

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**PEDRO RUI DA FONTOURA PORTO**

**EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E CRIMINALIDADE MODERNA:  
A OBSERVAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NA  
CONTEMPORANEIDADE COM ÊNFASE NA CORRUPÇÃO E O REFORÇO DA  
DIFERENCIAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL MEDIANTE OS NOVOS  
PAPEIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

**SÃO LEOPOLDO**

**2020**

Pedro Rui da Fontoura Porto

Expansão do Direito Penal e Criminalidade Moderna:  
a observação das organizações criminosas na  
contemporaneidade com ênfase na corrupção e o reforço da  
diferenciação sistêmica do Direito Penal mediante os  
novos papéis do Ministério Público, a colaboração premiada e a  
pena privativa da liberdade

Tese defendida como requisito parcial  
para obtenção do título de Doutor em  
Direito Público, pelo Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2020

P853e Porto, Pedro Rui da Fontoura  
Expansão do Direito Penal e Criminalidade Moderna: A observação das organizações criminosas na contemporaneidade com ênfase na corrupção e o reforço da diferenciação sistêmica do direito penal mediante os novos papéis do Ministério Público, a colaboração premiada e a pena privativa de liberdade. / Pedro Rui da Fontoura Porto -- 2020.  
314 f. ; 30cm.  
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2020.  
Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

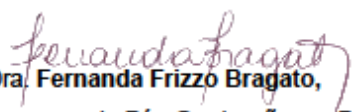
1. Direito penal. 2. Teoria dos sistemas. 3. Expansão do direito penal. 4. Ministério Público. 5. Colaboração premiada. 6. Pena privativa da liberdade. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: "EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E CRIMINALIDADE MODERNA: A OBSERVAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NA CONTEMPORANEIDADE COM ÊNFASE NA CORRUPÇÃO E O REFORÇO DA DIFERENCIAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL MEDIANTE OS NOVOS PAPEIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE", elaborada pelo doutorando Pedro Rui da Fontoura Porto, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de julho de 2020.

  
Prof. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**,  
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha Participação por Webconferência

Membro: Dr. Leandro Paulsen Participação por Webconferência

Membro: Dr. Luciano Vaccaro Participação por Webconferência

Membro: Dr. Frederico Valdez Pereira Participação por Webconferência

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy Participação por Webconferência

Dedico este trabalho a todos que, no afã de fazer do Brasil uma nação livre, justa e solidária, ousam reinterpretar os princípios que regem o Direito Penal para, sem descurar sua racionalidade humanitária, reforçar seus limites de sentido na pós-modernidade, instrumentalizando-o, modo eficiente, como mecanismo de Justiça Social, que prime pela igualdade de todos perante a lei.

Dedico, ainda, àqueles que, a despeito das diatribes a que se submetem e dos recorrentes revezes legislativos e jurisprudenciais, sacrificam seus dias no esforço desmedido para o enfrentamento da grande corrupção, que subtrai às populações mais vulneráveis, oportunidades e direitos fundamentais.

Dedico, por derradeiro, àquela parte dos agentes políticos, a representar fração desta Pátria, não venal nem distraída, capaz de lançar mão de todos os parcos recursos legais e operacionais disponíveis, para observar e reagir contra as tenebrosas transações que mercadejam recursos públicos e interesses sociais, como mercadorias privadas.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à UNISINOS, por ter criado e mantido este ambiente, a uma só vez, científico, acolhedor e inspirador que é o PPGD, no qual já, há quinze anos, havia concluído meu Mestrado e do qual jamais me desvinculei, retornando agora para este novo desafio. Ao conjunto de professores e servidores desta prestigiada Universidade registro meus mais sinceros agradecimentos pela forma idônea, cordial, amistosa e competente com que sempre fui tratado ao longo do curso. Guardarei na retina, com paixão e gratidão, durante toda minha existência, os bons momentos aqui passados e vividos.

Aos colegas do programa, pelo companheirismo, pela troca de experiência e pelas palavras de ânimo ao longo da caminhada.

Ao estimadíssimo Professor Dr. Leonel Severo Rocha, expoente da Teoria dos Sistemas no Brasil, cujo reconhecimento transcende nossas fronteiras. Exemplo de que conhecimento, saber e humildade são naturalmente compatíveis. Meu registro de gratidão por que, em meio à jornada, aceitou ser meu orientador, depositando em mim sua confiança e disponibilizando seu tempo e paciência para que este trabalho alcançasse sua realização.

Agradeço ao Ilustre Professor Dr. Miguel Wedy, Decano do Curso de Direito da Unisinos, que brilha igualmente na cátedra e na tribuna da advocacia gaúcha, por, na condição de co-orientador da tese, ter contribuído proficuamente desde a avaliação do projeto até a banca, tendo sido grande incentivador deste esforço científico.

Agradeço a minha família, especialmente minha esposa, Eliana Alves da Fontoura Porto, a compreensão pelas muitas horas de distanciamento, durante minhas leituras e pesquisas, sem falar neste notório humor ensimesmado e circunspecto que se ostenta, creio eu invariavelmente, ao tempo da elaboração de uma tese.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões agradeço aos filhos Thiago e Priscila que, a despeito de já serem moços, continuam sendo filhos queridos, de cuja privação da companhia sempre se lamenta.

Por último, mas não menos importante, registro meu agradecimento ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, especialmente ao seu Conselho Superior, por ter autorizado bolsa parcial no programa de doutorado e licença de três

meses para elaboração da tese. No mesmo sentido, agradeço à Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul por sua coparticipação em parte da bolsa antes referida. Enalteço a grandeza da instituição que investe na capacitação de seus membros por apostar que o crescimento pessoal se reflete nos avanços institucionais.

*O pensamento complexo comporta tensão permanente entre a aspiração a um saber não fragmentado, não dividido, não reducionista, e o reconhecimento do inacabado e incompleto de todo conhecimento.*

*Álvaro Orlando Pérez Pinzón*



## RESUMO

A Expansão do Direito Penal moderno, desde a perspectiva da Teoria dos Sistemas, pode ser defendida como a resposta natural e previsível do sistema jurídico penal às expectativas do entorno, relativas à tutela, inclusive penal, de interesses sociais transcendentais à exclusiva esfera individual, notadamente aqueles sinteticamente unificados no conceito de Direito Penal econômico ou moderno. O incremento da complexidade das relações sociais impõe a atualização de sentido e a pressão seletiva para o estabelecimento de novas relações entre sistema e meio, mantendo a diferenciação entre ambos. O fenômeno, próprio da pós-modernidade, problematizou as relações entre Direito e Política, na medida em que representa um avanço daquele sobre esta, no marco de uma democracia mais regulatória. A Expansão, especificamente no Brasil, ainda decorre da maior autonomia e da ampliação dos papéis institucionais do Ministério Público que, na mesma medida em que ganhou em complexidade e organização interna, incrementou sua distinção com o Poder Judiciário em face de escolhas endógenas pela tutela desses novos interesses socioeconômicos, mediante instrumentos de observação sistêmica como a colaboração premiada. Com relação a esta, justifica-se sua inserção no sistema processual penal brasileiro como decorrência de tendências internacionais, provenientes da *common law*, que vêm substituindo o exclusivo processo penal adversarial por um modelo de cooperação entre Estado e investigado que enfatiza o Direito Penal premial ou negocial. A Expansão tornou-se notória no Brasil, especialmente ante um setor da Criminalidade Econômica, em cujo âmbito as complexas relações entre Direito e Política tornam-se mais problemáticas: a corrupção. É precisamente neste campo da criminalidade moderna que a autonomia do Ministério Público e a colaboração premiada vieram protagonizar uma Expansão sistêmica cuja legitimidade foi mais intensamente questionada, especialmente pela aplicação crescente de severas medidas de restrição da liberdade de elevadas figuras do sistema político e econômico. Tal constatação, que ocorre inclusive em nível internacional, vem forçando a indagação sobre a validade da aplicação do Direito Penal em matéria de criminalidade econômica ou ao menos da imposição de sua consequência mais radical: a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, já se sustentou a inadequação do Direito Penal para o enfrentamento da Criminalidade Econômica, porquanto a flexibilização de garantias, tão peculiar ao Direito Penal

moderno, não é compatível com a restrição da liberdade. Todavia, a análise econômica do Direito demonstra que o delinquente econômico é um agente calculista a decidir racionalmente mediante sopesamento entre o ganho com a atividade ilícita e a probabilidade de sanção. Destarte, só a pena privativa da liberdade emerge como fator de distinção do sistema penal em relação a outros sistemas jurídicos sancionatórios, idôneo a ensejar suficiente contramotivação à criminalidade econômica.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Expansão do direito penal. Ministério Público. Colaboração premiada. Pena privativa da liberdade.

## ABSTRACT

The Expansion of Criminal Law, from the perspective of Systems Theory, can be sustained as the natural and predictable response of the criminal legal system to the expectations of the social environment, concerning to the protection, including criminal, of social interests transcendent to the exclusive personal sphere, especially those synthetically unified in the concept of economic or modern criminal law. The increase in the complexity of social relations imposes the updating of meaning and the selective pressure for the establishment of new relationships between system and medium, maintaining the differentiation between both. The phenomenon, proper of post-modernity, has problematized the relations between Law and Politics, to the extent that it represents an advance of the latter, in the framework of a more regulatory democracy. The Expansion, especially in Brazil, is also consistent with the greater autonomy of the Public Prosecution Service which, to the same extent that it has achieved greater complexity and internal organization, increased its distinction with the Judiciary on behalf of endogenous choices for the defense of these new socioeconomic interests, through instruments of systemic observation such as plea bargaining, whose insertion, in the Brazilian criminal procedure system is justified as a consequence of international directives, inspired by common law, which replace the exclusive adversarial criminal procedure for another model of cooperation between the State and indicted that emphasizes the bargaining system. The Expansion has become notorious in Brazil, even more in the face of an Economic Criminality sector in which the relations between Law and Politics become more problematic: corruption. It is precisely in this area of modern crime that the autonomy of the Public Prosecutor's Office and the plea bargaining have been leading a systemic Expansion, whose legitimacy has been more harshly questioned, especially by the application, increasingly frequent, of freedom deprivation of high figures in the political and economic system. Such a finding, possible even at international level, imposes an inquiry into the validity of the application of Criminal Law in terms of economic crime or, at least, the imposition of its most radical consequence: the penalty deprivation of liberty. At this point, the impropriety of Criminal Law for the confrontation of Economic Criminality was sustained, since the flexibility of guarantees, so peculiar to modern Criminal Law, is not compatible with the freedom restrictions. However, the economic analysis of the Law demonstrates that the

economic offender is a calculation agent who decides reasonably through the comparison between the advantages of the illegal activity and the risks punishment. Therefore, only the freedom deprivation increase the distinction of the criminal justice system compared to other legal systems and emerges as suitable to produce sufficient countermotivation to economic criminality.

Keywords: Systems theory. Expansion of criminal law. Public prosecution Service. plea bargaining. Penalty deprivation of liberty.

## RESÚMEN

La expansión del Derecho Penal moderno, desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas, se puede sostener como la respuesta natural y previsible del sistema jurídico penal a las expectativas del medio, relativas a la protección, incluso penal, de intereses sociales trascendentes a la exclusiva esfera personal, sobre todo aquellos sintéticamente unificados en el concepto de Derecho Penal económico o moderno. El incremento de la complejidad de las relaciones sociales impone la actualización del sentido y la presión selectiva para el establecimiento de nuevas relaciones entre sistema y medio, a despecho de la distinción entre ambos. El fenómeno, propio de la pos-modernidad, problematizó las relaciones entre Derecho y Política, en la medida en que representa un logro del primero sobre la segunda, en el marco de una democracia más normativa. La Expansión, sobre todo en el Brasil, además, es consecuente a la mayor autonomía del Ministerio Fiscal el cual, en la misma medida en que ha logrado mayor complejidad y organización interna, incrementó su distinción del Poder Judicial por cuenta de elecciones endógenas por la defensa de esos nuevos intereses socioeconómicos, por medio de instrumentos de observación sistémica como la colaboración con la justicia, cuya inserción, en el sistema procesal penal brasilero se justifica como consecuencia de directivas internacionales, inspiradas en la *common law*, que reemplazan el exclusivo proceso penal adversarial por otro modelo de cooperación entre Estado e imputado en homenaje al Derecho Penal premial o negocial. La Expansión se ha vuelto muy visible en Brasil, aún más frente a un sector de la Criminalidad Económica en cuyo ámbito las relaciones entre Derecho y Política son más problemáticas: la corrupción. Es precisamente en este ámbito de la moderna criminalidad que la autonomía del Ministerio Fiscal y la colaboración del arrepentido vienen protagonizar una Expansión sistémica, cuya legitimidad ha sido más duramente cuestionada, especialmente por la aplicación, cada vez más frecuente, de severas medidas de privación de la libertad de grandes figuras del medio político o económico. Tal constatación, posible incluso en nivel internacional, impone la indagación sobre la validez de la aplicación del Derecho Penal en tema de criminalidad económica o, por lo menos, de la imposición de su consecuencia más radical: la privación de la libertad. En este punto, se sostuvo la impropiedad del Derecho Penal para el enfrentamiento de la Criminalidad Económica, pues la flexibilización de garantías,

tan peculiar al Derecho Penal moderno, no es compatible con la restricción de la libertad. Mientras tanto, el análisis económico del Derecho lo demuestra que el delincuente económico es un agente calculista el cuál decide razonablemente a través de la comparación entre las ventajas de la actividad ilícita y los riesgos de la sanción estatal. De esta forma, solamente la privación de la libertad caracteriza distinción del sistema de justicia penal frente a otros sistemas legales, idónea a producir contramotivación suficiente a la criminalidad económica.

