detentoras do poder econômico infundindo terror aos setores populares, em clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (CALLEGARI, 2010).

Com efeito, o autor coloca como ideia principiológica, tal qual formulada e desenvolvida o alcance frágil do Direito Penal a classes menos favorecidas no cenário brasileiro, discutindo sua abrangência na elite e violando garantias constitucionais. A atuação mínima e máxima do direito penal é bem colocada por Ferrajoli:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, a custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, que

nehum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. (FERRAJOLI, 2002).

Neste sentido, cumpre colocar que as perspectivas do direito penal, enquanto atuação, diante do fenômeno do crime organizado, baseiam-se na atuação máxima estatal, cujo alcance da eficácia pleiteada pelo apelo social, midiático e governamental viola garantias constitucionais, não encontrando para tal objetivo respaldo fático junto à legislação. Neste interim, para atuação do direito penal brasileiro podemos importar as palavras de Maglie:

Um sistema penal com o objetivo de formalizar os conflitos sociais não pode aspirar o máximo de resultados, objetivando uma eficácia a todo custo, mas deve redimensionar as suas ambições de eficiência se quiser permanecer ancorado em princípios constitucionais. é bem verdade que a criminalidade organizada é combatida em seu próprio terreno e pode ser derrotada desde que sejam utilizadas suas modalidades de agressão; [...] As exigências de garantia não podem aniquilar exigências de efetividade tão permanentes como as expostas pelas novas fronteiras do crime organizado. é mister, porém, encontrar um ponto de equilíbrio entre garantia e eficácia que a mais recente tendência legislativa não parece ter encontrado. (MAGLIE, 1993).

Partindo desta premissa, cumpre analisar a criminalidade organizada a qual tem suas raízes históricas bem antes da sua primeira conceituação ou tipificação normativa. No Brasil, em 1995, os meios operacionais para a prevenção e o combate às organizações criminosas foram estabelecidos pela lei nº. 9.034 (modificada pela lei nº. 10.217/2001); contudo o referido dispositivo legal não apresentava conceito de organizações criminosas e não estabelecia um tipo penal autônomo, permitindo a violação de direitos e garantias fundamentais (BITENCOURT; BUSATO, 2014; PACHECO, 2011).

Assim, mediante as lacunas da lei nº. 9.034/1995 utilizava-se para a caracterização de organizações criminosas o conceito estabelecido na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, denominada como Convenção de Palermo, cuja finalidade consiste em uniformizar internacionalmente a repressão ao crime organizado (BITENCOURT; BUSATO, 2014). Neste sentido, a Convenção de Palermo estabeleceu medidas

para combater a lavagem de dinheiro, criminalizando a referida conduta, assim como a corrupção, mediante instrumentos de confisco e apreensão de bens oriundos de atividades delituosas e providenciando meios de responsabilização em âmbito penal às pessoas com conexões diretas com organizações criminosas (CALLEGARI, 2014). Nos termos do artigo 2º, alínea a, da Convenção de Palermo, crime organizado seria:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O emprego do referido conceito no ordenamento jurídico brasileiro dividiu a doutrina que em parte admitia a sua utilização devido ao fato de que o Brasil assinou a convenção das Nações Unidas, ganhando natureza de lei ordinária e permitindo a utilização da definição de crime organizado no ordenamento pátrio brasileiro. No que concerne ao entendimento contrário, existia uma divergência no tocante à forma de utilização, visto que o referido conceito não vigorava em forma de lei, mas sim de decreto, ferindo o princípio da legalidade, existindo, assim, lacunas a serem supridas por lei em sentido formal e material.

Desta forma, foi estabelecida a lei nº. 9.034/1995, visando suprir as lacunas e combater a criminalidade; contudo a referida lei não definiu as organizações criminosas, apenas as equiparou às quadrilhas, aos bandos ou associações criminosas, sendo alterada posteriormente pela lei nº. 10.217, de 2001, a qual estendeu os meios operacionais ali descritos para ações criminosas de organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (SANCTIS, 2009; BITENCOURT; BUSATO, 2014).

Diante do exposto, havia a transposição do art. 288 do CP, o qual tipificava a estrutura complexa e perene da organização criminosa, sem haver em lei a especificação dos critérios a serem considerados para configuração do delito que exige mecanismos processuais mais severos (art. 52 do CP) (BITENCOURT; BUSATO, 2014). A alteração feita em 2001 não definiu a criminalidade organizada, não elencando condutas que constituiriam crimes or-

ganizados e deixando em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, podendo qualquer delito caracterizar crime organizado, bastando, para tanto, decorrer de ações de bando ou quadrilha. Desta forma, alguns princípios constitucionais previstos no art. 5º da Constituição Federal foram desprezados. Além disso, o legislador não se preocupou com o significado normativo do “crime organizado”, devendo especificar, formalmente, as características deste sob pena de inconstitucionalidade (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

Durante o passar dos anos, diversos foram os projetos de lei elaborados tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, com o escopo de tipificar organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro (SANCTIS, 2009).

3 Lei nº. 12.850 de 2013

Em agosto de 2013 foi publicada a lei nº. 12.850, pretendendo-se finalmente regular a aplicação dos mecanismos previstos para o enfrentamento à criminalidade organizada. A lei nº. 12.850/2013 elimina qualquer dúvida acerca daquilo que no Brasil é entendido como organização criminosa ao veicular, em seu artigo 1º, §1º, uma definição específica. Revogou-se a lei nº. 9.034/1995 e, ainda, de forma inédita, tipificou-se o crime de participação ou auxílio em organização criminosa (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

A lei nº. 12.850, de 2013, diferentemente da lei nº. 12.694/2012 e da Convenção de Palermo, traz novos elementos estruturais tipológicos, como a exigência da configuração do delito de no mínimo quatro pessoas para configurá-lo, mantendo-se o entendimento de que a finalidade é a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática dos crimes mais graves do ordenamento, assim como a abrangência das ações ilícitas praticadas pelas organizações criminosas (BRASIL, 2015).

A referida lei aborda pontos específicos acerca de obtenção e meios de prova e colaboração premiada, semelhante à colaboração processual originária nos Estados Unidos e prevista nos artigos 4º a 7º da lei nº. 12.850/13, que consiste em um acordo cujo objeti-

vo visa que o indivíduo assuma os crimes por ele próprio praticados e ajude a autoridade policial a obter provas contra os demais autores da organização criminosa (BRASIL, 2015). Observa-se que o acordo “premia” o delator à medida que lhe concede benefícios diversos no processo penal, tais como: redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime de cumprimento de pena de forma abrandada, entre outros; contudo, para obter tais benefícios, o autor terá que abrir mão de direitos constitucionais (BITENCOURT; BUSATO, 2014; BRASIL, 2006, 2013). No que tange à colaboração, nos trazem Bitencourt e Busato (2014):

Falando em peculiaridades diversas, lembramos que nos Estados Unidos o acusado - como uma testemunha - presta compromisso de dizer a verdade e, não o fazendo, comete crime de perjúrio, algo incorrente no sistema brasileiro, em que o acusado tem o direito de mentir, sem que isso lhe acarrete qualquer prejuízo, conforme lhe assegura a Constituição Federal.

Cumprido ressaltar que o artigo 15 da lei nº. 12.850/2013 regula o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações. Visando a facilidade nas investigações, a lei outorgou o poder requisitório para o delegado de polícia para que este e o Ministério Público tenham acesso a registros, dados, documentos e informações que contenham dados do investigado (BRASIL, 2015).

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito. (BRASIL, 2015).

Schneider (1993), em sua obra *Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*, nos coloca que

O problema não está tanto no conceito de ‘criminalidade’, mas sim no de ‘organização’. É difícil averiguar o grau de organização. Isto se deve ao fato da criminalidade organizada ser um contínuo: há grupos pouco organizados, médio organizados e altamente organizados. Em realidade, ela manifesta categorias diferentes nos distintos países e regiões do mundo.

4 Colaboração premiada

A colaboração premiada surgiu no cenário brasileiro como um modelo importado mediante a expansão do Direito Penal. Desta forma, atua como uma causa de redução de pena. Assim, segundo a lei nº. 12.850/2013, pode-se conceituar a colaboração premiada como uma premiação legal, concedida mediante a efetividade da colaboração evidenciada por meios probatórios, sendo esta voluntária (BRASIL, 2015). Inicialmente, cada lei previa a colaboração premiada para um tipo penal específico ou para um grupo de tipos penais, desde que preenchidos alguns requisitos, os quais foram ampliados com a Nova Lei de Organizações Criminosas, conforme se verifica:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013).