Palabras-clave: Teoría de los sistemas. Expansión de derecho penal. Ministerio Público. Colaboración premiada. Pena privativa de la libertad.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>2 CRIMINALIDADE ECONÔMICA E SOCIEDADE PÓS-MODERNA.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1 O Direito Penal Clássico ou Nuclear e o Direito Penal Moderno, Econômico ou Periférico .....</b>	<b>32</b>
2.1.1 A Defesa do Direito Penal da Ilustração na Escola de Frankfurt. O direito penal clássico e a proteção dos direitos individuais. A tensão em face da proteção penal dos direitos sociais, emergentes nas novas gerações de direitos supraindividuais ..	39
2.1.2 O Centro e a Periferia Sistêmica do Direito Penal. As novas demandas sociais situadas no entorno do Sistema Penal com a emergência do Estado social .....	47
2.1.3 O Pioneirismo de Sutherland na Identificação da Criminalidade Econômica. Os <i>white-collar crimes</i> e a teoria da aprendizagem social .....	50
2.1.4 A Autorrepresentação da Sociedade Contemporânea na Criminalidade Econômica. A colaboração do construtivismo para um conceito de criminalidade moderna .....	58
2.1.5 Conceito de Direito Penal Econômico .....	65
2.1.6 Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: distinções entre o ilícito penal e o ilícito administrativo .....	69
<b>2.2 Expansão e Garantismo: o direito penal no contexto da sociedade securitária. As novas demandas sociais de asseguração estatal contra riscos sociais.....</b>	<b>72</b>
2.2.1 Os Interesses Individuais, Corporativos e o Interesse Soberano. Os <i>corps intermedieries</i> e a tutela da liberdade individual frente aos novos mecanismos de vassalagem .....	74
2.2.2 A Crítica Garantista e a Legitimação do Direito Penal Econômico .....	81
2.2.3 A Legitimidade da Tipificação de Crimes de Perigo como Instrumento de Proteção de Bens Jurídicos Coletivos. A prevalência do desvalor da ação em relação ao desvalor do resultado como decorrência da política criminal pós-moderna e da sociedade de risco .....	91
<b>2.3 A Regulação da Economia e da Política como Função Irrenunciável do Direito, Inclusive do Direito Penal. A Equidade e a Posição Originária em Rawls como hipótese para legitimar o Direito Penal moderno em face das gerações futuras .....</b>	<b>102</b>

<b>3 A GRANDE CORRUPÇÃO COMO CRIMINALIDADE MODERNA E ECONÔMICA E SEU NECESSÁRIO ENFRENTAMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE REGULAÇÃO PENAL .....</b>	<b>115</b>
<b>3.1 Teoria dos Sistemas e Estado Contemporâneo .....</b>	<b>120</b>
<b>3.2 Corrupção e Sistema Social: aportes históricos, sociológicos e jurídicos</b>	<b>139</b>
3.2.1 A Corrupção e suas Classificações: a pequena e a grande corrupção – a corrupção política .....	147
3.2.2 A Teoria da Escolha Racional e a Criminalidade Moderna, com Ênfase na Corrupção.....	152
<b>3.3 Ministério Público Brasileiro – Ampliação Sistêmica e Atuação em Matéria Penal.....</b>	<b>164</b>
3.3.1 De Exclusivo Acusador Criminal à Intervenção Cível, a Primeira Ampliação de Horizontes .....	172
3.3.2 De Interveniente em Processos Cíveis a Órgão Agente em Demandas Relativas a Direitos Transindividuais. O <i>Ombudsman</i> brasileiro – segunda evolução histórica.....	175
3.3.3 O “Protagonismo” do Sistema de Justiça Penal: a preponderância ativa do Ministério Público e a obrigação de <i>non liquet</i> do Poder Judiciário.....	184
<b>4 OS NOVOS INSTRUMENTOS INVESTIGATÓRIOS QUE PERMITIRAM A AMPLIAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL E A DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA DESTE SISTEMA JURÍDICO ESPECIALIZADO CONSISTENTE NA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE, AINDA QUANDO AGREGADA A NOVAS SANÇÕES LEGAIS DESESTIMULADORAS DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA .....</b>	<b>193</b>
<b>4.1 Colaboração Premiada: instrumento processual para a ampliação eficaz da rede de observação das organizações criminosas por parte do sistema de justiça penal .....</b>	<b>194</b>
4.1.1 A Colaboração Premiada e suas Origens Internacionais .....	196
4.1.2 A Internalização das Convenções Internacionais Contra o Crime Organizado Transnacional e Contra a Corrupção no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	199
4.1.3 O Recurso ao Direito Penal Premial.....	201
4.1.4 Principais Objeções à Colaboração Premiada .....	205
4.1.5 Contraponto às Objeções à Colaboração Premiada .....	211



4.1.5.1 A Argumentação Emotivista e a Estrutura Prévia da Compreensão em Gadamer .....	213
4.1.5.2 A Compatibilidade Jusfilosófica entre o Plea Bargaining e a Civil Law .....	220
4.1.5.3 A Ponderação entre Valores Constitucionais e a Colaboração Premiada. A vedação da proteção insuficiente de direitos fundamentais coletivos .....	228
4.1.5.4 A Colaboração Premiada e o Princípio da Proporcionalidade: a harmonização entre o prêmio e o resultado da colaboração .....	241
<b>4.2 Bases para um Fundamento Ético-Filosófico da Pena em Matéria de Criminalidade Moderna: a autonomia da vontade.....</b>	<b>249</b>
4.2.1 Breve Escorço sobre a História da Pena: por que punir, quem pune o corpo e quem pune a alma?.....	250
4.2.1.1 A Arqueologia da Pena: o talião privado e o talião público.....	251
4.2.1.2 Os Interditos Religiosos e a Pena: a origem sagrada do Direito Penal .....	255
4.2.1.3 O Dualismo Corpo e Alma. A pena para o corpo e a pena para a alma: a separação punitiva entre o político e o teológico.....	256
4.2.1.4 O Estado Laico, a Pena Prisional e a Salvação das almas como Finalidade Pública.....	258
4.2.2 Da Lei como Interdito Sagrado à Lei Universal da Razão .....	261
4.2.3 Kant e o Fundamento Moral Racional da Pena: o dualismo corpo e alma é substituído pelo sujeito fenomênico e numênico .....	263
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>272</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>299</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre muitos subsistemas do Direito, o Penal é o que mais vem se expandindo nas últimas décadas, sem que sofra qualquer fragmentação. O incremento de tipos penais correspondeu à seleção de novos bens jurídicos, marcadamente difusos, como resultado de demandas sociais que alçaram estes bens a uma dignidade merecedora de tutela penal. Transcende-se, pois, o conjunto iluminista dos direitos penalmente tuteláveis e agregam-se interesses de menor afetação individual, eis que difusos na comunidade contemporânea e até mesmo refletidos em responsabilidade intergeracional.

A expansão se deu ainda na ampliação dos instrumentos de investigação, que já não se esgotam nos meios clássicos previstos no Código de Processo Penal, mas agregam instrumentos já experimentados com sucesso em países da *common law*, tais como, a colaboração premiada, a ação monitorada e a infiltração de agentes. Houve aperfeiçoamento de mecanismos preexistentes, como as interceptações e quebras de sigilos bancários e fiscais, mediante o aporte de programas informáticos dotados de inteligência artificial que facilitam o tratamento de informações e a localização pontual de informações suspeitas em meio ao trivial emaranhado de dados insuspeitos que costumam enevoar as investigações criminais em matéria de criminalidade moderna.

O aumento da população carcerária representada, sobretudo, por agentes da criminalidade de massa<sup>1</sup>, envolvidos na prática de crimes contra o patrimônio, contra a vida, dignidade sexual e tráfico de drogas, igualmente é apontado como sintoma da expansão do Direito Penal. Não obstante, a inclusão de diversas medidas despenalizadoras no ordenamento penal – transação penal, suspensão condicional do processo – ou penas alternativas à prisão, o incremento da violência e do tráfico de drogas respondem pelo correspondente aumento da população prisional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O que aqui se denomina criminalidade de massa é sinônimo de criminalidade de rua, representando em regra a face mais visível dos crimes contra o patrimônio, tráfico ou da criminalidade violenta contra pessoa. Historicamente fora uma criminalidade habitual ou eventual, mas sem organização. Nos últimos tempos, entretanto, começou a organizar-se em quadrilhas e, depois, em facções a partir dos presídios, incrementando a insegurança social.

<sup>2</sup> No ponto, entretanto, estamos de acordo com Silva Sánchez quando conclui que a atual expansão do Direito Penal não tem relação com as causas que inspiraram os movimentos de Lei e Ordem, especialmente de origem norte-americana, que jamais reuniu unanimidade em torno de si. Anota, referido autor que “a representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva mostra, pelo contrário, e como se verá, uma rara unanimidade” em torno das virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos. (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A**

Há quem sustente que a expansão do Direito Penal é uma consequência direta do recuo do Estado social em favor de modelos liberais de governança<sup>3</sup>. Deste modo, para os que assim pensam, a expansão, inicialmente defendida para as novas formas de criminalidade econômica/tecnológica, acabou secundarizada, quantitativa e qualitativamente, em comparação com o mesmo avanço sobre a criminalidade clássica de rua e, quanto a esta, a expansão não é extensiva, mas *intensiva*, justificando-se na cultura do medo, que não sensibiliza a sociedade acerca de meios mais racionais de abordagem à criminalidade, tais como preventivo-policiais, vistos como mais onerosos no tangente à pequena criminalidade clássica, ou inúteis, frente à criminalidade violenta de rua, para a qual a inocuidade do criminoso emerge como única alternativa com êxito garantido.

Em efeito, se considerarmos uma das direções desta expansão, aquela que incide sobre a criminalidade de massa e é representada nos elevados índices de encarceramento, é possível que, efetivamente, o recuo na implementação de direitos sociais ou a redução de sua disponibilização sejam causas da expansão.

Mas já aqui se entrevê um paradoxo: a expansão constituiria uma consequência do recuo do Estado social em direção ao Estado liberal, com o abandono de políticas públicas tendentes a ampliar os padrões de homogeneidade social em favor da redução do controle estatal da economia, liberando-a para a competitividade privada; ao mesmo tempo, e contraditoriamente, em matéria de Direito Penal, se

---

**expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31-32). A nosso ver, é verdadeiro que a maior parcela da população carcerária é representada por presos relacionados à criminalidade clássica, mas, no Brasil, isto não decorre de uma política criminal de tolerância zero, como nos Estados Unidos, já que a legislação, como regra, não contempla pena de prisão para delitos de menor potencial ofensivo (pena máxima igual ou inferior a um ano) e, mesmo para aqueles considerados de médio potencial ofensivo (doutrinariamente aqueles com pena superior a dois anos que não excede a quatro), para os quais se admite penas restritivas de direito ou regime aberto fora de estabelecimentos prisionais. Assim, mesmo que na esfera administrativa ocorresse aqui ou acolá algum tipo de atuação extraordinariamente intensa da polícia, por conta de operações específicas, ainda não se poderia afirmar que no Brasil exista uma política criminal de tolerância zero. A exceção talvez fique por conta da Lei 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, que tem sido interpretada, inclusive pelo STF, como uma lei incompatível com as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95 – transação, suspensão condicional do processo – e, em cujo seio, admite-se à larga a decretação da prisão preventiva mesmo em casos de delitos de menores penas, como lesões corporais ou ameaça.

<sup>3</sup> Dentre os quais, destaca-se Díez Ripollés, para quem a ideologia de insegurança cidadã é uma cortina fina para ocultar causas mais profundas e complexas para a atual mudança no paradigma sancionador e pontifica: “estamos pagando as consequências derivadas do desmantelamento do Estado de bem-estar”, decorrência das reformas trabalhistas que ensejaram a precariedade laboral, deterioração dos serviços sociais básicos, dificuldades para acesso à habitação etc., fatores que vêm frustrando legítimas aspirações de amplos setores sociais. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís **A política criminal na encruzilhada**. Tradutor André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47-48.

defenderia abdicar da tutela dos novos interesses difusos em favor de uma política criminal minimalista com conseqüente retorno a um Direito Penal do Iluminismo, marcadamente liberal e cuja tônica é a proteção do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal e a limitação da tutela penal, exclusivamente, aos bens jurídicos de traço individual. Ou seja, aqueles que identificam, na expansão, um conseqüentário da falência do Estado social, defendem o regresso a um Direito penal liberal. Isto pode ser verdadeiro apenas quanto a uma face da expansão, visível na ampliação do encarceramento dos agentes da criminalidade de massa<sup>4</sup>, mas não o é no tangente à adição de novos tipos penais em matéria de criminalidade econômica, ponto em que a expansão representa a tutela de valores bem afetos aos postulados do Estado social.

Daí porque, segmento predominante da doutrina penal clássica continua a sustentar, em moldes iluministas, os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade ao mesmo tempo em que lastima a expansão do Direito Penal por seu afastamento daquele projeto, distanciamento que se intensifica na denominada crise da pós-modernidade. A maior parte dos doutrinadores neoclássicos deprecia o processo expansivo mediante a sumária diatriba de que se trata de política criminal oportunista; uma “cruzada contra o mal”, sem fundamentos racionais. A crítica, entretanto, limita-se a avaliar o fenômeno apenas a partir da ótica garantista/minimalista, e ignora o largo espectro ideológico de respaldo popular e político ao processo expansivo. Deste modo, os argumentos dos especialistas caem no vazio da incompreensão social para observadores externos, não repercutindo para além da academia e dos limites estreitos da comunidade jurídica, isto é, dos observadores internos<sup>5</sup>.

Desde outro ponto de vista, defende-se a ideia norteadora de um Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por ser um Estado potente e efetivo, que objetiva atender com plenitude aos interesses da sociedade, interesses que vêm se transformando, progressivamente, de uma escala predominantemente individualista para outra crescentemente coletiva, correspondente aos interesses *humani generis*, imanentes a uma melhoria na qualidade de vida, especialmente das populações

---

<sup>4</sup> Esta relação entre um suposto recuo dos benefícios do *Welfare State* e o aumento da criminalidade de massa vem sendo afirmada sem base empírica, pois o incremento de direitos sociais no Brasil neste início de século não oportunizou redução da criminalidade de massa, cujas estatísticas, profundamente negativas, estão obviamente relacionadas à intensificação do consumo e do tráfico de drogas.

<sup>5</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís **A política criminal na encruzilhada**. Tradutor André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 17.

mais vulneráveis. Neste ponto, Estado máximo e Direito Penal mínimo podem constituir uma contradição lógica, porquanto a incerteza quanto aos benefícios garantidos pelo Estado Democrático e Social de Direito ou à tutela de interesses supraindividuais instrumentaliza o Direito Penal para sua proteção, em um contexto em que o Estado-polícia liberal se transforma no Estado-providência e se lança mão do Direito Penal para a proteção de direitos sociais em sentido amplo. Por este viés, um Direito Penal mínimo só seria viável em um Estado mínimo e, como consequência, a expansão em relação à criminalidade moderna reflete a atitude de setores sociais bem organizados contra o incremento da criminalidade econômica organizada.

Desde um ponto de vista empírico, as sociedades modernas não confirmam o vaticínio dos autores que imaginaram a progressiva cristalização do Estado Democrático de Direito, em cotejo com o Estado liberal ou social, como um paradigma de máximos benefícios, máxima participação e máximas garantias, ou seja, um Estado de bem-estar social com Direito Penal mínimo<sup>6</sup>.

Há uma incongruência entre Direito Penal mínimo e Estado social máximo já que não se pode conceber o Estado-providência como destinado apenas ao asseguramento dos direitos sociais elementares relativos à saúde, educação, segurança e habitação. Parece fora de dúvida que outros interesses, com uma natureza diversa, e que se situam em uma escala intermediária entre o estritamente público e o estritamente privado, postulam a proteção estatal e dentre os mecanismos de que dispõe o Estado para tal mister, está o Direito Penal. Neste novo quadro social pós-moderno,

[...] a proteção radical dos interesses das Administrações Públicas se explica não em termos de autoritarismo – como se fazia relativamente aos Códigos Penais de origem decimonônica [...] – senão em termos de democracia e igualdade. Por isso, em realidade, parece razoável pensar que um Direito Penal mínimo somente possa ser gerado no marco de um Estado mínimo<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69. Segundo o autor, a nova política criminal recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes refratários ao Direito Penal, que agora o acolhem tendo em vista o insuperável crescimento da criminalidade organizada, refletida no narcotráfico, terrorismo e pornografia, ademais da corrupção e abuso de poder e ainda, fora destas características, na violência doméstica.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 69.

Em resposta a esta demanda por soluções para diversos fenômenos emergentes na contemporaneidade, o Estado vem atualizando o ordenamento penal para fazer frente à criminalidade moderna/econômica, assinalando, os críticos desta expansão, uma diferenciação no plano qualitativo de um “novo Direito Penal” (em relação ao Direito Penal nuclear e tradicional), pois, as normas mais recentemente aportadas ao sistema tenderiam a tipos abertos, voltados à tutela de bens ou valores coletivos, com linguagem menos literal, predominando crimes de perigo abstrato, que antecipariam e facilitarão a imputação, mediante sua flexibilização descritiva.