Consoante, asseveram-se que os requisitos previstos nos incisos II e III são específicos para crimes praticados em organização criminosa, mas por analogia podem perfeitamente se aplicar para outros crimes.

No tocante aos benefícios, a lei nº. 9.613/1998 previu três benefícios alternativos ao colaborador para o caso de condenação, sendo a) a não aplicação da pena privativa de liberdade; b) a substituição da pena por pena restritiva de direitos; e c) a redução da pena de um a dois terços e cumprida em regime inicial aberto (BITENCOURT, 2014; BRASIL, 1995, 1998).

Insta salientar que estes benefícios foram ampliados no ordenamento jurídico brasileiro por meio de outras leis, como a Lei de Lavagem de Dinheiro e o acordo de leniência, previsto pela lei nº. 10.149/2000, por exemplo. Contudo a lei nº. 12.850/2013 ampliou ainda mais os benefícios para o colaborador (BRASIL, 2015), sendo tais benesses a) a redução de pena em até dois terços; b) a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e perdão judicial, com extinção da punibilidade; c) o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Para os casos em que a colaboração ocorrer após trânsito em julgado, a lei estabelece benefício de redução de pena, sendo até metade da pena, ou uma progressão de regime automática, ainda que ausente os requisitos objetivos (PEREIRA, 2016; BITENCOURT; BUSATO, 2014; BRASIL, 1990, 1999).

Cabe salientar que o Ministério Público, ao celebrar um acordo de colaboração, frisa a possibilidade de revisão e/ou rescisão quando na ocorrência o colaborador utilizar-se de má-fé ou deixa de revelar fatos ilícitos de que tenha conhecimento, juízo este que ficará a critério do Ministério Público, no que tange à manutenção do acordo. Sobre este ponto, nos Coloca Callegari (2018):

O conhecimento da ilicitude em matéria penal não é tarefa fácil, nem mesmo para especialistas na área criminal, o que levará, muitas vezes, a uma suposta omissão em fatos narrados pelo colaborador que ele julga não relevante, mas que na ótica ministerial o seriam, ou seja, deveriam ter sido relatos. Mas quem de fato deve apurar isso? Nos acordos, diz que fica a juízo do Ministério Público a verificação sobre a ilicitude dos fatos narrados, porém, essa discricionariedade não pode ser tão ampla, sob pena de se estabelecer um critério unilateral de decisão do negócio jurídico firmado entre as partes, e isso não pode prevalecer nesse tipo de contrato firmado entre o colaborador e o órgão ministerial.

Assim, no caso de efetiva rescisão por omissão, o acordo deve ser revisado e seguido de rescisão de acordo.

5 PET 7074 QO/DF

A PET 7074 foi ajuizada pelo então governador do Estado do Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja, e recebida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como agravo regimental. O principal objetivo daquela consistia no esclarecimento do papel que a Corte desempenha junto aos acordos de colaboração premiada. Nela, o agravante

[...] processa insurgência quanto à distribuição, por prevenção e não por sorteio, dos autos em que homologados os acordos de colaboração premiada celebrados entre o Ministério Público Federal e integrantes do Grupo J&F51. Essa irresignação específica está submetida no âmbito de recurso próprio a ser apreciado, quanto a isso, isto é, à distribuição por prevenção, em momento distinto pelo colegiado. (FACHIN, 2017).

Segundo o ministro Relator Edson Fachin, seu intuito traz à baila os seguintes objetivos:

[...] esclarecer os limites de atuação do magistrado no acordo de colaboração, inclusive eventuais obstáculos e circunstâncias correlatas, tomando por diretriz posicionamentos anteriores adotados em casos análogos, até mesmo por afinidade, quando do juízo de homologação, quer no que diz respeito a eventual momento processual em que se deva proceder à sindicabilidade judicial das cláusulas acordadas, quer no que diz respeito à atuação monocrática dos integrantes desta Suprema Corte. (FACHIN, 2017).

Outrossim, cumprida a fase de homologação, o colaborador será ouvido pelo Estado-Acusador a fim de atribuir eficácia ao negócio jurídico firmado, sendo sentenciado (absolvido ou condenado), observando-se que passará pela apreciação do Colegiado, fase esta denominada como decisão colegiada de mérito pelo Ministro Edson Fachin (LEWANDOWSKI, 2018; PEREIRA, 2016).

Nesta esteira, enquanto a decisão colegiada de mérito não for estabelecida, o acordo possui validade, devendo as partes cumprir nesse interregno o que foi acordado. Acerca dos efeitos da homologação levantados na PET 7074, para fins de conferir segurança jurídica, as decisões devem ser realizadas monocraticamente,

vinculando o Plenário para a sentença; contudo há resistências no tocante à tese de obrigação do Plenário a aceitar as decisões do Ministro Relator (LEWANDOWSKI, 2018).

Todavia, no caso em exame, há uma corrente contrária à vinculação do Tribunal à fase homologatória, estando esta alicerçada na lei nº. 12.850/2013, uma vez que em seu art. 4º, §º11, constaria previsão de apreciação do acordo homologado (BRASIL, 2013). Outro ponto que merece destaque consiste na dúvida sobre os requisitos analisados para a homologação de um acordo, os quais estariam presentes no art. 4º, §7º da lei nº. 12.850/2013, tratando da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo de colaboração de forma muito ampla (LEWANDOWSKI, 2018).

Ex positis, a Questão de Ordem trazida pelo Ministro Edson Fachin na PET 7074 QO/DF possuía dois pontos principais a serem debatidos, sendo estes o papel do Relator na homologação dos acordos de colaboração premiada e a competência do Tribunal Pleno na etapa da sentença. Desta feita, a maioria dos votos defendeu a segunda fase em Plenário, pois estaria a decisão, em primeira análise, precária, não tendo legitimidade para ponderar o mérito dos termos do acordo. Todavia a pretensão deduzida na PET 7074 não sanou dúvidas diretamente ligadas à Questão de Ordem restando apreciado que o Ministro Relator, na fase homologatória, deve, monocraticamente, analisar os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade. Decisão esta que não oferece segurança jurídica.

6 Conclusão

Em agosto de 2013 foi publicada a lei nº. 12.850, trazendo uma definição tipificada de organização criminosa, além de uma regulamentação dos mecanismos processuais na tentativa de combater a criminalidade organizada, ganhando destaque junto à operação Lava Jato (CALLEGARI, 2008; PEREIRA, 2016).

Consoante se verifica da simples leitura do dispositivo legal supratranscrito, o tema da colaboração é introduzido no artigo 4º da referida lei, abordando a premiação legal e/ou contrapartida não especificando os meios para a obtenção da colaboração,

cabendo, assim, sua regulamentação ao juiz ou representante do Ministério Público (BRASIL, 2013).

Em consonância com essa interpretação, o acordo de colaboração premiada prevê a verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo de colaboração por parte do relator, sendo definida como decisão inicial de homologação pelo Ministro Edson Fachin (LEWANDOWSKI, 2018).

Para tanto, dois momentos foram estabelecidos para análise, sendo o primeiro momento a etapa de homologação do acordo e o segundo a decisão colegiada de mérito. A segurança jurídica foi o principal ponto a ser debatido frente a esta divisão, pois a discussão questionava a possibilidade da passagem de alguma cláusula irregular da fase homologatória para o momento da sentença, não se observando, assim, os requisitos de legalidade, voluntariedade e regularidade (FACHIN, 2017; LEWANDOWSKI, 2017).

Tal situação, na hipótese se não ser percebida pelo Ministro Relator, alicerçou a reflexão sobre a possibilidade do primeiro momento não ser suficiente para impedir que cláusulas ilegais fossem homologadas, observando-se a ausência de competência do Plenário para revisar os termos do acordo de colaboração premiada (LEWANDOWSKI, 2017).

Sobre o segundo momento, a consideração de irregularidade, apresentada pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, a Corte não alcançou uma decisão para esta questão. Contudo a discussão culminou na absolvição ou na condenação do réu, bem como na aplicação dos benefícios previstos à sua sentença.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa** – Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *In*: **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2, 22 dez. 2000.

BRASIL. Lei nº. 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 12 abr. 2001.

BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2, 25 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 05 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF,, 18 jun. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 18 de dezembro de 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 14303, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 25534, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 6241, 04 maio 1995.

BRASIL. Lei nº. 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 10713, 04 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9080.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 04 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo

criminal. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 14 jul. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização:** sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. **Crime Organizado:** Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo: Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 79, 2009.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís. **Delações, Omissões e Comportamentos Isonômicos.** Portal Consultor Jurídico, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/andre-callegari-delacoes-omissoes-comportamentos-isonomicos>. Acesso em: 17 jan. 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, Criminalidad y Orden.** Tradução Flavia Valgiusti, Joaquín Octavio Marcet e Carla Amans. Montevideu: Editorial B de F, 2012.

FACHIN, Edson. Relatório na Petição nº. 7.074 QO/DF. Relator: Min. Edson Fachin, julgado 30 jun. 2017. **Diário da Justiça:** Brasília, DF, 30 jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günter. **Sobre la Normatización de la Dogmática Jurídico-Penal.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. **Política Criminal de la Exclusión:** el sistema penal en tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo.** Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto na PET nº7074 QO/DF,** Rel. Min. Edson Fachin, j. 30/06/2017. Disponível no Canal do STF no Youtube. Acesso em: 09 out. 2018.

MAGLIE, Cristina de. Gli infiltrate nelle organizzazione criminali: due ipotesi di impunita. **Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale,** Milano, n. 36, p. 1.049-1.072, 1993.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Estudios de derecho penal.** Peru: Grández Gráficos, 2010.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado** - Medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada:** Legitimidade e Procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal en la Encrucijada.** Buenos Aires: B de F, 2007. v. 3.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal.** Organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro:** destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHNEIDER, Hans Joachim. Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. **Revista de Derecho Penal y Criminología,** Madrid, n. 3, p. 726, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime Organizado: Uma categoria Frustrada. **Discursos Sediciosos:** crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 1996.

UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA ACERCA DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL A SYSTEMATIC ANALYSIS ABOUT THE APPLICATION OF THE PLEA AGREEMENT INSTITUTE IN BRAZIL

Vanessa Toledo Cunha

Resumo

Por meio do presente estudo se pretende analisar a colaboração premiada, a qual é utilizada como um meio de confrontar organizações criminosas e combater a corrupção no Brasil. Para tanto, analisaremos sumariamente alguns princípios constitucionais, requisitos essenciais para a existência da colaboração e as convenções para uma possível realização do acordo, bem como os efeitos gerados aos agentes que o celebram. Dissertaremos acerca dos benefícios oferecidos ao delator em nosso país, com a intenção de alcançar informações para desvendar algum caso. Há algumas críticas quanto a essa troca, em especial, se é probo amenizar um ilícito menor em face de um ilícito maior. Então, há como se escalonar graus de ilicitude? Ressalta-se, ainda, que é possível observar a existência de inúmeros interesses e interessados, envolvendo e envolvidos, nas provas e nos indícios de prova a serem obtidos mediante a colaboração. Todavia tal fato narrado anteriormente, por grande parte das vezes, acarreta certa insegurança quanto à autenticidade do que foi colhido por meio deste instituto. Portanto, se permite concluir que deve haver o máximo de precisão e cuidado ao efetuar-se a colaboração premiada, especialmente, não permitindo a publicidade das delações em processos ainda não findos. Finalmente, ao verificar as legislações acerca do tema, é factível que a justa e legal aplicação deste meio de prova já está instituído em lei, porém de forma esparsa, permitindo interpretações variadas.

Palavras-Chave: Colaboração premiada. Acordo. Princípios constitucionais. Benefícios. Informações. Interesses. (In)segurança jurídica.

Abstract

The following study is intended to analyze the plea agreement, which is utilized as a mean to confront criminal organizations and fight corruption in Brazil. To do so, a summary analysis of some constitutional principles, which are essential requirements to the existence of the agreement and the conventions that can result in possible deals, so as the effects caused to the agents them. Dissertations about the benefits offered to the informer in our country, with the intention of reaching information to unravel a case. There is some criticism over this change, especially whether it is honored to ease a "minor illicit" in face of a "greater illicit"? Is there a way to stagger unlawfulness? Is also important to emphasize the possibility of observing the existence of several interests and interested, involving and involved, on evidence and possible evidence to be obtained through collaboration. However, the fact previously narrated, in the majority of times, entails in certain insecurity about the authenticity of what was picked by this institute. Therefore, it is possible to conclude that there must be utmost precision and care when performing the plea agreement, particularly, not allowing the publicity of the agreements in processes which are not completed. Finally, when verifying the legislation about the theme, is feasible that the fair and legal application of this mean of evidence is already instituted in the law, however, sparsely, allowing varied interpretations.

Keywords: Plea agreement. Deal. Constitutional principles. Benefits. Information. Interests. Legal (in)security.

1 Introdução

Não há tema mais significativo no âmbito penal, em face do contexto jurisdicional no qual vivemos, do que as novas técnicas de investigação e alcance de provas incriminadoras que vieram a influenciar e estipular outras diretrizes em processos criminais midiáticos, entre as quais se destaca a colaboração premiada. Nunca antes os periódicos diários por todo o país foram tão permeados por questões políticas penais como se vê de uns anos para cá. E a tendência é aumentar. Isso tem uma razão de ser, a colaboração premiada foi um dos alicerces de uma operação que divide opiniões, mas é inegavelmente, em termos de abrangência, a maior de todos os tempos.

Em consequência disso, faz-se necessária certa contextualização a respeito do tema, em conformidade com a lei vigente no país. A colaboração premiada foi inserida no Brasil com a Lei dos Crimes Hediondos como parte de uma política criminal de emergência, visando evitar o alastramento da criminalidade violenta. Atualmente, a colaboração está presente em sete leis penais especiais e uma lei especial de natureza não penal, o que de certa forma acarreta inúmeras vertentes sobre uma mesma questão, podendo provocar a insegurança jurídica. Todavia há que se destacar a inexistência de qualquer dispositivo sobre o tema em nosso código processual penal pátrio.

É indubitável, ante aos aspectos circunstanciais que permeiam nossa realidade, que o Estado não dispõe de aparato policial e judicial suficiente para combater as grandes organizações criminosas, e até mesmo células criminais independentes que agem diariamente cometendo delitos de menor escala, fato que atesta a precariedade do sistema penal. Desta forma, transfigura-se indispensável a criação de novas maneiras para combater o cenário criminal atual, visando facilitar a atuação policial. Ao analisar essa situação, a colaboração premiada surge como um meio capaz de obtenção de indícios de provas, ou até mesmo provas para o processo penal, a fim de minorar os dispêndios necessários para lograr-se êxito com a instrução penal em crimes que outrora não se imaginaria. Desde que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, a colaboração premiada mostra-

se diretamente proporcional aos seguintes aspectos: alcance de novos meios de prova para o processo penal e possibilidades de diminuição ou afastamento de pena para o delator.

Tal fato – a possibilidade de diminuição ou afastamento de pena para o delator – justifica-se, segundo o entendimento vigente, em face da finalidade de combater-se crimes aparentemente inalcançáveis, de grande estruturação e organização, ou que possuam agentes detentores de cargos de grande escalão. No entanto, quiçá pela ausência de previsão legal deste instituto junto ao código processual penal ou pela inovação, a colaboração premiada não vem sendo aplicada da maneira mais proba no Brasil. As críticas recorrentes, como também as divergências doutrinárias sobre o tema, se dão pelo fato de que a forma como a colaboração premiada tem sido utilizada, aparentemente, acaba por violar princípios basilares do processo penal. Assim, observa-se que as múltiplas legislações especiais com referência ao assunto são esparsas e sem coerência sistemática, o que acaba produzindo uma execução longe da ideal, mas também uma lacuna interpretativa, fato que fere o ilustre princípio da segurança jurídica.

Com estas perspectivas, objetiva-se com o presente texto abordar inicialmente os princípios constitucionais aparentemente violados pela má execução da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro. Ademais, analisar-se-ão os requisitos indispensáveis para a realização desta e os efeitos gerados aos agentes que celebram o acordo. Por fim, far-se-á o seguinte questionamento: é possível lícito adequado amenizar um ilícito menor em face de um ilícito maior?

2 A colaboração premiada e a aparente contravenção aos princípios constitucionais

É notória a importância da Constituição Federal, existindo uma supremacia desta perante as demais leis. A Carta Magna possui como alicerce as garantias constitucionais, isto é, princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim

sendo, em âmbito penal, a observação aos princípios fundamentais é essencial como proteção ao indivíduo, na medida em que restringe a possibilidade do Estado cometer abusos durante a persecução penal.