O dilema entre avançar ganhando novos espaços de regulação ou recuar em direção ao paradigma iluminista não chega a ser uma discussão inédita, estando na pauta dos debates internacionais em Europa e América, inclusive nos países da *common law*, mas pretende-se alguma originalidade em abordar esta temática com o instrumental epistêmico da teoria dos sistemas, partindo-se da hipótese de que, ao menos a parte desta expansão do Direito Penal que corresponde à tutela dos direitos fundamentais sociais, obedece a diretrizes constitucionais de proteção de bens jurídicos com estatuto mais cimeiro, tanto que garantida a tutela em nível constitucional e, portanto, não se trata de uma simples submissão do Direito à moral, mas a novos programas legais, constitucionalmente estabelecidos, que outorgaram garantias institucionais ao Ministério Público e ao Poder Judiciário e produziram expectativas compartilhadas socialmente, acerca de determinados papéis institucionais.

A dogmática penal iluminista preconiza uma intervenção mínima e fragmentária, sustentando o Direito Penal como *ultima ratio* subsidiária à atuação do Direito Administrativo sancionador. Apesar da histórica inefetividade punitiva da Administração Pública, provável consequência do clientelismo que campeava nas instituições, após a Constituição de 1988, como decorrência de programas de boa governança, o Direito Administrativo veio alcançando maior eficácia regulatória, incrementando a repressão administrativa em distintas esferas da vida pública, com reforço de sistemas de imputação. Para tanto, exemplifica-se com as infrações de trânsito, sanitárias e ambientais que alcançaram melhores estruturas sistêmicas, mesmo garantindo aos administrados todos os recursos inerentes à ampla defesa. Em que pese esta constatação, o Direito Penal seguiu crescendo, não raro alimentando-se de conexões sistêmicas seletivas com a esfera administrativa e, com

isso, logrando espaços do mundo, como um sistema *neguentrópico*<sup>8</sup> complexo, capaz de reforçar suas próprias fronteiras de sentido.

A expansão, desde uma perspectiva sistêmica, pode ser defendida como a resposta natural e previsível do sistema jurídico penal às expectativas do entorno que se intensificam na medida em que a Constituição Federal ampliou o nível de autonomia de instituições jurídicas do sistema penal – Ministério Público e Poder Judiciário – em face do sistema político. Tal autonomia facilita a delimitação entre Direito e Política e o avanço daquele sobre esta, no marco de uma democracia mais regulatória. Este logro normativo do Direito Penal é mais expressivo no tocante à denominada criminalidade moderna ou criminalidade econômica. Entre nós ao menos não é lícito concluir ter havido uma expansão intensiva (intensificação) no concernente à criminalidade nuclear, pois, não obstante o evidente aumento da população carcerária nos últimos anos, os benefícios processuais da transação penal e da suspensão condicional do processo, aplicáveis, sobretudo à criminalidade de rua, assim como a amplitude de modalidades sancionatórias que incluiu penas restritivas de direito em substituição às privativas de liberdade, impõem a conclusão inarredável de que as sanções prisionais foram reduzidas em relação à criminalidade clássica não violenta ou com violência considerada de menor potencial ofensivo. Em efeito, crimes patrimoniais, que no passado conduziam ao cárcere, *v.g.*, furto, estelionato, apropriação indébita; ou crimes de violência menos expressiva – lesões corporais e ameaças – atualmente estão sujeitos aos benefícios legais desencarceradores da Lei 9.099/95 ou à aplicação de penas alternativas à prisão nas modalidades de substituição ou suspensão condicional da pena.

De outro lado, no plano legislativo, houve significativo aumento de tipos penais com o escopo de proteger bens jurídicos difusos, e, na esfera administrativa, intensificaram-se operações contra a criminalidade moderna/econômica, por exemplo, no tocante a crimes contra o meio ambiente, saúde pública e economia popular, o que sem dúvida é uma resposta do sistema legal às demandas da denominada sociedade de risco securitário.

A expansão do Direito Penal é justificável na exata medida em que corresponde a uma atualização em face dos valores sociais prevalentes no câmbio perene da história, enquanto a sustentação pura e simples do ideal iluminista de um

---

<sup>8</sup> No sentido Luhmaniano, um sistema é capaz de gerar *neguentropia* quando logra reforçar sua distinção do entorno através de operações que incrementem sua energia interna.

Direito Penal reservado à tutela exclusiva dos direitos individuais só teria sentido em um Estado liberal mínimo. Entretanto, impõe-se respeitar as conquistas da tradição humanista, estabelecidas no marco constitucional. Nossa tese é a de que uma expansão racional é necessária e desejável e não constituiria nenhum eufemismo denominá-la “modernização”, ou seja, atualização ante a crescente complexidade das relações sociais<sup>9</sup>.

A complexidade de um sistema indica que nem todos os elementos deste sistema podem estar em relação com eles mesmos, ao mesmo tempo. Desta forma, à medida que a complexidade interna de um sistema está em crescimento, incrementar-se-á a pressão seletiva do sistema como meio para atualizar as relações possíveis e necessárias entre os elementos internos do sistema. O fundamento da definição de complexidade está na distinção entre elemento e relação, pois com o aumento da complexidade cresce também a pressão seletiva, impondo uma relacionabilidade seletiva, diferente de uma relacionabilidade completa entre os elementos de sistemas mais simples.

Embora a complexidade possa ser observada tanto dentro do sistema como em seu entorno, apenas a complexidade interna do sistema é organizada e, na medida em que maior esta complexidade interna – pelo aumento dos elementos –, a organização vai depender de maiores níveis de competência seletiva. Por consectário, quando no sistema os elementos se tornam muito numerosos, o número de relações resulta tão elevado que já não está sujeito ao controle imediato do sistema, já que nem tudo nele pode atualizar-se e relacionar-se simultaneamente, abrindo espaço para relações posteriores e não simultâneas. A seleção constitui a dinâmica temporal da complexidade, pois é necessário tempo para atualizarem-se as relações que não são atualizáveis simultaneamente. Todavia, a complexidade de um sistema depende também da complexidade do seu entorno, constituído por outros sistemas ou pelo mundo, que é a unidade da diferença entre os sistemas e seus entornos. Os sistemas observam a diferença entre si e seu ambiente, desde

---

<sup>9</sup> No ponto, concorda-se com Silva Sánchez, para quem a interação social de nossa época impõe níveis inéditos de cooperação e divisão funcional em um contexto de insegurança quanto a relações de causa e efeito, o que torna insatisfatória a técnica preventiva dos delitos de dano/lesão, restando melhor alternativa a adoção de delitos de perigo concreto ou até mesmo abstrato. Ademais, a crescente interdependência das esferas de organização individual nas relações sociais faz com que a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa de condutas praticadas por outros, reforçando a tendência à exasperação dos delitos omissivos. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38-39.



seus próprios pontos de vistas constituídos de diferentes sentidos e embora a complexidade do ambiente seja autônoma e sempre maior em relação ao sistema, este só pode captá-la a partir de observações internas que delimitem o âmbito do possível em seu interior.

Ora se a complexidade justifica a expansão de um sistema como resposta natural às demandas do meio, alterando a forma de sua diferenciação com o entorno, então, o Direito, nas sociedades modernas, deve responder à pressão seletiva que se lhe apresenta, mediante relações com o entorno capazes de captar complexidade ambiental e, conseqüentemente, ensejar a ampliação de suas fronteiras, com o previsível avanço sobre o ambiente, incrementando sua própria complexidade interna.

Parte-se do pressuposto de que, enquanto os sistemas psíquicos são compostos por pensamentos, os sistemas sociais, para além de sua realidade inquestionável, são compostos de comunicações e contém em si uma função hermenêutica que os habilita a servir de intermediários entre a extrema complexidade do mundo e nossa limitada capacidade de compreendê-lo. O mundo é infinito, mas até onde podemos compreendê-lo, estão os sistemas para fazê-lo, mediante a organização de comunicações que, sem eles, representariam o caos inapreensível à lógica humana<sup>10</sup>.

Sistemas crescem, ganhando espaços do mundo, porque esta é sua natureza. A expansão qualitativa e quantitativa representa o ganho energético próprio dos sistemas sociais em oposição à lei termodinâmica da entropia, aplicável a todos os sistemas – psíquicos, biológicos e sociais. Neste esforço para sobreviverem, os sistemas sociais se especializam em numerosas subdivisões, mas preservam suas fronteiras de sentido. Ocorre que o sentido é instável repercutindo inúmeras transformações sociais impostas pelo tempo histórico. Ele se expressa como uma coação em favor destas transformações. Não há meios para estabilizar o sentido sem que isso coloque em risco a própria estabilidade do sistema, sendo da natureza dos sistemas, a constante adaptação ao meio que se dá por força da sempiterna atualização do sentido. Vale

---

<sup>10</sup> Como preleciona Rocha, Luhmann condensa magistralmente toda a teoria dos sistemas autopoieticos no livro “A Sociedade da Sociedade”, cuja ideia básica é que “tudo está incluído dentro da sociedade” – produção de identidades, linguagem, comunicações – deste modo, nossa compreensão de mundo existe dentro dos limites do que conhecemos por sociedade, por isso, “para se criarem certos sentidos dentro desse excesso de possibilidades, surgiram, na sociedade, nesse processo de enfrentamento da complexidades, *sistemas*”. ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana (art.). In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

lembrar que o ambiente é sempre ameaçador ao sistema e assim como este tende a avançar sobre o meio, mediante a organização do rumor ambiental carente do sentido sistêmico interno, também o meio se esforça por transcender as fronteiras do sistema, inundando-o com seu próprio caos (que é caos em relação ao sistema violado, mas pode ter um sentido diferenciado em outros sistemas a ele circundantes).

No caso dos sistemas jurídicos, o conflito entre sistema e ambiente já vinha sendo identificado bem antes dos aportes epistemológicos da Teoria dos Sistemas, de um modo mais empírico e desvelando uma fenda abissal entre os propósitos bem claros das Constituições, representando a nervura essencial do sistema jurídico e a realidade político-econômica que o cerca. Para tanto basta recordar a polêmica entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassale, para quem a constituição formal, representada em “folhas de papel”, diferencia-se da constituição real, emergente das estruturas reais do poder, cuja supremacia se evidenciaria em caso de conflito<sup>11</sup>.

A necessária qualificação das democracias ocidentais e sua resistência contra os aspectos despóticos do mercado pressupõe a implementação, através do Direito e de suas instituições, de técnicas de *accountability* com relação aos programas constitucionais, a fim de que estes programas e metas não se entifiquem como meras *folhas de papel*, eclipsados pela força das imposições econômicas de natureza meramente capitalista, mas, ao revés, logrem transcender os limites da solenidade dos textos legais e, atendendo ao seu *telos*, regular a realidade social.

Objetiva-se demonstrar que, a despeito do estigma histórico contra o Direito Penal e suas instituições, urge reverem-se estes preconceitos e compreender-se que, em tempos de capitalismo extremado, a defesa intransigente, não raro puramente emocional e nostálgica, de um Direito Penal iluminista, nos moldes preconizados pelos seguidores da denominada Escola de Frankfurt e radicalizado por setores da Criminologia Crítica, ainda que sem o desejar expressamente, só reforça o receituário liberal que preside as transformações político-econômicas de nosso tempo.

Por objetivo geral, a tese visa demonstrar os pontos positivos da expansão racional do Direito Penal, mediante uma adequada interlocução com os aportes científicos oriundos da Criminologia que permitam desenvolver uma Política Criminal democrática e humanitária. Dentre os recursos sugeridos estará a discricionariedade

---

<sup>11</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Que é uma Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 41. (Coleção Clássicos do direito).

controlável da ação penal pelo Ministério Público e o uso do Direito Penal premial e negocial como instrumento de cooperação entre Estado e investigado/acusado/condenado em substituição ao exclusivo Processo Penal adversarial.

Uma tentativa de caracterização do Direito Penal nuclear ou tradicional como um Direito Penal emergente da Ilustração estará em foco no primeiro capítulo, enfatizando-se seu cotejo com o Direito Penal moderno, decorrente das transformações sociais das sociedades industrializadas, especialmente desde a segunda metade do Século XX e que se caracteriza por acentuadas crises de legitimidade, apontadas pela Escola de Frankfurt, como consequentes do seu crescente distanciamento em relação aos cânones garantistas/iluministas.

Neste primeiro capítulo, ademais, o Iluminismo penal, iniciado em Beccaria, será devidamente datado como um movimento de reação racionalista ao Absolutismo penal e seus abusos, tão bem denunciados por Foucault. Mas será que as razões que justificaram a reação iluminista contra os excessos absolutistas, remanescem até hoje, ao efeito de deslegitimar a expansão do sistema penal nas últimas décadas? Para a Escola de Frankfurt, representada no capítulo especialmente pelo pensamento de Winfried Hassemer e Peter-Alexis Albrecht, o Direito Penal moderno, além de alhear-se dos primados garantistas/iluministas, orienta-se pelas consequências, ou seja, é funcionalista e consequencialista, donde resulta sua preocupação com a efetividade. Ademais, opta por uma concepção preventiva da pena, em lugar de uma teoria retribucionista e adota a função de proteção de bens jurídicos, não como um limite negativo de sentido à tipificação de novos delitos, mas como uma função promocional de tutela, afeta atipicamente ao Direito Penal.

A nosso ver, tais orientações do Direito Penal moderno estão relacionadas à pressão seletiva já identificada na Teoria dos Sistemas. O incremento da complexidade externa ao sistema força-o a selecionar as relações mais relevantes e captá-las ao interior, ressignificando sentidos, ampliando suas fronteiras e a complexidade interna.

Destarte, para o enfrentamento da polêmica levantada pela Escola de Frankfurt, que colima reduzir o Direito Penal ao seu núcleo histórico, será necessário voltar a atenção para o centro e a periferia sistêmica do Direito Penal, de onde derivam as denominações Direito Penal nuclear e Direito Penal periférico, significando, aquele, o núcleo histórico dos crimes contra a pessoa e a propriedade

privada e este, as novas fronteiras de tutela penal de interesses coletivos em sentido lato.

Serão esquadrihadas as alternativas ao Direito Penal econômico – Direito Administrativo sancionador, Direito Civil, administrativização da repressão – avaliando sua (in)eficiência em face da moderna criminalidade econômico/social. Neste ponto, será necessário demonstrar as diferenciações entre estes subsistemas, notadamente, o tipo de sanções aplicáveis, visto que a sanção penal desponta como a mais severa de todas as consequências legais decorrentes de comportamentos ilícitos. Sem a sanção penal privativa da liberdade, o Direito Penal já não ostentaria tão evidentes fronteiras de diferenciação com os outros ramos sancionatórios do Direito.

No segundo capítulo, pretende-se seguir o fio condutor, esboçando alguns elementos da teoria dos sistemas indispensáveis à teorização de toda a tese, para logo em seguida enfrentar o tema da grande corrupção, apresentada como uma face da criminalidade moderna de que se discorreu no primeiro capítulo<sup>12</sup>. Neste ponto, far-se-á breve análise das origens históricas do fenômeno, inclusive as tentativas de justificá-la em sociedades mais culturalmente atrasadas para, posteriormente, relacioná-la com a teoria da escolha racional, ferramental epistêmico útil à avaliação de toda a criminalidade moderna/econômica. Parte-se da premissa de que a corrupção se revela como uma disfunção sistêmica significativa, entronizada nos Estados democráticos modernos, com origem nas suas relações com o mercado, e capaz de ensejar uma relevante adulteração de

---

<sup>12</sup> Estamos em pleno acordo com Virgolini quando, com foco especial na situação argentina, preleciona que na confusão entre economia legal e ilegal e “en la correlativa superposición y confusión entre el crimen económico o de cuello blanco y el crimen organizado, el recurso a la corrupción constituye una especie de técnica compartida, de *know how* comunitário”. Para o pesquisador argentino, tanto a criminalidade organizada em geral que pode envolver crimes de rua (assaltos, sequestros, tráfico) como a criminalidade moderna econômica tendem a valer-se do suborno a autoridades públicas para desenvolver atividades criminosas, e, na medida em que se eleva a importância social dos envolvidos também cresce a interferência da política no esquema de corrupção. Os respectivos negócios escusos prosperam por “el logro de favores, las complacencias o las protecciones de los poderes públicos” e os exemplos são variados: “el dictado de leyes favorables a cierto sector empresario, el otorgamiento de subsidios o de regímenes fiscales, aduaneros o de cualquier otra índole, el desfavorecimiento de sectores o de grupos em concurrenceia, la debilidad de la investigación y la lenidad en el juzgamiento de las infracciones, el énfasis puesto en políticas no estrictamente penales” foram os traços característicos da criminalidade de colarinho branco que resultaram em sua relativa imunidade aos processos de criminalização. VIRGOLINI, Júlio E. S. **Crímenes excelentes – delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008. p. 239-240. (Colección Tesis Doctoral).

seus propósitos teleológicos<sup>13</sup>.

Destarte, quando a corrupção administrativa é tão significativa que deixa de configurar atos excepcionais dentro do Estado para produzir um “Estado de corrupção”, somente instituições independentes podem conseguir resultados significativos no seu enfrentamento, razão por que na segunda parte do segundo capítulo abordar-se-á o Ministério Público, enfatizando aspectos de sua recente história institucional e suas decisões endógenas por reprimir a criminalidade moderna. Se em teoria dos sistemas, o sentido se expressa como uma coação em direção à mudança, o Ministério Público soube transformar o sentido de expressões como *interesse público e incapacidade da parte*, aos efeitos, de obter logros sistêmicos, avançando sobre espaços sociais pouco ou insuficientemente explorados por outros sistemas como a criminalidade moderna e econômica.

Mas não seriam suficientes instituições autônomas em relação ao poder político e econômico, sem que estivessem aparelhadas com instrumentos idôneos e modernos ao enfrentamento da criminalidade contemporânea. Eis o ponto por onde se iniciará o terceiro capítulo: a colaboração premiada e seus efeitos paradoxais. Por um lado, tem eficácia expansiva, na medida em que representa um instrumento legal e constitucional de observação das estruturas criminosas, viabilizando a atuação penal sobre estas. Por outro, na medida em que admite acordos com o colaborador, substituindo o processo tradicional em prol de soluções negociadas, ela evita ou contribui para evitar a saturação do sistema penal, pela aceleração das investigações e do processo.

Objetiva-se, pois, demonstrar que o Direito Penal deve atualizar-se, adotando mecanismos utilizados em plano internacional, para o enfrentamento mais eficiente da criminalidade organizada, mas, mesmo com a adesão de recursos como a colaboração premiada, não pode abrir mão da pena privativa de liberdade, sua nota

---

<sup>13</sup> É conveniente ter em conta que a corrupção que interessa a esta tese não é a conduta isolada de funcionários públicos ímprobos que pudesse ser socialmente generalizada, quando se paga alguma propina para se conseguir pequenos favores ou pequenos atos de prevaricação. Este pode até ser o contexto que forma um caldo cultural conveniente a níveis bem mais profundos do problema. Como alerta Virgolini, se admitirmos que todos somos capazes de atos corruptos, esta visão indiscriminada neutraliza todas as diferenças e onde tudo é objetivamente igual, exceto em sua quantidade, “el problema se reduce a una violación mayor o menor de las reglas del juego, pero su esencia y su significación quedan limitadas por este concepto estrecho. Y de esta manera la corrupción se convierte en una especie de campo empírico autónomo constituido por una suma inorgánica de comportamientos disfuncionales cuya presencia se manifiesta en cualquier recodo de la conducta humana”. VIRGOLINI, Júlío E. S. **Crímenes excelentes – delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008. p. 242. (Colección Tesis Doctoral).

distintiva em relação a outros ramos do Direito sancionador. A privação da liberdade é a pena que diferencia o Direito Penal e, a despeito de suas origens primitivas, tem bases éticas profundas, justificando-se por razões preventivas e retributivas. Se o crime é uma negação do sistema legal, a pena é a negação do crime e, portanto, o restabelecimento da fidelidade ao Direito. Em matéria de criminalidade moderna, em que o agente é motivado por razões econômicas, a pena privativa da liberdade é, de fato, a que ostenta maior eficácia contramotivacional, já que, no cálculo hipotético entre custos e benefícios, a liberdade, por incomensurável em sentido monetário, sempre surgirá como um valor cujo preço o agente não desejará pagar.

A sanção privativa de liberdade, a despeito de sua maior aflição, emerge como ponto de maior diferenciação funcional do sistema de justiça penal. Deste modo, far-se-á, no terceiro capítulo, uma incursão na história e filosofia da pena, seus propósitos e razões sociais no escopo de justificar sua aplicação à criminalidade moderna, ou sustentar modos punitivos alternativos para hipóteses de menor gravidade, evitando o estigma da pena prisional sempre que desnecessária.

O amálgama entre expansão do Direito Penal, corrupção política, criminalidade moderna, colaboração premiada e penas privativas da liberdade, perpassa todo o trabalho. A expansão pode ser identificada em todos os sentidos – criminalidade nuclear e criminalidade moderna – e se dá nos planos do processo e da pena. Por isso justifica-se o recurso ao Direito Penal premial que se deu, em primeira fase, pela adoção dos institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo e, agora, pelo recurso à colaboração premiada, como uma modalidade de *plea bargaining*, já se podendo vaticinar que outros mecanismos negociais serão admitidos no Direito Penal brasileiro.

Enfatizando a defesa da gênese democrática do Direito, que não deve ser “um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo”, mas que ao revés, se alimenta da “eticidade democrática” dos cidadãos e da cultura política liberal, Habermas conclui que “à luz dessa ideia de autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do Direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica”, de modo que as forças do livre arbítrio, do agir estratégico e da autorrealização, mesmo liberadas em sociedades democráticas, devem ser canalizadas mediante imposições normativas sobre as quais as pessoas têm que entender-se no uso público de suas liberdades

comunicativas<sup>14</sup>. É o que se propõe fazer neste trabalho: debater temas complexos que desafiam o sistema penal contemporâneo, dentre os quais, a expansão do Direito Penal, a pena prisional e a colaboração premiada em tema de criminalidade moderna.

---

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade II**. 2. ed. Tradutor Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 323-324.

## 2 CRIMINALIDADE ECONÔMICA E SOCIEDADE PÓS-MODERNA

No Rio Grande do Sul já se cultiva alguma tradição de enfrentamento judicial ao problema da corrupção, podendo citar-se como exemplo a responsabilização penal de prefeitos, por conta de um esforço intersistêmico exitoso do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Justiça<sup>15</sup>. Esta tradição já um tanto antiga, foi recentemente reafirmada pelos julgamentos, em segunda instância, no Tribunal Regional da 4ª Região, situado em Porto Alegre, dos processos relativos à Força Tarefa da Lavajato em Curitiba.

A despeito de alguns exemplos encomiásticos, a história do Direito Penal no Brasil vinha demonstrando lamentável ineficiência em matéria de criminalidade econômica ou talvez um atraso histórico em relação a nações socialmente mais avançadas com pertinência ao enfrentamento deste tipo de delinquência<sup>16</sup>. Todavia,

---

<sup>15</sup> A fim de contribuir para suprir a carência de estudos quantitativos que investiguem a sistemática de processamento e julgamento de autoridades políticas em âmbito municipal, o pesquisador Bruno Londero buscou avaliar quais são os fatores preditivos da condenação criminal de prefeitos municipais pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). O trabalho fez parte de sua dissertação de mestrado, realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFRGS.

Para a identificação desses fatores, o estudo empregou uma vasta base de dados composta a partir do exame de 1.716 processos julgados pela 4ª Câmara Criminal do TJRS entre os anos de 1992 e 2016. “A pesquisa não está tentando identificar a corrupção nos municípios, e sim, uma vez detectado o crime cometido por prefeito municipal após este ser denunciado, analisar como a justiça trata esse delito, como ela o processa, quanto tempo leva o julgamento e qual é a resposta que ela dá”, complementa.

Como resultados, a análise conclui que, entre as causas de condenação que mais se relacionavam em todos os casos, se encontram as variáveis relativas ao tempo de tramitação dos processos, ao seu número de volumes e à presença de auditorias do Tribunal de Contas do Estado como provas relatadas nas decisões. Isso sugere que o maior tempo de maturação e tramitação do processo (a média, nos casos de condenação, varia de 1 ano e 10 meses a 3 anos, dependendo do tipo de processo), a adequada instrução processual e a presença de elementos de prova técnica de qualidade incrementam as chances de condenação criminal dos prefeitos. A presença dessas três variáveis também está altamente correlacionada à maior severidade na aplicação de penas de reclusão ou detenção.

A pesquisa aponta ainda que a 4ª Câmara Criminal do TJRS atuou como instância originária em 1.495 dos processos compilados. Nas outras 221 ações, sua atuação se deu como instância recursal. Quanto às decisões de processos criminais contra prefeitos ou ex-prefeitos municipais entre os anos de 1992 e 2016, os dados da pesquisa apontam 315 condenações, 212 das quais em instância originária e 103 em instância recursal. Condenações perfazem 18,3% de todas as ações julgadas pelo TJRS.

Finalmente, as informações coletadas demonstram que em torno de 70% das ações penais trataram de crimes de corrupção política cometidos por prefeitos ou ex-prefeitos. Quanto às condenações, esse percentual sobe para 85%. Além disso, o estudo também mostra que crimes de corrupção política geram proporcionalmente mais condenações que os demais crimes. Eles têm percentual de 22% de condenações, enquanto a omissão de informações ao Ministério Público representa 7%, crimes ambientais, 10%, e os outros crimes, apenas 8%. CARRASCO, Jorge C. Pesquisa avalia os fatores preditivos da condenação criminal de prefeitos no RS: um dos objetivos do estudo foi aprofundar e discutir as mudanças legais e jurisprudenciais sobre o foro privilegiado no Brasil. **UFRGS Ciência**, Porto Alegre, 11 out. 2018. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/secom/ciencia/pesquisa-avalia-os-fatores-preditivos-da-condenacao-criminal-de-prefeitos-no-rs/>. Acesso em: 03 jun. 2019.

<sup>16</sup> Christian Gruenberg, com respeito a esta faceta específica da criminalidade econômica, que é a corrupção, assinala que “en la actualidad existe en el movimiento anticorrupción un consenso



certamente como confluência de fatores positivos, tais como a maturidade democrática, a liberdade de imprensa e de opinião, as manifestações populares e, especialmente, a legislação embasada na Constituição de 1988, o Brasil veio se deparando nos últimos anos com significativos logros no que concerne à repressão da criminalidade de classe alta.

Não seriam apenas os escândalos diariamente noticiados na imprensa, notadamente de corrupção, mas igualmente de outros crimes econômicos, revelados a partir dos novos instrumentos de observação, colocados ao dispor de instituições independentes e fortalecidas, a causa do incremento do Direito Penal moderno em nosso país. Se tal conclusão não fosse verdadeira, forçados estaríamos a concordar com todos quantos entreveem neste fenômeno nada mais que o emergir de um Direito Penal simbólico, constituída pela resposta apressada, irrefletida e de uma eficiência só latente, mas raramente manifesta, do legislador à contundência da opinião pública.

Tais escândalos que já levaram ao processamento criminal e até à prisão de altíssimos escalões da política brasileira e de grandes empresários não são a causa motora da Expansão do Direito Penal moderno no Brasil, mas antes sua consequência, havendo um inegável nexos causal entre tais resultados e inúmeros outros fatores que transcendem em muito as resistências impostas pela dogmática penal clássica e suas amarras hermenêuticas.

Tais fatores, sobre os quais se pretende realizar incursão, são melhor observáveis no plano da Criminologia e da Política criminal contemporânea, com relação às quais, o Direito Penal deve buscar uma necessária abertura cognitiva. O capitalismo avançado não deve desprezar os princípios do Estado social e este não sobrevive sem que se assegure, em todos os planos legislativos, a observância isonômica do primado da lei, inclusive da lei penal. Sustentar um Direito Penal forte contra os fracos, e fraco contra os fortes, é uma abominação em face dos princípios de Justiça e de isonomia que devem presidir o Estado de Direito. Assim se afirma para concluir que as reformas legislativas, as novas interpretações do Direito Penal e a

---

generalizado sobre los escasos logros en la reducción de la corrupción (Kaufmann, 2003; Michael, 2007; Mills, 2006), y sobre el hecho de que la corrupción persiste como uno de los principales obstáculos para las políticas contra la pobreza (TI, 2006; PNUD, 2007). GRUENBERG, Christian. Los derechos humanos como táctica anticorrupción: una reforma en la que todos ganan? (art.). In: ORSI, Omar Gabriel; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (comp.). **Transparência, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011. p. 19-20.

opção sistêmica por direcionar ações institucionais em face da criminalidade econômica, não são apenas respostas precipitadas à opinião pública, mas sim “um necessário e imperativo processo de modernização do Direito Penal, cujo objetivo é restaurar e preencher os espaços de impunidade surgidos com a sociedade de risco”<sup>17</sup>.

Como se verá nas páginas que seguem, a criminalidade política, resumidamente abarcada sob o rótulo genérico de corrupção<sup>18</sup>, é uma faceta de um conceito bem mais amplo de criminalidade moderna, econômica ou periférica, podendo-se afirmar que integra mesmo o conceito lato deste tipo de criminalidade, em oposição a um conceito restritivo, limitado à criminalidade econômica em sentido estrito<sup>19</sup>.

Inicia-se, pois, por uma abordagem geral sobre a evolução do Direito Penal nas sociedades democráticas contemporâneas, especialmente no Brasil: o desenvolvimento do Direito Penal moderno, econômico ou periférico desde seu núcleo histórico ou clássico e sua polêmica legitimação, elaborada especialmente a partir da crítica contra a modernização. Posteriormente, serão delineadas as propostas de diferenciação do Direito Penal moderno em relação ao nuclear ou clássico e a sustentação da legitimidade modernizadora deste subsistema jurídico, como fenômeno histórico, próprio da contemporaneidade.

## 2.1 O Direito Penal Clássico ou Nuclear e o Direito Penal Moderno, Econômico ou Periférico

Ao longo de sua história, impulsionado pelo incremento da complexidade no entorno social que impõe sempre maior complexidade interna<sup>20</sup> e, por corolário,

---

<sup>17</sup> NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland (art.). In: SOUZA, Artur Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília DF: ESMPU, 2011. p. 45.

<sup>18</sup> Porque apenas de corrupção *stricto sensu* não se cuida, já que sob tal ampla definição, encontram-se os crimes de corrupção ativa e passiva, peculato, fraudes em licitações e crimes específicos da função de prefeito, sem contar delitos de menor ou médio potencial ofensivo, como prevaricação, advocacia administrativa, exploração de prestígio.