Pode-se mencionar, por exemplo, a obrigatoriedade do Estado de propiciar um devido processo legal a qualquer indivíduo, ou seja, todos temos o direito da palavra, devemos ser ouvidos em um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial. Com esta alegação podemos notar a presença de outras garantias indispensáveis, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, que repito sem temor de me fazer repetitiva, devem ser observados em todas as instâncias, em todos os processos, não importando qual sua natureza. Logo, ilustrativamente, inclusive nos casos em que houver colaboração premiada, há de se assegurar tais princípios tanto ao colaborador quanto ao delatado.

Entretanto, nos casos em que há o intermédio da premiada colaboração, aparentemente, vemos exemplos recorrentes de violações aos princípios ditos fundamentais. Verbi gratia, ao vincular-se ao acordo, o colaborador renuncia ao direito de recorrer de uma possível sentença condenatória – fato que lhe é assegurado pelo princípio do duplo grau de jurisdição – e ao seu direito ao silêncio – princípio do *nemo tenetur se detegere* –, confessando os atos por ele praticados.

Deste modo, passo a transcrever alguns dos requisitos para que as colaborações realizadas tenham validade: devem ser feitas espontaneamente e por livre manifestação da vontade. No entanto, conforme entendimento de Gomes e Silva (2015, p. 242), ressalva-se que

No que se refere ao primeiro fator, há de se distinguir, em um primeiro momento, voluntariedade de espontaneidade. Para que o acusado se torne colaborador, deve realizar o acordo de maneira voluntária. Contudo, seu ato de vontade não precisa ser espontâneo. Em outras palavras, não há a necessidade de que a intenção de praticar o ato nasça exclusivamente da vontade do colaborador, nada impedindo que esta vontade receba influências de seu defensor, do delegado de polícia, ou do Ministério Público. Estas influências, no entanto, devem estar livres de qualquer forma de coação

– física, moral ou psicológica – ou mesmo de promessas de vantagens ilegais.

De mesmo modo, o delator precisa ter participação na prática da infração em questão, suas declarações necessitam ser relevantes, efetivas e, por fim, faz-se imprescindível a assimetria entre o que foi confessado e as provas constantes nos autos. Tudo visa uma maior proibidade na utilização deste instituto, progredindo este entendimento.

Em consequência disso, pode-se afirmar que é vedado qualquer tipo de coação para se alcançar provas, pois este fato gera nulidade da confissão e de tudo que se conseguir a partir desta, visto que as provas derivadas de ilícitos também são consideradas ilícitas, existindo, deste modo, uma contaminação. Tendo em vista o art. 157, do Código de Processo Penal, o qual descreve que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941). Na esmagadora maioria dos casos o bem da coletividade prevalece na oportunidade do bom emprego do instituto da colaboração, sendo visível a violação aos direitos fundamentais, a falta de igualdade e a equidade na instrução penal. Seguindo esse entendimento, faz-se necessário destacar os ensinamentos de Nucci (2014, p. 74):

Consagrou-se, ainda, no Brasil, a teoria da prova ilícita por derivação (“frutos da árvore envenenada” ou “efeito à distância”, que advém do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”). Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham.

Ao se examinar de fato a ideia de delação premiada, devemos notar que há um acordo entre Estado e cidadão. Combinação esta pela qual o colaborador deve renunciar aos direitos a ele inerentes e necessários ao alcance da isonomia e justiça. O problema contido no fato em questão é de que para alguns doutrinadores os direitos fundamentais são dotados de irrenunciabilidade, conforme se demonstra a partir da seguinte transcrição retirada do livro *Curso de Direito Constitucional Positivo* de José Afonso da

Silva (2005, p. 181): “Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.

Todavia, em face da referida renúncia, o acordo de colaboração confrontaria o princípio do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição. Por conseguinte, se nos filiar-mos a esse entendimento, verificamos que não há compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro de um instrumento de investigação que compele a recusar princípios constitucionais que resguardam as garantias do indivíduo, ainda que por meio de renúncia expressa, unicamente para o fim de propiciar maior alcance à “máquina judiciária”.

Nessa senda, ressalta-se que não é conservada a proporcionalidade na colaboração premiada. A título de exemplo, verificando um caso de cometimento de crime em concurso de pessoas, no qual não logrou-se a apreensão de todos os agentes, caso haja o intermédio da colaboração premiada de algum dos participantes na empreitada criminosa que fora retido pela polícia poderá haver a aplicação de uma pena diferenciada para este, em detrimento daquele.

No entanto destaca-se que no caso em tela tanto o colaborador quanto o delatado concorreram de igual forma para o crime, não havendo, portanto, ponderação equânime entre a gravidade do fato e a da pena. Nesse contexto, segundo o entendimento de Canotilho (2017, p. 137),

Há um rompimento do princípio da proporcionalidade da pena, tendo em vista que o colaborador que for premiado receberá uma pena menor do que os demais réus delatados, sendo que os atos delituosos praticados podem ser de mesma gravidade ou até mesmo mais repreensíveis.

Assim sendo, questiona-se se há base jurídica suficiente para, em virtude da colaboração premiada, garantir benefícios a um dos autores do crime, independentemente de sua culpabilidade, aplicando uma redução drástica de pena ou até isenção desta, tal qual é recorrentemente efetivado no Brasil.

3 A posição conivente do estado quanto à lavagem de dinheiro ilícito

A utilização da colaboração premiada como moeda de troca da liberdade pela informação é preocupante. Porém, na realidade, vemos algo ainda pior, visto que inúmeros acordos realizados pela Justiça com executivos e doleiros fazem com que estes acabem mantendo o patrimônio, aplicando apenas multas irrisórias e declarações de culpa, mesmo que a receita tenha sido obtida ilegalmente.

Por meio da colaboração o indivíduo abre mão do seu direito ao silêncio e confessa a prática de alguns crimes, porém, considerando que detém conhecimento sobre dados, documentos ou demais informações de relevante valor à justiça, muitas vezes, a ilicitude de seus atos praticados acaba por ser ignorada. Tal prática é corriqueira, principalmente, nos crimes de lavagem de dinheiro, nos quais o colaborador oferece o que sabe em troca da segurança de ter seu patrimônio mantido e como se não bastasse a manutenção do patrimônio dos delatores, o Estado oferece, em não raras oportunidades, redução das penas além do que prevê a lei de colaborações. Desta forma, a supervalorização das informações contidas nos relatos dos delatores faz com que o Estado seja conivente com a prática de lavagem de dinheiro ou demais crimes em geral.

Em contrapartida, a situação carcerária do país segue precária. Presídios superlotados, falta de saneamento básico e sem as mínimas condições de existência. Em relação a isso verifica-se diariamente situações de violação de direitos constitucionais e humanos, em meio a um sistema penal que se encontra absolutamente desgastado. É nesta égide que a colaboração premiada eclode como uma forma alternativa de perfectibilizar a persecução penal, sendo estas formas não tradicionais amplamente difundidas, desde que respeitem as garantias fundamentais e processuais, visando inexistir uma justiça penal de classes econômicas. Nesta perspectiva, o renomado constitucionalista Alexandre Morais da Rosa (2016, p. 295) assevera que “a amplíssima discricionariedade e a falta de fundamentação na concessão dos prêmios pelo Ministério Público somado à deferência do Ju-

diciário frente a tais acordos descamba não raro para o terreno da arbitrariedade, que eleva os níveis de seletividade do direito penal”.

Não há como se olvidar que historicamente a instrução penal no Brasil se dá de forma desigual, havendo graves e notórias situações de preconceito e discriminação social já comprovadas. Portanto, foi por muitos anos uma verdade irretocável que aqueles detentores de melhores condições financeiras possuíam privilégios e em raríssimas oportunidades acabavam frequentando presídios. É neste diapasão que a colaboração premiada deve ser utilizada de forma que permita o alcance do Estado a todos, inclusive àqueles de alto patamar, com o intuito de modificar a dura realidade permeada pela insegurança jurídica e a impunidade.

Atualmente, segundo o entendimento do Ministério Público Federal, não há qualquer ilegalidade nas cláusulas de desempenho, pois tudo faz parte da natureza pragmática e utilitária do instituto. O argumento empregado é de que em muitos casos separar o dinheiro sujo do limpo é uma operação complexa. Contudo tal entendimento é questionável, visto que de tal forma permite-se uma confusão patrimonial que corrobora para a manutenção de patrimônio muitas vezes decorrente de atos ilícitos.

A natureza da colaboração premiada é muito delicada, pois envolve uma série de interesses de ambos os lados: o colaborador oferece as informações que tem conhecimento com o objetivo de atenuar a sua própria pena e o Estado, por sua vez, intenta encontrar provas e evidências que possam elucidar a resolução de casos de grande complexidade ou notoriedade. Sendo assim, é inegável que há uma linha muito tênue entre a justa aplicação penal e a impunidade, considerando que o delator constantemente pode omitir certos elementos para livrar um aliado e incriminar outrem.

Muito se discute, atualmente, acerca da colaboração realizada por uma pessoa presa preventivamente. Até que ponto a prisão do réu influencia na voluntariedade e legitimidade do ato, bem como se estariam sendo rompidos certos limites éticos nesta conexão entre colaboração e a prisão. Há quem diga que a prisão preventiva com a finalidade de obter uma colaboração é uma

espécie de tortura. Isto porque a prisão temporária é de certa forma uma estratégia de coação física e psicológica empregada pelo sistema. É uma forma de intimidação provocada que se realizada como uma ferramenta de estímulo para a colaboração seria na verdade uma inversão do ônus da prova, incompatível com o nosso sistema processual penal o qual determina a presunção de não culpabilidade. Consoante à percepção de Vasconcellos (2015), se confirma que “a modelagem normativa da colaboração premiada não permite que a prisão preventiva seja utilizada com instrumento de pressão. A incompatibilidade entre prisão e colaboração, se existente, não é jurídica, mas prática”.

Argumenta-se que o Estado estaria, desta forma, aparentemente, violando uma série de princípios e garantias fundamentais do indivíduo com o intuito de obter as informações desejadas. Deste modo, se o combate à corrupção é extremamente necessário, é, também, essencial que esse combate seja feito dentro da legalidade, sob pena de apenas substituir um problema pelo outro. Diante disso, os fins jamais poderão justificar os meios.

4 A indispensável manutenção do instituto em nosso contexto jurisdicional

Apesar dos problemas apresentados, a colaboração premiada, juntamente com demais institutos alternativos, assume papel fundamental na busca pela celeridade e resolução de inúmeros processos penais. Uma vez que a colaboração se demonstra capaz de auxiliar no enfrentamento das organizações criminosas, conforme atesta Pereira (2016), “a colaboração permite quebrar a parceria entre criminosos”. Não podemos nos desfazer deste instituto, apenas há de se encontrar maneiras oportunas de realizar a execução dele. Isto posto, a identificação de problemas pontuais tal qual exercido neste estudo não implica na desconstrução do instituto.

A utilização da colaboração se faz necessária; porém deve ser instituído maior rigor quanto a sua realização, seus requisitos e seus critérios mais pontuais. A ampla legislação acerca do tema a torna confuso. Há inconvenientes quanto à sua utilização, do

ponto de vista ético e das garantias constitucionais, bem como falta fiscalização e restrições em nosso contexto, visto que não há um mecanismo preciso sobre a instrumentalização daquela. Diante disso, a colaboração, se aplicada de forma defeituosa, pode causar prejuízos enormes à eficácia do instituto e da própria persecução penal por inteiro, já que, além de trazer penas injustas e equivocadas, coloca em risco a segurança jurídica no Estado brasileiro.

De outra banda, o instituto demonstrou na prática ao longo das inúmeras fases da operação Lava Jato – cito esta por abrangência e notoriedade – sua efetividade, possibilitando auxiliar o Ministério Público e a Polícia Federal na obtenção de prisões de indivíduos outrora ditos inalcançáveis. Assim sendo, para fins de adequação do instituto perante a pirâmide legislativa brasileira, passo a descrever possíveis maneiras de se solucionar os problemas antes apresentados. Nesta senda, torna-se indispensável mencionar certo ensinamento do procurador da República Andrey Borges de Mendonça (2013):

De qualquer sorte, mais importante é que haja atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia. Contra o crime organizado, somente uma atuação coordenada e pautada pelo interesse comum da persecução penal é que interessa à sociedade, acima de disputas corporativas.

Primeiramente, deve ser incluída a colaboração premiada no texto legislativo do Código de Processo Penal, seja ele vigente ou novo, para fins de garantir a padronização e organização das formas de aplicação deste instituto. Ressalto que tal fato solucionaria as intempéries advindas da distanciada previsão legal que se detém atualmente, em face de sua presença em sete leis penais especiais e uma lei especial de natureza não penal.

Em segundo lugar, faz-se necessária uma maior rigidez na observação dos requisitos para a aplicação deste tema: espontaneidade, participação do delator na prática da infração discutida, relevância e efetividade das declarações e assimetria entre as confissões e as informações já obtidas nos autos do processo. Sem estes, não haveria legitimidade no emprego da colaboração premiada.

Outrossim, é conveniente estabelecer outros benefícios aos colaboradores que não a manutenção de seus patrimônios nos casos de crimes de corrupção ou lavagem de dinheiro, pois a simples aplicação de multas em valores insignificantes para aqueles não garante uma justa reparação aos danos causados à sociedade e ao bem público. Evidentemente, as informações que os colaboradores possam trazer para o processo contribuem para as investigações; no entanto suas condutas delitivas anteriores, de nenhuma forma, podem ser ignoradas, ainda que se tenha como objetivo a apreensão de grandes figuras públicas.

Neste mesmo sentido, não se pode silenciar quanto ao tema da publicidade das colaborações. Incontestavelmente, para melhor aplicação da colaboração premiada e êxito das investigações, objetivando impossibilitar a superveniência de influências externas, deve-se manter o sigilo dos depoimentos prestados, ainda que a natureza de certos processos penais tenha enorme relevância pública, razão pela qual a divulgação de delações em casos de processos ainda não transitados em julgado junto à mídia deve ser vedada.

Por fim, tal qual foi apresentado nos desenvolvimentos anteriores, uma conduta ilícita não possui grau, o simples fato de ser dotada de ilicitude comprova sua contrariedade à lei, portanto, não pode ser ignorada. Assim, os benefícios oferecidos ao delator devem ser rígidos, ainda que este esteja exercendo uma atividade em prol do bem público na colaboração premiada, foi autor, coautor ou partícipe de crime. Com este entendimento, é possível concluir que não se deve realizar escalonamento de fatos ilícitos, sob pena de se acometer em impunidade aos delatores. Portanto, todo o ilícito praticado deve ser repreendido com uma pena própria e proporcional ao ato executado.

5 Conclusão

Constatou-se ao longo deste trabalho que o instituto da colaboração premiada foi inserido no Brasil de forma assimétrica, sem que o legislador tenha tomado a cautela de verificar a conformidade dessa ferramenta com os princípios constitucio-

nais que atualmente informam o processo penal brasileiro. Deste modo, com a utilização imoderada da delação premiada, restam ameaçados os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, da igualdade, da individualização de pena e, principalmente, do contraditório e do direito de não auto-incriminação. Acredito que este instituto não foi muito bem instaurado em nosso sistema, porém se faz muito necessário, pois sem a colaboração premiada, na grande maioria dos casos, não iríamos conseguir desvendar grandes crimes nem desmembrar organizações criminosas. Com estas perspectivas, o instituto da colaboração torna-se uma ferramenta essencial, forte e eficaz na apuração e no combate à crimes de grande complexidade, com uma estrutura hierarquizada de poder.