<sup>19</sup> Artur de Brito Gueiros Souza, com base na doutrina europeia, especialmente Tiedemann, Bajo Fernandes, Bajo e Bacigalupo, lembra que o Direito Penal econômico segue a disjuntiva *ampla e estrita*, adequada à explicitação dogmática deste conceito. Assim, Direito Penal econômico em sentido estrito seria aquele direcionado a reforçar o Direito administrativo econômico quanto à sua tarefa de intervenção do Estado na Economia, ao passo que, o conceito amplo, relaciona-se à regulação jurídico-penal de toda a cadeia de produção, industrialização, comercialização e consumo de bens ou serviços. Da Criminologia e da Política Criminal: Direito Penal econômico e o novo Direito Penal (art.). SOUZA, Artur Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília, DF: ESMPU, 2011. p. 120.

<sup>20</sup> A complexidade de uma unidade indica que nem todos os elementos desta unidade podem estar em relação com eles mesmos ao mesmo tempo. Desta forma, à medida que a complexidade interna de um

novas diferenciações<sup>21</sup>, o Direito especializou-se em subsistemas diversos, a principiar pela clássica dicotomia público-privado e, posteriormente, em novas subdivisões internas, nas quais elementos de diferenciação demarcam fronteiras de sentido<sup>22</sup> e de autorreferência, tais como, a aplicação jurisdicional ou administrativa, a menor ou menor intervenção estatal em atividades privadas, as consequências jurídicas da ilicitude.

---

sistema está em crescimento, incrementar-se-á a pressão seletiva do sistema como meio para atualizar as relações possíveis e necessárias entre os elementos internos do sistema. O fundamento da definição de complexidade está na distinção entre elemento e relação, pois com o aumento da complexidade cresce também a pressão seletiva, impondo uma relacionabilidade seletiva, diferente de uma relacionabilidade completa entre os elementos de sistemas mais simples. Embora a complexidade possa ser observada tanto dentro do sistema como em seu entorno, apenas a complexidade interna do sistema é complexidade organizada e na medida em que maior esta complexidade interna – pelo aumento dos elementos –, a organização vai depender de maiores níveis de competência seletiva. Por consectário, quando no sistema os elementos se tornam muito numerosos, o número de relações resulta tão elevado que já não está sujeito ao controle imediato do sistema, já que nem tudo no sistema pode atualizar-se e relacionar-se simultaneamente, abrindo espaço para relações posteriores e não simultâneas. A seleção constitui a dinâmica temporal da complexidade, pois é necessário tempo para atualizarem-se as relações que não são atualizáveis simultaneamente. Todavia, a complexidade de um sistema depende também da complexidade do seu entorno, constituído por outros sistemas ou pelo mundo, que é a unidade da diferença entre os sistemas e seus entornos. Os sistemas observam a diferença entre si e seu ambiente, desde seus próprios pontos de vista, constituídos de diferentes sentidos e embora a complexidade do entorno seja autônoma e sempre maior em relação ao sistema, este só pode captá-la a partir de observações internas que delimitam o âmbito do possível em seu interior. **COMPLEJIDAD. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Tradução do italiano ao espanhol de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996. p. 43-44.

<sup>21</sup> O conceito de complexidade deve ser distinto daquele de diferenciação. Esta é definida com base na distinção sistema/entorno e não com base na de elemento/relação. Assim, “o aumento da complexidade não significa aumento de diferenciação: enquanto a complexidade varia de modo contínuo, a diferenciação varia de modo descontínuo (em um sistema, por exemplo, muda a forma da diferenciação)”. Esta distinção entre complexidade e diferenciação, paradoxalmente viabiliza uma conexão entre os mesmos conceitos: “O incremento da complexidade, ou das relações entre elementos, traz consigo vínculos de expansão do sistema: nenhum sistema pode sustentar um aumento arbitrário e indeterminado de sua complexidade”. A solução será demarcar limites internos ao sistema, que darão forma a novos sistemas parciais cada vez mais especializados. Os incrementos de complexidade podem destarte estimular transformações na forma da diferenciação do sistema. *Ibid.*, p. 45.

<sup>22</sup> O sentido (*sinn*) com seus dois lados – realidade e possibilidade ou atualidade e potencialidade – é o meio que permite dar forma à autorreferência e, portanto a toda diferencia sistema/entorno. Ou seja, o sentido dá forma à operação dos sistemas sociais, já que a comunicação se dá com base no sentido, que limita o tema da comunicação, sobre um horizonte potencial. Como a comunicação não pode estar fechada em si mesma ou em sua possibilidade atual, ela se constitui com referência a outras possibilidades ulteriores que são seu pano de fundo. O sentido assim se põe como um *medium* para a operação dos sistemas sociais, pois o mundo só pode ser observável a partir de sentidos que são peculiares ao sistema que observa. O mundo é a totalidade de referência de sentidos que se diferencia em cada sistema. (SENTIDO. *In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.* Tradução do italiano ao espanhol de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996. p. 148-150). Isto poderia ser exemplificado em um debate bem atual: uma informação do COAF no sistema de justiça tem um sentido atual diferente daquele que a informação pode suscitar no sistema tributário.

Em sede de Direito Penal, especificamente, a diferenciação está delineada pela sua imposição jurisdicional (e não administrativa) e pela consequência jurídica da pena privativa da liberdade, ainda que, tocante a esta, cada vez mais, se admitam acordos punitivos em matéria penal, os quais limitam a atuação jurisdicional, ou ainda se determine legalmente a aplicação de penas restritivas de direito em substituição à privativa de liberdade, a qual remanesce apenas, na maioria dos casos, como uma ameaça em maior ou menor distância.

Em Direito Penal há ainda classificações internas de crimes quanto ao elemento anímico da conduta, sua realização concreta como dano ou geração de perigo, incremento do risco etc. Outras classificações, que estão bem delimitadas no próprio ordenamento, pertinem ao bem jurídico salvaguardado, razão por que os títulos da parte geral se referem a crimes contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial etc., subdividindo-se ainda em capítulos que melhor especificam o bem jurídico tutelado.

A estas classificações doutrinárias e normativas, ademais, acresce-se outra mais recente e problemática, situada na base de uma crise atual deste sistema especializado, demandando análises na Criminologia e na Política criminal e que perpassa o objeto desta tese. Trata-se da suposta contraposição entre Direito Penal clássico e Direito Penal moderno que guarda simetria, mais ou menos adequada, com outras denominações dicotômicas: Direito Penal nuclear e periférico, Direito Penal de massa e Direito Penal econômico; Direito Penal dos *powerless* e Direito Penal dos *powerfull*.

Direito Penal moderno ainda se distingue de Direito moderno, porquanto este representa um conceito distintivo do Direito pré-moderno ou mais acentuadamente absolutista, fazendo referência, com precisão, ao modelo jurídico derivado, em seus traços fundamentais, das *invenções* políticas e jurídicas formais do movimento da Ilustração de fins do Século XVIII e princípios do XIX. Em geral, o Direito da Ilustração mereceu, sem dúvida, a qualificação de Direito “moderno”, como um fruto da Modernidade iluminista, na medida em que implicou uma ruptura com o Direito do *Anciène Régime*, da Monarquia absoluta em todos os seus aspectos substanciais, enfatizando uma emergente, revolucionária e “desencantada” legitimidade, não mais embasada nos privilégios estamentais, no Direito natural ou canônico, mas em

princípios racionais, de forma e conteúdo, que presidem a produção da lei e da sentença e que remanescem até hoje em sua plena força e pujança<sup>23</sup>.

Já, ao menos nos limites deste trabalho, o conceito de Direito Penal moderno, que até poderia ser denominado “pós-moderno”, representa o Direito Penal das sociedades capitalistas pós-industriais em que se acentua a crise de legitimidade por seu apontado distanciamento dos cânones Iluministas. Assim, o conceito de Direito Penal moderno será utilizado como distinção com o de Direito Penal edificado sob a influência do Iluminismo, notadamente as ideias clássicas de fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima, consumação típica com o advento do dano, e concretude ou afetação individual do bem jurídico tutelado.

É, pois, necessário, já de início fixar esta diferenciação entre o Direito pré-moderno, emergente em um interstício histórico entre o Medieval e a Ilustração, como conseqüência de um modelo econômico, o Mercantilismo, que rompia com o Feudalismo medieval e sua face política, o Absolutismo, caracterizado pela reconcentração de poder em torno do Rei. Assim, como a Ilustração revolucionou a política, economia, cultura, também o Direito foi significativamente atingido pelas fraturas epocais dela defluentes.

O processo penal absolutista fora possivelmente o mais severo e atroz da história ocidental moderna. Acerca dele vale alçar a lição de Michel Foucault, ao explicar que o suplício, então largamente utilizado, “não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei”, mas a uma técnica bem desenvolvida, destinada a produzir uma precisa quantidade de sofrimento que “se possa, se não medir

---

<sup>23</sup> GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 38. Para o catedrático de Zaragoza, “lo ‘moderno’ evoca ‘ruptura’ con el pasado. [...] La modernidad es la ruptura con el mundo feudal. Su constitución, empero, no fue un hecho instantáneo, sino un largo proceso histórico en que los diferentes aspectos y dimensiones de la civilización occidental (eurocéntrica) — y siguiendo cada uno sus propios ritmos y vicisitudes — se fueron liberando poco a poco de sus ropajes feudales. En el plano de las ideas, por ejemplo, la modernización sólo puede considerarse constituida tras el acoplamiento de los movimientos del Renacimiento y de la Ilustración”. A denominação “Direito Penal moderno” remete ao modelo penal derivado, em finais do Século XVIII a princípios do XIX, das ideias políticas e jurídicas da Ilustração. O Direito Penal ilustrado foi “moderno” porque decorreu de uma *ruptura* com o Direito Penal do *Anciène Régime* em todos seus aspectos fundamentais, dentre os quais, a secularização do Estado e, ademais, facilitou superar o conceito de crime como pecado para a de crime como fato socialmente danoso. Atualmente, o Direito Penal “moderno”, já não é mais moderno, sendo mais adequado nominá-lo Direito Penal clássico. MARTIN, Luis Gracia. La modernización del derecho penal como exigencia del postulado del Estado de Derecho (social y democrático) (*art.*). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 3, 3ª Época, p. 28-29, 2010. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5020>. Acesso em: 04 jun. 2019.

exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar”. A morte, mesmo pode ser hierarquizada entre uma morte rápida e “benevolente” até a morte suplício, como “a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*”. O suplício consiste na “arte quantitativa do sofrimento” correlacionado em qualidade, intensidade e duração com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social da vítima<sup>24</sup>.

E o suplício, esta técnica de infligção de sofrimento, era no Absolutismo legalmente admitido seja na fase processual, como meio de interrogatório, seja na fase executiva, como pena a ser cumprida. A ampla publicidade das execuções contrastava com o sigilo de processos inquisitivos, sem contraditório e sem garantias de defesa. Mas é preciso entender tais mecanismos não como “simples consequências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder”, a identificar, entre o campo do jurídico e o das demais ciências sociais, uma matriz comum, e se ambos não se originam de um processo de formação “epistemológico jurídico”<sup>25</sup>. Nesse sentido, cada momento histórico revela um sistema penal que reflete sua própria identidade político e econômica, o que impõe a conclusão de que o sistema penal absolutista era inconciliável com o Iluminismo e, em efeito:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas — condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade — são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas — ‘cena repugnante’, dizia Real; ela é finalmente abolida em abril de 1848.

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 27. ed. São Paulo: Vozes, 1987. p. 36-37.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 27.

Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um 'fecho' ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração.<sup>26</sup>

Voltaire, em suas acerbias críticas ao Direito Penal absolutista, aludia a outro autor seu coetâneo a quem homenageia como “um dos mais célebres professores de jurisprudência da Europa”<sup>27</sup>. Tratava-se de Beccaria que, partindo de Rousseau e seus discursos sobre o *contrato social* e contra a desigualdade entre os homens, se transformou, pela qualidade de sua retórica, em um dos melhores detratores do Direito Penal do seu tempo e sua técnica do suplício como meio de interrogatório e de castigo.

Beccaria representa precisamente o pensamento iluminista no Direito penal, carregado de matizes racionalistas, que presidem até hoje a dogmática penal. O racionalismo da Ilustração se inspira na ideia de que “o progresso técnico continha o progresso moral e isso repercutiria contra a dureza dos castigos do Antigo Regime que devia ser abandonada de acordo com um novo projeto penal que não só seria favorável aos indivíduos e às suas liberdades, mas também às sociedades e ao seu governo eficiente”<sup>28</sup>. De suas valorosas reflexões extraem-se princípios hoje consagrados em textos constitucionais, como o da presunção da inocência e da

---

<sup>26</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 27. ed. São Paulo: Vozes, 1987. p. 12-13.

<sup>27</sup> VOLTAIRE. **O preço da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 4.

<sup>28</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 160. Assim, situa-se Beccaria como o primeiro sistematizador do Direito Penal moderno. Milanês, nascido em 15 de março de 1738, seu principal livro, que sintetiza o núcleo de seu pensamento jurídico, *Dos Delitos e Das Penas*, foi publicado em 1764, e constitui um conjunto circunspecto de reflexões sobre o Direito Penal em uma época de grandes mudanças no contexto cultural da Europa, em que emerge a consciência de que a maior parte da criminalidade resulta da desproporção econômica entre as classes e que o sistema judicativo opera para dar uma aparência de normalidade à assimétrica divisão da riqueza. Cuida-se do limiar da crítica a um sistema de Justiça que opera para manter o *status quo* já em declínio e, neste propósito, todos os recursos são admissíveis. Beccaria, de origem geográfica bem próxima, é o grande opositor de Maquiavel, este o patrono intelectual do Absolutismo.

proibição da prova ilícita. Referindo-se especificamente à prova obtida mediante tortura:

Um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que confere ao juiz o poder de aplicar uma pena a um cidadão, enquanto perdure a dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou é incerto; se é certo, não lhe convém outra pena que não a estabelecida nas leis, e são inúteis os tormentos, pois é inútil a confissão do réu<sup>29</sup>.

Além de opor-se à prática da tortura durante a instrução penal, Beccaria opôs-se às penas cruéis, então largamente empregadas. Ao seu tempo, geralmente a pena de morte era precedida de suplícios cruéis, e o jusfilósofo iluminista sustentou que mais importante do que penas extremamente dolorosas, mas instantâneas, eram penas cujo sofrimento não fosse tão intenso, mas duradouro<sup>30</sup>. Assim, a prisão perpétua seria um castigo bem mais eficaz que a pena de morte. Além disso, sustentava que, para dissuadir o criminoso de praticar o crime, mais importante que a gravidade da pena, era a certeza e a celeridade da punição<sup>31</sup>.

Não se poderia aqui detalhar melhor o pensamento de diversos autores que, na Europa Iluminista, desenvolveram certos princípios com relação ao Direito Penal, posteriormente agrupados sob o nome comum de Escola clássica. O elemento comum destes autores foi o método dedutivo, lógico e racionalista destinado a buscar em um Direito ideal racional a única verdade sobre a qual a lei penal poderia inspirar-se.

Seguindo os passos de Beccaria e convicto de que seria possível encontrar uma base racional e, ao mesmo tempo natural, para o Direito Penal, Carrara sustentou o crime como um ente jurídico e não como um ente de fato<sup>32</sup>, donde se

<sup>29</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 69.