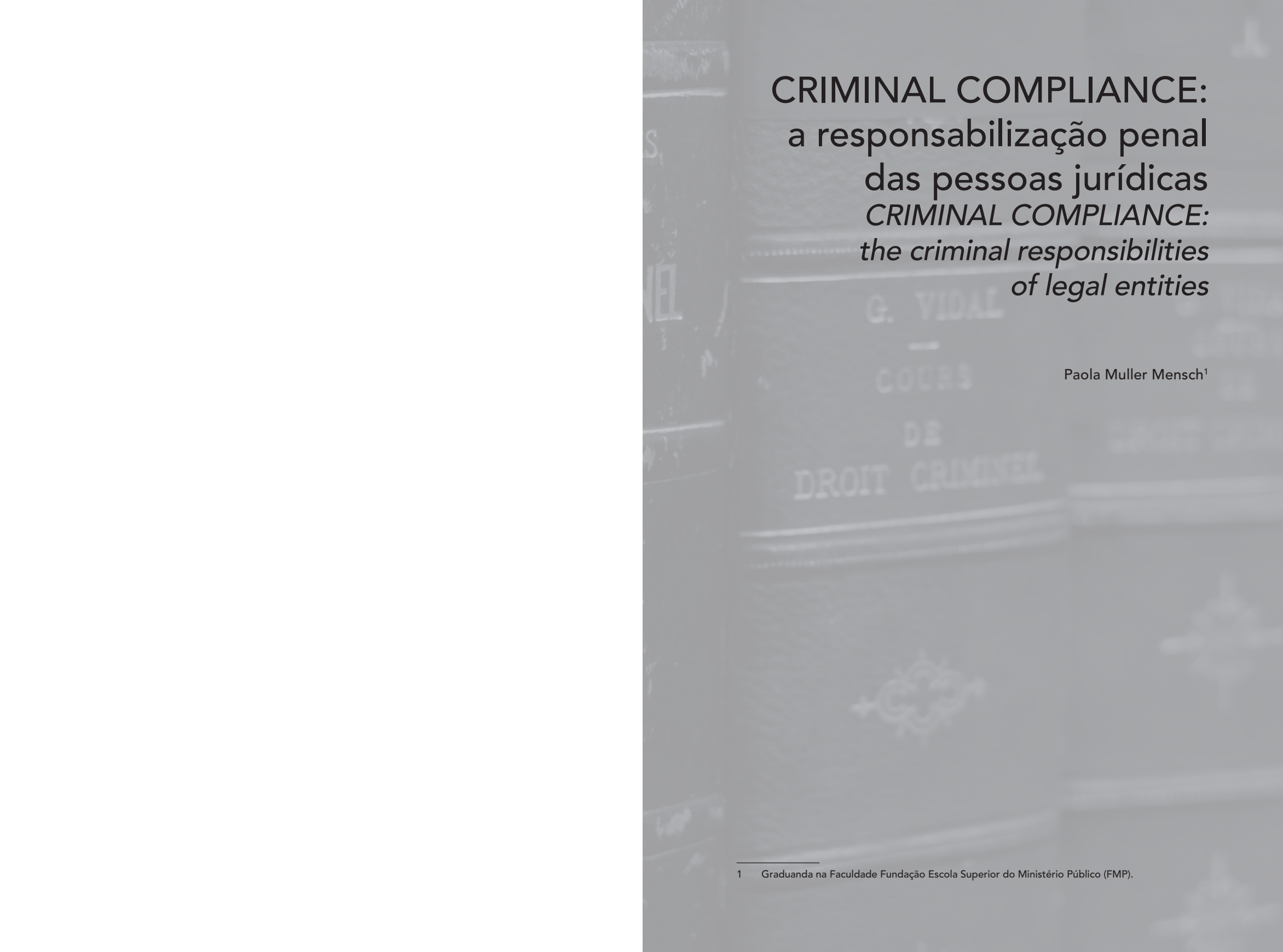
Referências

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 133, p. 137, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação. **Revista IBRASPP**, Salvador, p. 242, 2015.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a Nova Lei do Crime Organizado. **Custos Legis**, v. 4, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. v. 2, 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.



CRIMINAL COMPLIANCE: a responsabilização penal das pessoas jurídicas

*CRIMINAL COMPLIANCE:
the criminal responsibilities
of legal entities*

Paola Muller Mensch¹

Resumo

O objetivo do presente artigo é a verificação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui somente sanções de características administrativas e civis para essas e que as sistemáticas do *common law* e do *civil law* estão atualizando suas legislações em torno do tema. Primeiramente, define-se *compliance*, juntamente com o objetivo e a relevância desta no contexto atual. Seu surgimento é indispensável para a análise do contexto histórico em que se desenvolveu e, desse modo, a compreensão da influência daquela nos dias de hoje. Posteriormente, discorrer-se-á acerca do *criminal compliance* nos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção. Será realizada uma comparação entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, bem como uma verificação do modo como as diversas legislações internacionais e o direito brasileiro abordam tais tópicos. Ao final, analisar-se-á os motivos pelos quais a responsabilidade penal da pessoa jurídica oferece vantagens ao ordenamento jurídico brasileiro e de que modo ela está interligada com os direitos humanos.

Palavras-chave: *Compliance*. Responsabilização criminal. Pessoas físicas. Pessoas jurídicas.

Abstract

The aim of this paper is to verify the criminal responsibility of the legal entities. According to the Brazilian law enforcement the penalties are for administrative and civil legal entities common law and civil law are updating its legislation about this issue. Firstly, compliance is defined, its goal and importance are mentioned in the current context. Its emergence is key to analyze the historical context in which it was developed and in this way understand how it influenced the presente days. Furthermore, this paper will cover namely criminal compliance, crimes related to money laundry and corruption. A comparison should be made between the private person and the legal entities as well as how the Brazilian law system and the international law around the world approach these topics. Finally, the reasons why the criminal legal entity brings advantage to the Brazilian legal system will be fully discussed and how human rights are interconnected.

Keywords: Compliance. Criminal accountability. Private person. Legal entities.

1 Introdução

O presente artigo analisará a relação entre o *compliance* e o direito penal, dirigindo o enfoque para a responsabilização da pessoa jurídica no âmbito criminal. Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro punem-se somente as pessoas jurídicas nas esferas administrativa e civil, exceto nas hipóteses de crimes ambientais.

Primeiramente, deve-se realizar uma breve explanação acerca do *compliance*, assim como o surgimento, a função e a importância deste na atualidade. É importante a análise sob qual contexto se iniciou essa nova forma de governança corporativa para a compreensão de como aquele influenciou as legislações internacionais aos combates de crimes econômicos no âmbito empresarial. Posteriormente, far-se-á um exame mais específico do *criminal compliance*, nos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção. Nessa ótica deve-se contemplar o objetivo, a função, as vantagens, as desvantagens e as consequências desse.

Após, serão verificadas as diferenças entre as pessoas físicas e jurídicas, como elas são tratadas em distintos ordenamentos estrangeiros e como são compreendidas no ordenamento jurídico brasileiro, pois deste modo compreender-se-á a justificação da posição majoritária da doutrina nacional. Por fim, observar-se-á a responsabilização penal das pessoas jurídicas, tema que permanece em discussão, pois a responsabilidade esta que a posição majoritária da doutrina brasileira vai de encontro, devido aos princípios tradicionais do direito penal. Porém os avanços nas relações internacionais nos obrigam a evoluir na compreensão do tema e repensar esse debate, como muitas sistemáticas jurídicas já realizaram.

2 Os programas de *compliance*

Esse fenômeno iniciou-se na década de 1970 decorrente do neoliberalismo econômico, cujo preceitos baseiam-se na mínima intervenção estatal nos rumos da economia do país. Neste ínterim, desenvolveram-se os meios de comunicação e a informá-

tica, os quais interligaram a atividade econômica em uma escala global. Em 1990, com a governança corporativa, foi instituído o *compliance* com a função consultiva, de prevenção e reforço das políticas, as quais as empresas deveriam adotar padrões éticos para estar em conformidade com este novo modelo de gestão.

No panorama atual do desenvolvimento da sociedade capitalista, os interesses do proprietário da empresa e de seus funcionários muitas vezes divergem. Logo, devem existir mecanismos de controle e monitoramento para evitar que os gestores ajam preferencialmente em benefício próprio, a fim de proteger tanto os trabalhadores quanto a própria empresa. O *compliance* possui o objetivo de estabelecer medidas preventivas que deverão ser cumpridas pelas empresas e pelos funcionários com o intuito de evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possam ocorrer. Impõe-se o dever de apurar as condutas ilícitas e de que as infrações cometidas que surjam no âmbito corporativo sejam entregues às autoridades competentes, visando sua investigação e eventual punição.

O *compliance* é uma entidade criada para se adequar aos interesses globais atuais. As empresas que possuem negócios no exterior foram praticamente compelidas a incorporar esse programa em suas estruturas, com o objetivo de adquirirem credibilidade internacional no mercado de trabalho. Todas as empresas brasileiras que pretendem possuir fidedignidade para as demais organizações exteriores deverão possuir essa plataforma dentro de suas atividades, a fim de mostrar o comprometimento com as novas adequações da economia mundial. De acordo com Volkov, a instalação de companhias multinacionais estrangeiras no território nacional contribui de forma expressiva para a disseminação do *compliance*:

Empresas globais enfrentam sérios desafios no modelo e implementação dos programas de *compliance* para atender os grandes riscos nos mercados emergentes. Na medida em que as companhias crescem também crescem os programas de *compliance*.

O modelo específico e a estrutura global dos programas de *compliance* apresentam numerosos desafios exigindo um equilíbrio de vários fatores incluindo consistência na organização econômica de escala e escopo, e flexibilidade para

atender as necessidades e preocupações. Realizando o processo, o programa de *compliance* precisa manter o apoio de seu público alvo— o negócio. (VOLKOV, 2018).