<sup>30</sup> Beccaria se opôs ao caráter retributivo da pena, sustentando suas exclusivas finalidades de prevenção geral e especial: “é, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa no corpo dos réus”. *Ibid.*, p. 62.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>32</sup> Escreveu Carrara: “Toda a imensa trama de regras que, ao definir a suprema razão de *proibir, reprimir e julgar* as ações dos homens, circunscreve, dentro de limites devidos, o poder legislativo e judicial, deve (no meu modo de entender) remontar como à raiz mestra da árvore, a uma verdade fundamental: *que o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico* [...] porque sua essência deve consistir, indeclinavelmente, na violação de um direito”. CARRARA, Francesco *apud* BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: REVAN, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 36.



conclui não se poder diferenciar, por razões sociológicas, psicológicas ou antropológicas, o homem criminoso do não criminoso, de sorte que ninguém, por alguma dessas razões, está *predestinado* a ser um criminoso<sup>33</sup>. A razão moral que justifica a punição dos crimes é antagônica ao *predeterminismo*, pois que se situa no *livre-arbítrio*, no poder que cada um tem de decidir entre praticar ou não praticar um crime, eis o *ethos* legitimante do Direito Penal para a Escola clássica<sup>34</sup>.

Esta principiologia tipicamente iluminista, por advogar uma racional rejeição ao Direito Penal absolutista, remanesce até nossos dias em um movimento epistemológico genericamente denominado na academia por Escola de Frankfurt como se verá na próxima subseção.

### 2.1.1 A Defesa do Direito Penal da Ilustração na Escola de Frankfurt. O direito penal clássico e a proteção dos direitos individuais. A tensão em face da proteção penal dos direitos sociais, emergentes nas novas gerações de direitos supraindividuais

Para um setor doutrinário relevantíssimo, denominado Escola de Frankfurt, apenas os qualificativos emanados das Luzes, que deram origem à Escola clássica legitimam o Direito Penal, apontando, destarte, para “a existência de uma crise do Direito Penal hodierno, como expressão negativa de degradação da sua natureza e das suas funções originárias, as quais remontam ao racionalismo Iluminista e liberal”. Endereçam, por conseguinte, diatribes à intervenção penal em domínios como a proteção do meio ambiente, do consumidor, patrimônio genético, que caracterizam como Direito Penal “do risco”, conseqüente à Sociedade “de risco”, que

---

<sup>33</sup> Anota Puig que: “Como es sabido, Carrara consideró uno de los pilares básicos de su contribución rechazar la equiparación del concepto real-social y el concepto jurídico de delito. Sólo este último, que entendió desprovisto de existencia empírica, como un puro ente ideal, había de constituir objeto de atención por parte de la ciencia penal”. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: IBdF, 2003. p. 158.

<sup>34</sup> Baseado em um método abstrato e racionalista, pretendia-se garantir ao cidadão que sempre seria tratado com igualdade perante a lei, “pues reputaba a todo aquel que no fuese total o parcialmente inimputable *igualmente* capaz de culpabilidad y, salvo que actuase en alguna situación excepcional descrita por La ley – así, miedo insuperable –, igualmente culpable. Esta equiparación arrancaba del postulado – fundamental en el clasicismo – del libre albedrío: en principio, todo hombre sano era, por encima de las circunstancias que diferencian a unos de otros, *igualmente libre*. *Ibid.*, p. 158.

se vale do sistema punitivo como instrumento político de combate aos novos perigos tecnológicos<sup>35</sup>.

No âmbito deste modelo exclusivamente liberal-iluminista-garantista, o Direito Penal deve ficar restrito à criminalidade clássica-nuclear-centrossistêmica, especialmente, aquela operada com violência ou grave ameaça ao indivíduo ou seus interesses mais pessoais e concretos, não produzindo efeitos em face da criminalidade moderna-econômica, situada na periferia do sistema penal ou nas fronteiras de expansão próprias das sociedades pós-industriais ou pós-modernas, e, portanto, toda expansão legislativa nesta direção seria mero Direito Penal simbólico, sem eficácia concreta, produzida ao sabor de pressões midiáticas oportunistas e fadada a se transformar em ornamentos legais<sup>36</sup>.

Para Hassemer, com Direito Penal *moderno* busca-se caracterizar um modelo que: a) se distancia dos conceitos metafísicos, inspiradores da dogmática garantista clássica, adotando uma metodologia empírica, especialmente aquela destinada à “orientação pelas consequências”; b) predominam concepções preventivas da pena sobre as retributivas; c) se busca vincular o legislador a princípios constitucionais ou supraconstitucionais como o da proteção de bens jurídicos<sup>37</sup>.

Por moderno ainda se aponta a concepção de um Direito Penal para o *enfrentamento* da criminalidade econômica, transnacional e globalizada, em cujo seio ocorrem fenômenos de flexibilização das regras de imputação e das categorias dogmáticas, assim como relativização dos princípios de garantia individual. Em seu marco prevalece o objetivo de proteção do bem jurídico, ainda que com algum prejuízo das garantias individuais, abonando a inclinação expansiva do Direito Penal<sup>38</sup>.

Hassemer resume três teses relativas ao conflito entre o Direito Penal clássico (de matiz liberal) e o Direito Penal moderno:

---

<sup>35</sup> DIAS, Augusto Silva. “**Delicto in se**” e “**delicta mere prohibita**”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 215.

<sup>36</sup> Sustentando a incapacidade do Direito Penal clássico para as demandas da sociedade pós-moderna e os novos conflitos emergentes da criminalidade econômica, Hassemer adverte que, “pressionado para apresentar resultados que melhorem a prevenção, o legislador penal acaba buscando alívio de seu fardo de duas maneiras: pelos tipos de perigo abstrato e pelo direito penal simbólico”. HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 227-228.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 244-245.

<sup>38</sup> Neste sentido, SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

- (1) O Direito Penal 'clássico' possui um núcleo ideal integrado pelas tradições iluministas do Estado de Direito, consubstanciadas na subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, assim como o crime de dano como forma usual de conduta delituosa.
- (2) Desse núcleo ideal, o Direito Penal moderno se distancia com velocidade crescente.
- (3) Este desenvolvimento atrai para o Direito Penal problemas específicos.<sup>39</sup>

Este distanciamento estaria, segundo o autor, consubstanciado no abuso de tipos penais de perigo abstrato, delitos formais e de mera conduta que, a despeito de também serem contemplados no Direito Penal clássico, lá constituíam exceção. Em tais casos, não há necessidade da ocorrência do dano, mas da mera situação de perigo para o bem jurídico, em outros casos, a simples conduta, sem a necessidade de se perquirirem os fins do agente já consoma o delito e conclui, acertadamente, que “quanto menores forem as pré-condições para a sanção, tanto menores serão as possibilidades de defesa”, de modo que as garantias individuais de defesa são drasticamente reduzidas em grande parte dos casos de criminalidade moderna<sup>40</sup>.

Ademais, o distanciamento aludido se situa primordialmente na parte especial dos Códigos Penais, na legislação extravagante e, no âmbito processual, no que diz respeito aos meios de investigação e quase em nada influi na parte geral do Direito Penal ou na execução das penas. Nesse último campo, Hassemer fazia referência, já em 1993, aos então novos meios de investigação introduzidos na Alemanha como os métodos técnicos audiovisuais, que permitiriam a captação de sons e imagens de pessoas suspeitas através de câmeras ou gravadores durante muitas semanas; a utilização de dados informatizados, por cujo instrumental investigatório, a polícia poderia ter acesso a dados de milhares de cidadãos para localizar ou identificar uns poucos suspeitos; o uso de agentes disfarçados; a invasão de privacidade de terceiros ou os recursos transacionais em matéria penal<sup>41</sup>.

Além da já citada redução das garantias do acusado, concretizada especialmente na ampliação das tipificações penais de crimes de perigo abstrato e correlata redução das possibilidades de defesa ou da mencionada invasão de

---

<sup>39</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 246.

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal (Resumo elaborado por Cezar Roberto Bittencourt, sem revisão do autor, da Conferência realizada no IBCCrim, em 17/11/1993). In: HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 90.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 91-93.

privacidade nos novos meios de apuração de ilícito, outros “problemas específicos”, já então vaticinados por Hassemer, seriam o “déficit de execução”, ou seja, a conclusão de que estas novas tipificações legais endereçadas à moderna criminalidade econômica não seriam efetivas, resultando em mero “Direito Penal simbólico”, pois a principiologia do Direito Penal clássico, concretizada em dogmas como o *in dubio pro reo*, a presunção de inocência e a individualização da pena lhes obstaculizariam qualquer efetividade<sup>42</sup>.

Nesta trilha lógica, a Escola de Frankfurt irá preconizar a regressão do Direito Penal ao paradigma clássico iniciado em Beccaria, caracterizado pelo fundamento contratualista do Direito Penal, eleição de bens jurídicos individuais como objeto de tutela penal, intervenção mínima subsidiária e fragmentária e proporcionalidade das penas; categorias sólidas e definidas que, na clássica lição de Franz Von Liszt, erguem uma “barreira intransponível à política criminal”. A “pedra de toque” do Direito Penal clássico é a tutela de bens jurídicos individuais, próprias do Estado liberal, como a vida, a integridade física, as liberdades individuais, a honra e o patrimônio.

Daí ser mais preciso denominar o Direito Penal clássico de Direito Penal liberal, expressão que “evoca imediatamente o contexto sociopolítico no qual se deram as condições que possibilitaram aquele modelo penal e não outro distinto”, advertindo ao intérprete que

[...] sua adequação e validade estão condicionadas pela subsistência do modelo de sociedade que o sustenta, e, por isso, que aquelas serão consideradas superadas na medida em que se transforme o modelo social, e precisamente porque, em primeiro lugar, como defendeu o próprio discurso da ilustração, a tarefa do Direito Penal é a proteção das condições básicas de subsistência da sociedade<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal (Resumo elaborado por Cezar Roberto Bittencourt, sem revisão do autor, da Conferência realizada no IBCCrim, em 17/11/1993). In: HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 93-95.

<sup>43</sup> GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 42. Carvalho, crítico veemente do Direito Penal moderno, preleciona que “a matriz das ciências criminais, fundamentalmente do direito penal e processual penal, forjou estrutura arquitetonicamente fechada que projetou o modelo político-criminal de intervenção mínima, subsidiária”, no interior do qual competia ao controle penal tutelar valores imprescindíveis à convivência pacífica – vida, liberdade, honra, propriedade e integridade física – “estabelecendo modelo de administração dos conflitos individuais e controle das violências públicas”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178-179.

E segue-se, desde uma perspectiva histórica, que a maior parte ou a parte essencial dessas condições de subsistência social não se constituem em material de validade atemporal, mas sim *a priori* históricos, constituintes de *determinado* modelo histórico. Assim, o Direito Penal iluminista é manifestação jurídico-penal própria de uma doutrina político-econômica – o liberalismo e o Estado liberal – que seleciona certos bens jurídicos para a tutela penal – a liberdade e a propriedade individual – excluindo outros bens como não passíveis desta dignidade<sup>44</sup>.

Entretanto, não há como negar que o “Direito e o *político* estão relacionados coma a forma de sociedade em que vivemos [...] com os princípios geradores que permitem a autocriação histórica de uma sociedade”. A política se concretiza no Estado, mediante a interação entre governos, partidos, grupos de pressão e sindicatos, mas também o Direito, como um sistema, “pertence à sociedade e a realiza”. Em sua dimensão significativa e temporal, o Direito facilita a tomada de decisões inovadoras, com efeitos contrafáticos, por desafiar estruturas sociais imobilizadoras, normalmente sustentadas na dogmática tradicional, com sua tendência a um controle apriorístico das decisões e, por consequência, do tempo<sup>45</sup>.

A ciência política e a doutrina do Direito Constitucional, entretanto, são convergentes em relacionar os três modelos do Estado de Direito – Estado liberal, social e Democrático de Direito – com as três gerações de direitos concebidas por Marshall<sup>46</sup> e Bobbio<sup>47</sup>. Sabe-se que o Estado liberal burguês esforçou-se por garantir as liberdades pessoais de primeira geração, como a de locomoção, opinião, religião etc. O Estado social de Direito ou Estado do bem-estar social laborou para implementar a segunda geração dos direitos fundamentais, relacionada às conquistas sociais coletivas de trabalhadores, estudantes, aposentados etc., assinalando a tendência para a especialização dos direitos humanos, relacionados

---

<sup>44</sup> GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 43.

<sup>45</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11-2. O autor ainda lembra que uma compreensão atemporal do Direito foi sustentada na Idade Média “porque não havia possibilidade de novos simbolismos sociais”, prevalecendo o pensamento jusnaturalista que “postula a existência de valores absolutos e verdades ‘a priori’”. Todavia, na modernidade, assim entendida como a sociedade que decorre das grandes revoluções dos Séc. XVIII e XIX, separam-se as esferas de poder formal e informal – direito, religião, moral – implicando a necessidade “legitimação constante de suas áreas de atuação”. *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>46</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e “status”**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 09.

ao homem já não no universal, e sim em suas categorias específicas como trabalhadores, mulheres, minorias étnicas etc. Ademais, a implementação dos interesses relativos a esta segunda dimensão requer uma ação positiva do Estado para a aplicação destas novas categorias deônticas, e, portanto são denominados direitos prestacionais, exigindo a destinação de parcelas orçamentárias da arrecadação pública para o equilíbrio de distorções no mercado e na vida social, como o desemprego, a miséria, o trabalho infantil, a seguridade social. O Estado é desafiado a abandonar o papel de “garante passivo do ‘livre jogo de forças’ econômico e a assumir um papel intervencionista, quer regulando juridicamente este jogo, quer reparando e integrando as consequências do mesmo no tecido social”. Eis o primeiro impulso juridificador da atividade econômica,

Tal impulso vem provocar uma alteração do modo de ser do Direito, que se torna instrumento de reforma e de correção de assimetrias econômico-sociais, ganhando em volume e complexidade o que vai perdendo em estabilidade e coerência. Com efeito, à medida que vai quebrando a rigidez, a sistematicidade e a formalidade racionalistas, a matéria jurídica vai adquirindo, em seu lugar, flexibilidade, assistemática e materialidade. Flexibilidade para melhor se adaptar à matéria regulada, vaga e mutável por definição; assistemática, porque, tendo a intervenção jurídica um sentido positivo, regulador, ela não só não obedece aos padrões de racionalidade como não se compadece com a pretensão de perenização dos Códigos clássicos; materialidade, porque como Weber notou, o Direito tende a ser usado como meio através do qual o Estado realiza finalidades de condução e estabilização social<sup>48</sup>.

Pode-se, pois, asseverar que o Estado social foi uma gigantesca máquina de redistribuição dos lucros sociais, com o propósito de uma progressiva igualização da sociedade, exprimindo um elo social traduzível na mutualização dos riscos e na generalização da segurança social. Nele a providência divina do Medievo é substituída pela providência estatal, que abandona a neutralidade do Estado liberal, em um movimento dentro do qual “são consagrados os principais direitos econômicos, sociais e culturais, que supostamente garantem a ‘dignidade’ da existência de cada um, ao passo que são relativizados os direitos de propriedade, bem como as liberdades ‘liberais’ de comércio e indústria”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> DIAS, Augusto Silva. “**Delicto in se**” e “**delicta mere prohibita**”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 220.

<sup>49</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?]. p. 12-13 e 338.

Se no Estado liberal vigorava uma proposta absenteísta para o Direito Penal, traduzida nos princípios de *ultima ratio*, subsidiariedade e fragmentariedade, com sua gradual transmutação em Estado social, tal perspectiva vai sendo substituída por uma crescente proposta intervencionista, destinada a garantir as promessas de segurança social do *welfare state*. Especializam-se ramos do Direito – do trabalho, econômico, consumidor, sanitário etc. – trazendo crescentemente empresas e corporações à cena jurídica, como bem o percebeu Sutherland. Salo de Carvalho, com propriedade, conclui que a “autonomia dos novos campos do direito ocorre pela necessidade de tutela de valores sociais (bens jurídicos), sobretudo interesses coletivos, que se estruturam de forma diversa daquela dos direitos individuais previstos na matriz do direito da Ilustração”<sup>50</sup>.

Finalmente, o Estado Democrático (e social) de Direito vem assegurar os direitos humanos de terceira dimensão, os quais, por difusos, são direitos relativos à humanidade (direitos *humani generis*) e à melhoria de sua qualidade de vida, estando fortemente relacionados às ideias de solidariedade e fraternidade, como os direitos dos mais vulneráveis, ou até mesmo os interesses transcendentais à espécie humana como o direito a um ambiente equilibrado, à informação, à proteção adequada do patrimônio genético, histórico, cultural, científico. Constituem aspirações, por exemplo, derivadas de mudanças tecnológicas e suas consequências no planeta e na humanidade.

O Estado, que se caracterizou como organização primária na Antiguidade e no Medievo, agora deve se transformar em uma tecnologia de equilíbrio político-social, um sistema jurídico crescentemente complexo, para atender demandas novas e cada vez mais elaboradas. Ele que foi um fim em si mesmo no passado, se converte atualmente em um meio para a realização das metas fixadas nas constituições e leis<sup>51</sup>.

Esta ampliação das funções do Estado, desde um modelo absenteísta até o modelo intervencionista atual parece fora de questão. Ainda que se verifique na atualidade certo revigoramento de propostas de Estado liberal, isto reflete apenas

---

<sup>50</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

<sup>51</sup> Para ilustrar bem esta metamorfose, Ost identifica o Estado moderno como Estado protetor e, se no século XIX, esta proteção assume uma forma minimalista de mera garantia de sobrevivência, relegando à esfera privada a gestão das condições materiais de existência, no séc. XX, as missões do Estado alargam-se, “na medida em que ele toma a seu cargo, para além da simples sobrevivência, a garantia de certa qualidade de vida: fala-se então de Estado providência ou de Estado social. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?]. p. 336.

uma tendência momentânea, talvez um modismo, mas não se vê como, nas democracias ocidentais, se logre um retorno *in totum* ao modelo liberal-burguês, ante a tradição já consolidada em textos constitucionais, como é o caso do Brasil, em que os direitos sociais estão constitucionalizados, até mesmo aqueles de terceira geração, relacionados à qualidade de vida do gênero humano.

Por sua vez, o Direito, como derivação legítima do Estado, não está imune à evolução paradigmática do próprio Estado, consoante precisamente apontado por Streck e Feldens:

A revolução copernicana por que passaram o Estado e o Direito, não temos dúvida em afirmar, permeia o Direito Penal, cujas baterias, sintonizadas ao fenômeno de incorporação constitucional de direitos coletivos e sociais, devem agora se direcionar para a *proteção de bens jurídicos de índole transindividual*. Dizendo de outro modo, deve o Estado, paralelamente à atividade que tradicionalmente vem desempenhar em face de condutas que atentam diretamente contra a vida e a dignidade humana, *priorizar o combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República*, inscrevendo-se nesse rol, dentre outros, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro nacional, a corrupção, a lavagem de dinheiro e os delitos contra o meio ambiente.<sup>52</sup>

No marco do Estado Democrático de Direito, é função do poder público proteger os interesses sociais, especialmente os direitos sociais, das classes mais vulneráveis. Mas Direito Penal mínimo em um Estado mínimo constitui uma *contradictio in terminis*. A insegurança em relação à percepção dos benefícios garantidos pelo Estado Democrático de Direito instrumentaliza o Direito Penal para sua proteção. O Estado-polícia se transforma no Estado-providência e se lança mão da legislação penal para a proteção de direitos sociais. Um Direito Penal mínimo só seria viável em um Estado mínimo<sup>53</sup>.

Esta tensão entre o que se idealizou para o Direito Penal e o que hoje se lhe demanda, enaltece o reconhecimento de que, assim como o Estado já transcende o marco do mínimo liberal, o Direito Penal (e todo o direito, inclusive o constitucional) igualmente não está “imune” à evolução sistêmica do Estado, cumprindo-lhe agregar esforços para concretização de seu *telos*, que sofre uma ressignificação social no marco dos novos programas constitucionais das modernas democracias ocidentais,

---

<sup>52</sup> STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 5.

<sup>53</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.



dentre as quais, a democracia constitucional brasileira. A esta evolução de sentidos pode-se atribuir, ao menos para fins de melhor compreensão do tema, uma diferenciação interna e informal do Direito Penal entre nuclear e periférico, tema a ser abordado na próxima subseção.

### 2.1.2 O Centro e a Periferia Sistêmica do Direito Penal. As novas demandas sociais situadas no entorno do Sistema Penal com a emergência do Estado social

Daí as denominações Direito Penal nuclear e Direito Penal periférico, representando aquele o núcleo histórico dos crimes contra a pessoa e a propriedade privada, os crimes tangíveis, cuja repressão tem bases morais consensualmente compartilhadas, como o homicídio, o roubo, a violência sexual e mesmo o furto, ao passo que crimes periféricos representariam aqueles outros que, ademais de estarem previstos principalmente na legislação complementar ou nas mais recentes alterações do Código Penal, situam-se nas fronteiras do sistema penal, abarcando espaços no entorno para reduzir a complexidade do caos circundante, produzido pelas novas realidades sociais próprias da pós-modernidade<sup>54</sup>.

Em efeito, a evolução da filosofia analítica no Direito, com o predomínio da função sintático-semântica em direção a um enfoque pragmático-sistêmico, responsivo às funções sociais do Direito, permitem o avanço do sistema jurídico com relevantes logros regulatórios do mercado e da política. A função do Direito, nesta nova matriz epistemológica, será aliviar os riscos da dupla contingência, mediante a generalização de expectativas de conduta, que possibilita congruência e conforma a própria estrutura social. “Nesta ordem de ideias, a função do Direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões”, inclusive, acrescenta-se, com relação ao mundo político, que pode ser repensado em suas relações com o Direito, visto que

---

<sup>54</sup> Para Carvalho, “a função do sistema penal no Estado social é, portanto, cindida, de acordo com o tipo de ofensa perpetrada ao bem jurídico: a) em relação à criminalidade clássica (lesão aos bens individuais), mantém-se a estrutura normativa originária, abdicando, no entanto, dos fundamentos penalógicos racionalistas retributivos e/ou intimidatórios para adotar uma política de intervenção visando à recuperação moral do delinquente (paradigma periculosista e teorias da emenda); b) quanto aos crimes contra a coletividade (lesão aos direitos sociais), opta-se por estruturar novo modelo legislativo, idôneo, desde sua autoimagem, para satisfazer as novas expectativas da sociedade industrial”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 182.

os sistemas legislativo e administrativo não são imunes à regulação jurídica, desde que adotada a democracia como uma forma política<sup>55</sup>.

Luhmann alerta que a Teoria dos Sistemas não deve ser tomada em uma posição retraída, com “relevância meramente analítica”, interpretada estritamente como metodologia de compreensão da sociedade, visto que o conceito de sistema designa algo efetivamente real de onde emergem realidades tangíveis<sup>56</sup>. A partir desta superteoria é possível identificar elementos e operações, assim como construir instrumentos de observação e observações de segundo nível, que expliquem as complexas relações, os paradoxos e os conflitos existentes na sociedade. Especialmente, no que aqui interessa, é possível revelar os conflitos defluentes do embate entre Direito e política, sem os entraves normalmente ocasionados pela sociologia tradicional, que parte do homem concreto em suas relações e restringe-se a observações geograficamente determinadas, ambas, situações reféns de contingências dificilmente controláveis ao observador científico<sup>57</sup>.

Para Luhmann, a sociedade deve ser compreendida como um sistema social para responder ao problema da *dupla contingência* e para reduzir a complexidade originária da diferença entre elementos e relações dentro do sistema. A saturação de elementos em um sistema, inviabiliza as relações entre eles pressionando o sistema à seleção.

O excesso de comunicações pode saturar o ambiente, resultando em não-comunicação, ensejando a frustração de expectativas em níveis antifuncionais, por ineficácia relacional. No mundo organizacional do Direito isto poderia ser exemplificado pela excessiva facilidade de acesso à justiça, sem critérios de filtragem, o que produz número elevadíssimo de pedidos judiciais que não são processados e não produzem *outputs* válidos, forçando a pressão seletiva de prioridades ou a desqualificação dos

---

<sup>55</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 142-148, jul./dez.2013. doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 29.

<sup>57</sup> Cuida-se dos obstáculos epistemológicos apontados por Luhmann: a) o obstáculo humanista, a pretender que uma sociedade está constituída por homens concretos e suas relações; b) o obstáculo territorial, a sustentar distinções geográficas entre sociedades; c) o obstáculo da relação sujeito-objeto, que ignora que o estudo da sociedade é autológico, ou seja, baseado na auto-observação, pois o sociólogo está imerso na teia de relações que existencializam seu próprio objeto de análise LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Perez y Carlos Vallalobos. Coordenador da tradução Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 31-33.

*outputs* (decisões judiciais precipitadas sem adequada fundamentação e, portanto, incapazes de comunicar devidamente a mensagem do Direito).

Em matéria de Direito Penal de massa, pode-se exemplificar a saturação pelo elevadíssimo número de registros de ocorrências policiais que não são investigadas, ante a incapacidade de ação do trabalho policial. Já no concernente ao Direito Penal econômico, o desapontamento pode derivar da cifra oculta, pois é sabido que grande parte dos crimes econômicos logra restar acobertada em procedimentos com aparência de licitude e, por razões várias, não restam investigados, deixando de produzir *outputs* jurídicos. A maioria dos casos, sequer produz *inputs*, ou seja, sequer ingressa no âmbito do sistema penal, talvez como decorrência da pequena afetação individual, sem embargo da grande repercussão social; da “inexistência” de vítimas pessoais que lhe possam denunciar; da organização prévia do crime ou do distanciamento entre os autores e os resultados.

É por estas razões que a Escola de Frankfurt visualiza no Direito Penal moderno/econômico um Direito Penal simbólico, pouco efetivo, eis que produzido sob pressões seletivas para atender à crescente complexidade das relações sociais, mas como fenômeno comunicativo que é, tal legislação não produziria relações válidas, sucumbindo ao desapontamento de expectativas sociais, por razões já anteriormente citadas, tais como: a) as dificuldades de percepção das infrações penais ou, mesmo quando percebidas, b) os obstáculos centrados na principiologia garantista em confronto com as exigências de celeridade processual e prevenção próprias dos novos bens jurídicos tuteláveis.

Destarte, o Direito Penal, em seu cariz iluminista, é apontado como inservível à tutela de interesses coletivos, nos quais predominem questões de alta conflituosidade social, que, amiúde, situam em polos antagônicos, não mais conflitos individuais do tipo Caio *versus* Tício, porém coletividades, partidos, interesses supraindividuais. Seu pesado instrumental, teleologicamente garantista, resultaria ineficaz para resolver satisfatoriamente estas demandas e mais ainda para preveni-las<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Jorge de Figueiredo Dias alerta que o despreparo do Direito Penal liberal, para contenção dos novos e grandes riscos defluentes da pós-modernidade, se situa no seu próprio **modelo de racionalidade** que se traduz na clássica fórmula “Caim matou Abel, pelo que incorre na pena x”, pois já não se trata de simples imputação a pessoa determinada da causação de um efeito criminoso; vaticina-se uma **nova dogmática jurídica** disposta a substituir princípios até aqui tão essenciais como os da individualização da responsabilidade penal, considerando, sob novos influxos teóricos, temas como a causalidade, a imputação, erro, culpa e autoria, propugnando o abandono do Direito penal do bem jurídico ou sua complementação aos efeitos de atender as

E, com efeito, em se mantendo, em sua plenitude, uma hermenêutica exclusivamente garantista, que não observe o necessário equilíbrio entre eficiência estatal e garantias individuais, talvez o Direito Penal resultasse mesmo anacrônico para alcançar efetividade em matéria de criminalidade moderna, restando endereçado ao mero simbolismo ineficaz, ou ao que se denomina efeito simbólico negativo. Mas estariam os Estados democráticos contemporâneos dispostos a abrir mão de seu instrumento mais rigoroso de controle social, reduzindo-o à aplicação tradicional frente à criminalidade de massa?

A resposta negativa parece evidente e vem corroborada pelos fatos. Em todo o mundo civilizado percebe-se o processo expansivo como resultante de uma atualização do Direito Penal e daí entrever-se mais identidade do que diferença entre o Direito Penal de massa ou nuclear e o Direito Penal econômico/moderno, donde extrair-se a conclusão de que a diferenciação apontada como causadora da crise denunciada pela Escola de Frankfurt, não é tão consistente quanto aparenta inicialmente, sendo a organização das ações criminosas, uma característica comum entre as modalidades apontadas. E assim se sustenta desde os estudos clássicos de Edwin Sutherland (1883 – 1950), integrante da denominada “Escola de Chicago”, acerca dos *White Collar Crimes*, expressão por ele mesmo criada, para identificar a criminalidade econômica pós-moderna, propositalmente esquecida pela Criminologia de sua época.

### 2.1.3 O Pioneirismo de Sutherland na Identificação da Criminalidade Econômica. Os *white-collar crimes* e a teoria da aprendizagem social

Antes de desenvolver sua mais relevante tese sobre os crimes de “colarinho branco”, Sutherland já sustentava, a partir de estudos criminológicos, que a conduta criminosa é incorporada durante o processo de socialização, agora, porém, não apenas na família, como instância de socialização, mas em toda seu círculo de convivência. Sua teoria da aprendizagem, foi designada teoria dos contatos diferenciais e expressou com isso que as chances de um indivíduo tornar-se criminoso, dependem da espécie, intensidade e duração de seus contatos com outros que realizem práticas delinquentiais.

Sutherland confrontava as teorias biologicistas e psíquicas, objetando as explicações da criminalidade por causas biológicas e psicológicas, assim como o vínculo então sustentado pelos criminólogos do Estado assistencial entre pobreza e criminalidade, oposição que melhor se verifica em seus trabalhos sobre a criminalidade de “colarinho branco”, expressão por ele mesmo cunhada. Sustentava não ser tão útil fazer da prisão um observatório criminológico, como procedia a criminologia de seu tempo, porque a maioria dos delinquentes, especialmente, os mais hábeis não se encontravam neste meio. Sua pretensão era formular uma teoria criminológica que “pudesse explicar todo e qualquer tipo de delinquência; para isso, ele teve de buscar os fatores que se associavam com todo tipo de delinquência e não com um tipo de delito em particular”<sup>59</sup>.