O *compliance* deve ser independente dos demais setores da empresa, a fim de garantir a autonomia desse programa dos demais setores dessa. O serviço pode ser oferecido por estabelecimentos externos ou criado na estrutura interna da própria instituição. O mais pertinente nesse caso é verificar a infraestrutura da corporação para que sejam avaliados os fatores particulares da firma, como, por exemplo, o tamanho, as atividades, etc. (VERÍSSIMO, 2017, p. 273). Os programas são permanentes, possuem um caráter preventivo e necessitam de sistemas complexos, por isso é necessário realizar uma avaliação, tendo em vista que o desenvolvimento desses programas possui um notável custo para a empresa.

Esse método é eficaz porque incluiu uma cultura de organização, construindo a confiança e a boa-imagem da empresa, além do comportamento ético que se passa para os funcionários e os demais indivíduos da sociedade. Toda essa combinação de elementos atrai uma imagem corporativa de grandes companhias que confiam em investir nessa parceria, consequentemente, valorizando o mercado e o valor das corporações devido à transparência que esse fenômeno gera. Ainda, a falta de transparência das informações e do funcionamento das operações eram as principais deficiências estruturais, contudo o sistema do *compliance* fortaleceu essas áreas devido ao modo como o programa foi desenvolvido.

3 Criminal compliance

O sistema jurídico penal e as legislações específicas de combate aos crimes econômicos estão sendo influenciadas por um aumento das relações internacionais. Tendo em vista essa recente realidade, novos temas estão sendo debatidos dentro das ciências criminais, entre eles, o *criminal compliance*. No âmbito do direito penal destaca-se o *compliance* voltado à prevenção da lavagem de dinheiro e da corrupção. Pesquisas que estudam tais

tópicos indicam que a melhoria dos níveis de *compliance* com as normas de lavagem de dinheiro podem resultar na diminuição dos níveis de corrupção de um país. Pode-se corroborar tal afirmação pelo site da GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), o qual se utiliza de métodos para auxiliar os países a identificar, avaliar e compreender os riscos da lavagem de dinheiro.²

A Lei Anticorrupção impôs penalidades a serem aplicadas para as pessoas jurídicas nas esferas administrativa e civil, com a aplicação de expressivas sanções financeiras. Pode-se verificar a efetividade de tais disposições na prática, como, por exemplo, no caso da Embraer, de 2016, no qual esta fez um acordo devido à descoberta de corrupção na empresa. Além de ter sido condenada a pagar uma multa vultosa, lhe foi imposta que se adotasse as normas de *compliance*, bem como exigiu-se a fiscalização do cumprimento de tais medidas.³

Esse novo método incorporado no sistema ajuda o Estado a controlar a criminalidade que acontece no âmbito das grandes corporações. Os crimes de colarinho branco são de difícil apuração, logo, esse meio ajuda na eficácia da investigação policial. Os programas possuem o dever de entregar os resultados das investigações às autoridades competentes e, para que isto efetivamente ocorra, foi editado o crime de responsabilidade criminal pela omissão decorrente do descumprimento dos deveres do *compliance*. Concomitantemente, cumpre frisar que tal medida suscita a dúvida quanto à capacidade do Estado em reduzir as suas taxas de criminalidade.

Por fim, pode-se afirmar que o *criminal compliance* é fundamental para a eventual defesa de empresas processadas por corrupção, se comprovada a prévia existência de um programa voltado à redução de risco na prática de atos ilícitos. Portanto, percebe-se a importância da efetividade dos programas dessa plataforma, a fim de identificar, prevenir e mitigar impactos adversos presentes e futuros.

² Disponível em [http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)). Acesso em 06/09/2019.

³ Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/economia/embraer-pagara-206-milhoes-de-dolares-para-encerrar-caso-de-corrupcao>>. Acesso em 28/07/2018.

3.1 Pessoas físicas

As pessoas físicas possuem capacidade de ação e de culpabilidade. Quando um indivíduo comete um crime, é um fato típico, ilícito ou culpável. Para autores tradicionais é imprescindível que a infração penal seja cometida por um sujeito natural, ou seja, a conduta punível exige que o ato seja praticado por um agente físico. O direito brasileiro também se baseia no princípio da culpabilidade, que é considerado uma garantia da dignidade da pessoa humana e o fundamento da responsabilidade individual, além de uma das bases do princípio do Estado de Direito.

Do princípio da culpabilidade decorre que nenhuma pena pode ser imposta sem culpa, ou seja, *nulla poena sine culpa*. Essa culpa é a valoração da formação de vontade do indivíduo que, dessa maneira, será responsabilizado judicialmente. A partir disso, surgiram teorias de que a culpa de pessoas físicas pode ser imputada a uma pessoa jurídica, como sendo sua culpa própria ou pessoal. Quanto maior a empresa, maior a dificuldade e a complexidade de se verificar a responsabilidade das pessoas naturais. Desse modo, a responsabilização não se deve muitas vezes a uma única pessoa, mas sim ao desenvolvimento defeituoso da própria empresa (VERÍSSIMO, 2017, p. 45).

O sistema adotado no Chile, por exemplo, é eminentemente baseado na responsabilidade por fato conexo de pessoa natural. Entretanto há uma série de requisitos mínimos a serem observados pelas pessoas jurídicas com a finalidade de se preservarem de eventual responsabilidade penal. Já o direito penal alemão, assim como o brasileiro, se baseia no princípio da culpabilidade, conforme se extrai da autora Carla Veríssimo:

O que se percebe, de uma forma geral, é que os sistemas jurídicos oscilam entre considerar a culpa da empresa como própria ou, ao contrário, como uma decorrência da culpabilidade de atos praticados por seus agentes, quando ela, então, responderá por eles, ainda que estes possam ser individualmente responsabilizados. (VERÍSSIMO, 2017, p. 45).

Logo, o direito penal Brasileiro se baseia no fundamento de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está condicionada à prática de um ato penalmente reprovável por parte

da pessoa física. Na doutrina brasileira prepondera também esse entendimento. De acordo com Dotti (2001, p. 302),

O ilícito penal (crime ou contravenção) é fruto exclusivo da conduta humana, logo “somente a pessoa física pode ser sujeito ativo da infração penal. Apenas o ser humano, nascido de mulher pode ser considerado como autor ou partícipe do crime ou contravenção”; “somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como suporte causal do delito”.

O obstáculo que irá se verificar é que, ao contrário de diversos ordenamentos que adaptaram suas regras processuais à nova realidade dos meios econômicos, o Brasil não ajustou o código penal à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

3.2 Pessoas jurídicas

Em tese, a pessoa jurídica é incapaz de ação, que é característica própria da conduta humana e de culpabilidade, portanto, impossível de ser responsabilizada criminalmente, de acordo com a tradicional teoria do delito. Todavia a pessoa jurídica age por ato próprio, ainda que esses atos sejam praticados pelas pessoas físicas (VERÍSSIMO, 2017, p. 53). Em síntese, se refere acerca de quatro óbices quanto a responsabilidade da pessoa jurídica: (i.) a questão da transposição das penas; (ii.) da culpabilidade; (iii.) da falta de vontade destas; e (iv.) da inaplicabilidade das penas privativas de liberdade (SHECAIRA, 2011, p.91).

Todavia, a criminalidade da empresa vem sendo debatida sob uma ótica diferenciada em países estrangeiros, esquivando-se da tradicional teoria do delito aplicada aos indivíduos. Por questões de política criminal, o Estado brasileiro não possui a previsão da condenação da pessoa jurídica penalmente, porém a maioria dos países da Europa admitem a punição, como, por exemplo, Espanha e Portugal.

Deve-se ressaltar que o sistema americano do *common law* tem que mesmo que a empresa possua um sistema de *compliance*, este fato não imuniza a instituição de sua responsabilidade quando os empregados, agindo no âmbito de suas atribuições,

violarem a lei. Logo, o ordenamento dos Estados Unidos iguala a pessoa jurídica à pessoa física.

Deve ser analisada a desvantagem acerca da responsabilização penal, no sentido de que poderá tornar o réu estigmatizado em um demorado processo penal. Pela Lei Anticorrupção pode-se atingir o patrimônio dos sócios, dirigentes ou administradores pela prática do ato lesivo por meio de desconsideração da personalidade jurídica (art. 6, da Lei 12.846/2013) sem prejuízo da responsabilidade criminal individual (art. 7, da Lei 12.846/2013). Conforme Veríssimo (2017, p. 72),

A Lei 12.846/13, objeto de nosso estudo, optou também pela via administrativa, por entender que o processo administrativo é mais célere e efetivo que o processo penal. A lei prevê, de forma cumulativa, a responsabilização civil, por considerá-la adequada aos objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas como o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário.

Contudo as diversas teses favoráveis à introdução de um modelo de sanções penais para as pessoas jurídicas são necessárias para se combater com êxito a criminalidade empresarial. Deve ser percebida que a responsabilidade individual das pessoas naturais se torna insuficiente para combater os delitos cometidos no âmbito empresarial.

4 Responsabilização penal

A doutrina tradicional do direito penal sempre defendeu a impossibilidade de a pessoa jurídica responder penalmente por um ato ilícito praticado. Sustentava-se que o princípio da culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, pois estão ausentes os elementos subjetivos de tipo (dolo ou culpa), imputabilidade e o potencial conhecimento da ilicitude. Portanto, responsabilizar a pessoa jurídica por um crime seria aplicar a responsabilidade objetiva ao direito penal, algo que vem sendo combatido desde os ideais iluministas de Beccaria (BECCARIA, 2015, p. 74)

Contudo, a jurisprudência demonstra uma realidade diferente que vem constatando uma aproximação com a sanção penal à pessoa jurídica. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica somente é admitida no direito brasileiro quando lesa o meio ambiente, uma exceção em nosso ordenamento (VERÍSSIMO, 2017, p. 190). Dos ensinamentos colacionados, falta à pessoa jurídica um dos elementos presentes na natureza do crime: o dolo, visto que a pessoa jurídica não possui vontade, pois tal característica não é própria do ente fictício. Entretanto, em matéria de Direito Ambiental, tal imputação penal vem sendo amplamente atribuída à pessoa jurídica (PRADO; DOTTI, 2010, p. 160).

Seguindo este parâmetro, colaciona-se recente jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual vislumbra-se a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em crimes contra o meio ambiente:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO. RISCO À FAUNA AQUÁTICA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. Possibilidade constitucional expressa da pessoa jurídica se submeter à responsabilidade penal. Inteligência do artigo 225, §3º, da Constituição Federal, e do artigo 3º da Lei 9.605/98. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Se revela imperativa a condenação quando a prova técnica indica, com suficiência, a poluição do curso d'água, com risco potencial à fauna aquática, o que basta para configuração do crime de que trata o artigo 54 da Lei 9.605/98. Crime de poluição que independe de resultado naturalístico, considerando que a infração possuía natureza dúplice (de perigo e de dano) expressamente indicada em seu texto. Precedentes. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA CULPOSA. O crime de poluição de que trata o artigo 54 da Lei Ambiental não exige elemento subjetivo específico, sendo inaplicável a figura de seu §1º quando a prova demonstra que o acusado, de modo ciente e voluntário, lançava líquidos e dejetos orgânicos oriundos de sua atividade no curso d'água havido no terreno de sua empresa. DOSIMETRIA PENAL. Variáveis judiciais que indicam a adoção da penalidade no piso normativo. Pena de multa aplicada à empresa que resta mantida, atendidos os princípios da proporcionalidade e da suficiência. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. A imposição de prestação de

serviços à comunidade, na atual redação do Código Penal, apenas exige o cumprimento de 01 hora de tarefa por dia de condenação, não sendo possível a manutenção da restrição contida na sentença, que determinou a jornada semanal de 07 horas de tarefas. Ponto específico da sentença afastado. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime, Nº 70075125484, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal, Julgado em: 30-08-2018)⁴

A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi elevada à sede constitucional desde 1988, tratando do tema com clareza. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitaram as pessoas físicas ou jurídicas à sanções penais e administrativas (lei nº. 9.605/1998). A Lei dos Crimes Ambientais estabelece dois requisitos para que a pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente: o primeiro é que a decisão da conduta criminosa tenha que partir de representantes legais, representantes contratuais ou do órgão colegiado da entidade jurídica; o segundo requisito é que a decisão tomada por esses indivíduos beneficie a pessoa jurídica. O Supremo Tribunal Federal, em 2013, passou a utilizar teorias como o defeito da organização e da culpabilidade administrativa que já é utilizada em outros países.⁵

Diferentes ordenamentos do mundo ressuscitaram a discussão acerca da responsabilização penal das pessoas jurídicas. O sistema espanhol prevê a condenação, desde que estas tenham filiais ou centros de produção na Espanha. Essa forma é aplicada a uma extensa lista de delitos, quase a totalidade é de crimes patrimoniais e socioeconômicos (SÁNCHEZ, 2013, p. 16). Como já visto, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Anticorrupção optou pela responsabilização civil e administrativas.

As sanções administrativas e civis causam um impacto econômico imensurável nas empresas e influenciam diretamente a reputação destas em um mercado que permanece interligado com a publicidade e imagem das grandes corporativas. Essas vias possuem a vantagem de serem mais céleres. A instituição, se condenada, deverá ressarcir os danos que causou e ter os bens

⁴ Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em 06/09/2019

⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em 28/09/2018.

adquiridos ilicitamente apreendidos. Todavia essas sanções não solucionam o problema, pois é notável que, apesar da reputação e do valor econômico dispendido na multa, as instituições continuam a cometer delitos no âmbito empresarial.

Entretanto o direito penal possui um estigma perante os indivíduos da sociedade, logo, a empresa seria rotulada devido à severidade da condenação, sendo inegável que a responsabilidade penal objetiva da empresa estaria mais comprometida com as garantias fundamentais. Assim, é evidente o dever do Estado de garantir tais prerrogativas, pois deve cumprir os princípios fundamentais do processo penal e os compromissos internacionais de direitos humanos.

A finalidade do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, portanto, deve-se buscar responsabilizar os efetivos transgressores, no caso, a pessoa jurídica. Por fim, podem ser condenados os sócios da empresa, bem como a entidade deve ser responsabilizada pelos ilícitos que infringir dentro de seu ambiente corporativo.

5 Conclusão

A posição majoritária da doutrina brasileira é contrária à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Entretanto deve-se refletir acerca desse tema, pois verificou-se que várias das empresas privadas que praticaram atos ilícitos colaboraram e perfizeram acordos de leniência no âmbito administrativo e civil. Apesar da posição da doutrina, as sistemáticas do *common law* e do *civil law* produzem boas experiências práticas e reflexões teóricas a respeito da responsabilização criminal.

Assim, o atual panorama traz à tona a questão da culpabilidade corporativa como um todo. Ademais, o avanço do capitalismo provocou o inevitável desgaste das pessoas jurídicas, a ponto de ser possível reconhecer a necessidade da ampliação do seu controle pelo Estado. O desenvolvimento no âmbito empresarial ressaltou somente a necessidade de discussão acerca da matéria que deve se adequar à nova ótica do mercado.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro existe previsão de penas restritivas de direitos para as pessoas jurídicas apenas na Lei de Crimes Ambientais. No entanto as legislações encaminham-se para a alteração da inclusão de novas formas de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Portanto, a adoção dessa perspectiva de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil é um processo inexorável diante dessa nova realidade. É evidente que a adoção dessa sistemática está diretamente interligada com os direitos e as garantias individuais.

Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BRASIL. Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 02 ago. 2013a.
- BRASIL. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 13 fev. 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 548.181**. Recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na constituição da república. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de agosto de 2013. Brasília, DF, 06 ago. 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 28 set. 2018.
- CARTA Capital. **Embraer Pagará 206 Milhões de Dólares para Encerrar Caso de Corrupção**. 24 out. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/embraer-pagara-206-milhoes-de-dolares-para-encerrar-caso-de-corrupcao>. Acesso em: 28 set. 2018.
- DOTTI, René Ariel. **A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro. Forense, 2011.
- ESTADOS UNIDOS. GAFI, entidade intergovernamental estabelecida em 1989. A representação é liderada pelo COAF.
- Disponível em: [http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)). Acesso em 06/09/2019.
- PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **Criminalidad de Empresa y Compliance**. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español. Barcelona: Atelier Libros, 2013.
- SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Monner. **Criminalidad de Empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SHECAIRA, Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. 1. ed. São Paulo: Saraiva jus, 2017.
- VOLKOV, Michel. Disponível em: <https://blog.volkovlaw.com/2018/06/episode-43-global-compliance-program-design-and-challenges/>. Acesso em: 28 jul. 2018.