Sutherland diferenciava-se ainda dos criminólogos do Estado assistencial, pois, ao contrário desses que sustentavam a existência de uma “desorganização social” nas classes menos privilegiadas, partia do princípio de que havia sim uma associação diferenciada que perseguia objetivos diversos, daí sua teoria poder ser enquadrada dentre as teorias da associação defeituosa<sup>60</sup>. Ele, por esse motivo, também foi precursor das teorias das subculturas criminosas o que se destaca em seu livro *O Ladrão Profissional* de 1937, no qual registra entrevistas com um suposto ladrão contratado por cem dólares para, durante três meses, narrar suas histórias pessoais. Nesse livro, abrindo espaço para a identificação das subculturas criminosas, Sutherland demonstrava como integrantes de um ofício criminoso, ao estabilizarem-se na “profissão”, adquirem códigos próprios de conduta e alto nível de corporativismo a exemplo de outras profissões<sup>61</sup>. Este fenômeno ocorre em todas as

---

<sup>59</sup> Para García Mendez, Sutherland permitiu concluir que “associar pobreza com delinquência é injusto para com os muitos pobres que não delinquem e também para com os muitos ricos que o fazem” (ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 490). A teoria da “associação diferencial” é geral, pois tanto pode explicar os delitos da classe baixa, como das classes média e alta. Quanto a estes, a prática de comportamentos criminosos deitava por terra as teses biologicistas e psicológicas. A delinquência econômica também é um comportamento apreendido e transmitidos por gerações entre homens de negócios que professam códigos axiológicos distintos e até contrários aos valores legais.

<sup>60</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 67. Para Hassemer, estas teorias da “socialização defeituosa” situam-se em um setor intermediário entre os fatores individuais e os sociais. “As teorias que procuram e encontram os fatores criminógenos na socialização do autor, satisfazem tanto as expectativas teóricas como as da prática jurídica e da execução”. (*Ibid.*, p. 67). Anitua enfatiza que, para Sutherland, o aprendizado do comportamento criminoso não é resultado de um problema de socialização, mas da inexistente socialização em conformidade com os valores legais. Há um aprendizado até dificultoso com relação a valores diferenciados e técnicas de ação criminosas por vezes complexas. ANITUA, *op. cit.*, p. 494.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 494.

classes sociais, inclusive entre as mais altas onde predomina uma criminalidade de “colarinho branco”, mais hábil em evadir-se das malhas legais, por contar com um nível mais elevado de conhecimento técnico acerca das práticas próprias da criminalidade econômica e de melhor perspectiva de defesa. A esse propósito, entendia que o garantismo – isto é, a aplicação do Direito penal do Iluminismo – no que se refere aos delitos de colarinho branco ia, na realidade, contra um sistema de defesa dos direitos humanos, pois se transforma numa dupla balança da justiça que, por um lado, penaliza sistematicamente os delitos dos pobres e, por outro, garante a liberdade no concernente aos delitos dos ricos<sup>62</sup>.

E, em efeito, se tomarmos o garantismo como um conjunto de princípios de garantia do acusado resultante da Ilustração, ver-se-á que, naquela quadra da história, as reformas tiveram o elevado mérito de eliminar certos julgamentos, eivados por acusações de heresia, imputados pelas classes aristocráticas então dominantes contra integrantes de estamentos sociais emergentes, que questionassem as relações de poder já em decadência. Entretanto, o sistema penal iluminista persistiu reprimindo a criminalidade da classe baixa, como anota Schünemann:

La protección de la propiedad privada de cosas muebles contra el robo ha sido, por eso, el punto central del Derecho penal clásico y, hasta hoy, la razón de que los miembros de la clase baja, caracterizados en primera línea por su falta de bienes y, en todo caso, por sus bajos ingresos, suministren a la justicia penal práctica la clientela preferente, o, menos eufemísticamente formulado, de que tanto en la estadística criminal como también en los establecimientos penitenciarios estén considerablemente representados.<sup>63</sup>

Sutherland, em 1949, em sua última e mais influente obra – *White Collar Crimes* –, que veio a representar uma virada copernicana na Criminologia, denunciou que todas as estatísticas criminais que serviram de base aos pesquisadores até então

---

<sup>62</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 497. Neste ponto, como veremos ao longo do trabalho, Silva Sánchez, entre autores contemporâneos, defende a adoção de um direito penal de “segunda velocidade” para repressão à criminalidade econômica, com redução das garantias de defesa, desde que não aplica pena de privação da liberdade. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>63</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. *In*: SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 54.

estiveram concentrados na classe socioeconômica mais baixa, enfatizando “a pobreza como causa do crime ou outras condições sociais e traços pessoais que estão assumidamente associados com a pobreza”. Em tal contexto, o comportamento criminoso poderia ser explicado por patologias sociais ou pessoais, respectivamente, a pobreza ou anomalias biológicas ou psíquicas, como a inferioridade intelectual ou a instabilidade emocional. A tese assumida por Sutherland “é de que estas patologias sociais e pessoais não são uma explicação adequada do comportamento criminoso”, pois, de início, embora o gênero masculino representasse maioria absoluta dos envolvidos em crimes, o fato é que tanto mulheres como homens vivem em condições de igual vulnerabilidade econômica de modo que, a julgar-se esta como a causa de crimes, deveriam estar igualmente representados no universo carcerário. Por outra, constatou que muitos grupos norte-americanos que viviam em intensa pobreza não incorriam em tão elevada estatística criminal quanto outros grupos de imigrantes europeus que, na América do Norte, estavam em situação econômica mais favorecida do que em suas comunidades de origem e, paradoxalmente, mais dedicados à vida criminosa. Por último, referiu que estudos sobre oscilações no mercado de trabalho ou na economia em geral não demonstram associação significativa entre oscilações negativas na economia e incremento da taxa de crimes<sup>64</sup>.

Sutherland já denunciava que as explicações convencionais sobre o comportamento criminoso seriam inválidas porque recaem sobre estatísticas tendenciosas por dois motivos especialmente: a) o poder político e econômico de pessoas de classes mais altas facilita a que tais indivíduos logrem escapar da condenação criminal e da prisão, porque contratam mais competentes advogados capazes de exercer uma defesa técnica mais eficiente ou exercerem mais influência sobre os agentes de justiça; b) por outra, a própria justiça trata com mais leniência pessoas de classes mais elevada que violem leis relativas à atividade econômica. Em geral, tais pessoas são tratadas com deferência e julgadas por outros tribunais que não a Justiça Criminal comum, referindo-se a tribunais cíveis ou administrativos.

Esta ideia, já em meados do Século XX condenada por Sutherland como afronta à regra da equidade, consistente em se valer de instâncias alternativas ao Direito penal, para o julgamento da criminalidade econômica, foi algumas décadas mais tarde, sustentada por Hassemer como solução para sua indicada crise do Direito penal: a

---

<sup>64</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 31-32. (Coleção pensamento criminológico, n. 22).

criação de um Direito de intervenção que na medida em que reduziria as garantias do acusado, o trataria com leniência, excluindo a hipótese da pena prisional. Ao que se vê, o novo da Escola de Frankfurt já era velho nos Estados Unidos de Sutherland<sup>65</sup>.

Para o criminólogo americano,

[...] a tese deste livro [*White Collar Crimes*] [...] é a de que pessoas da classe econômica mais alta estão engajadas em muitos comportamentos criminosos, que [...] se diferem do comportamento criminoso das classes mais baixas principalmente em virtude dos procedimentos administrativos usados para lidar com os infratores, e as variações nos procedimentos estatais não são significantes do ponto de vista da causação do crime.<sup>66</sup>

Por este ponto de vista, pode-se até sustentar que Sutherland dá início à criminologia crítica, especialmente, às noções iniciais do interacionismo ou construtivismo, na medida em que já identifica o crime como um fenômeno construído socialmente a partir das interações sociais e das relações de poder na sociedade<sup>67</sup>. Embora se possa admitir que algumas condutas criminosas atraíam significativo consenso social quanto à sua censurabilidade, especialmente os crimes praticados com violência física ou sexual, de modo geral ou quanto à totalidade de condutas tipificadas, não se pode sustentar uma qualidade criminosa ontológica referente a todos os comportamentos típicos, nem uma homogeneidade de valores e interesses protegidos pelo Direito penal. Tais conclusões embasam uma ruptura com a criminologia do consenso em direção à do conflito, como enfatiza Baratta:

Hemos visto en los capítulos precedentes que el primer presupuesto del principio del interés social y del delito natural es negado por las

<sup>65</sup> É verdade que, para alguns autores, a tese de Sutherland tinha omissões que questionavam sua validade, especialmente a distinção entre as diversas classes de infrações praticadas no âmbito corporativo (profissionais, comerciais, políticas) limitando sua análise apenas às infrações econômicas. Sutherland respondeu às críticas aduzindo que suas investigações estavam dirigidas uma nova configuração científica da conduta criminal e contribuir para o desenvolvimento do Direito penal substantivo sobre bases mais justas, capazes de abranger as elites econômicas que usualmente se subtraíam à responsabilidade penal. ESTRELLA, Ángel Linares. **Um problema de la parte general del derecho penal económico**. El actuar en nombre de outro. Análisis del derecho penal español y cubano. Granada: Comares, 2002. p. 15.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>67</sup> Discorrendo sobre a renovação da teoria dos sistemas a partir dos contributos das ciências cognitivas, novas lógicas e da informática, Leonel Severo Rocha enfatiza a importância do construtivismo para esta evolução teórica, aduzindo que, para esta matriz epistêmica, “o conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente com as construções de um observador”. ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II (art.). In: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.



llamadas *teorías de la reacción social* o del *etiquetamiento* (*labeling approach*), las cuales, en la perspectiva del interaccionismo simbólico, han mostrado – no es superfluo reiterarlo – que la desviación no es algo que precede las definiciones y las reacciones sociales, sino una realidad *construida* mediante las definiciones y las reacciones que adquiere a través de ellas la cualidad desviada o criminal. Desde este punto de vista, la criminalidad no es, entonces, una cualidad ontológica, sino un estatus social que es atribuido a través de procesos (informales y formales) de reacción. Si la criminalidad es un ‘bien negativo’, que como otros bienes positivos o negativos de cuya posesión dependen los diversos estatus sociales, es atribuido a determinados individuos, el acento de la teoría criminológica se desplaza, repetimos, de la criminalidade a los procesos de criminalización. [...] El problema de las ‘definiciones de sentido común’, de las definiciones legislativas y de la aplicación del derecho penal por parte de las instancias oficiales es de esa manera atraído con la perspectiva de un análisis de diferencias de poder y de los contrastes de interés entre los grupos sociales.<sup>68</sup>

Embora Sutherland esclareça que a denominação “Crimes de Colarinho Branco” não é definitiva, ela resulta conveniente para chamar a atenção do tipo de criminalidade de que não se ocupou a criminologia clássica a ele anterior. “Crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”. Esta definição exclui crimes como homicídio ou delitos sexuais praticados por pessoas da *high class*, pois não são delitos que façam parte de suas atividades profissionais e por outra afasta delitos profissionais como assassinatos de traidores, “arquivos mortos” ou mesmo tráfico de drogas, praticados por integrantes ricos do submundo do crime, porque são pessoas sem respeitabilidade social<sup>69</sup>.

Sutherland via com especial preocupação os crimes de colarinho branco por seus efeitos deletérios nas relações sociais; para além dos importantes danos econômicos gerados, “crimes de colarinho branco violam a confiança e, conseqüentemente, criam desconfiança, isto diminui a moralidade social e produz desorganização em larga escala. Crimes comuns, por outro lado, produzem pouco efeito nas instituições e organizações sociais”<sup>70</sup>.

E esta constatação de Sutherland do final da quarta década do século passado permanece válida nos dias atuais, em que predomina um Direito Penal para

<sup>68</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 121-122.

<sup>69</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 34-35. (Coleção pensamento criminológico, n. 22).

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 37-38.

a classe baixa, sendo que a quase totalidade dos presos são condenados por crimes próprios deste estrato social.<sup>71</sup> Ainda hoje soa estranho à maioria das pessoas, o perfil dos novos sujeitos ativos submetidos à persecução penal por crimes de natureza profissional e econômica com seu *modus operandi* peculiar o que denota que o Direito penal foi sendo elaborado ao longo dos séculos para inibir uma clientela cativa oriunda das classes menos privilegiadas e, em contrapartida, privilegiar com sua imunidade as classes mais altas. Esta constatação não deixa de caracterizar o direito como estrutura de controle social, tal como apontado pela epistemologia de origem marxista.

Baratta já antecipa estar consciente acerca da “relação problemática que subsiste entre criminologia e marxismo” e de que qualquer elaboração teórica com lastro no pensamento crítico de esquerda não poderia derivar unicamente de textos marxianos, senão que de vasta elaboração teórica posterior em cujo seio foram recolhidos dados e defendidas hipóteses em contextos até muito diversos daqueles de cariz marxista, a exemplo da criminologia liberal mais avançada. Para este autor, a plataforma teórica elaborada no marco da Criminologia crítica pode contrapor-se à Criminologia positivista de cariz biopsicológico que sustenta o crime como dado ontológico prévio à reação social e o faz a partir de dois câmbios de observação do fenômeno criminal: a) a substituição da observação do autor para a observação das condições sociais – estruturais e funcionais – que ambientam o agente desviante; b) o deslocamento do interesse cognitivo das “causas” da criminalidade, para as “relações” engendradas por mecanismos sociais e institucionais que constroem a realidade da desviação, mediante definições, seleções e atribuição de papéis sociais<sup>72</sup>.

Para este prócer da Criminologia crítica, “oponiendo al enfoque biopsicológico el enfoque macrossociológico, la criminología crítica historiza la realidad del

---

<sup>71</sup> Segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP, publicação digital do Conselho Nacional de Justiça, na Tabela 11, p. 47, constam os tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade, segundo levantamento de agosto de 2018, nos seguintes percentuais: Roubo 27,58; Tráfico de drogas 24,74; Homicídio 11,27; Furto 8,63; Posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal 4,88; Estupro 3,34; Receptação 2,31 Estatuto da Criança e do Adolescente 2,11; Crimes contra a fé pública 1,46; Crimes contra administração pública 1,46; Associação criminosa 1,38; Lei Maria da Penha 0,96; Ameaça 0,95; Lesão corporal 0,87; Organização Criminosa 0,79; Latrocínio 0,78; Código Nacional de Trânsito 0,75, etc. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

<sup>72</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 165-166.

comportamiento desviado y pone en evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución”. Este salto paradigmático entre a Criminología clásica e a crítica consiste na superação do paradigma etiológico, preocupado unicamente com as “causas” da criminalidade, para uma perspectiva da criminalidade já não como um fenômeno ontológico, mas como uma estigmatização assinada a determinados indivíduos por meio de uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos legalmente, dos comportamentos que os atingem e que devem ser criminalizados e, em segundo lugar, de quais segmentos da população devem ser atingidos pela ação das agências de repressão penal<sup>73</sup>.

Este “enfoque de etiquetamento” (*labeling approach*), peculiar à Criminologia crítica, pode contribuir em um processo de correção de pré-concepções e engendrar uma adequada hermenêutica das condições de possibilidade do Direito penal na pós-modernidade. Nesse sentido, se o Direito penal é ideologicamente comprometido, já que historicamente impregnado por uma ideologia diferenciadora, voltada apenas ao controle social, especialmente das classes menos favorecidas, envolvidas com a criminalidade de massa ou de rua, ele, sem embargo de dar continuidade à sua missão mais trivial de reprimir a violência em todos os seus matizes, *deve ser* presidido pelo princípio da isonomia, incidindo também em face da criminalidade de colarinho branco e, destarte, alcançando um nível de neutralidade ideológica que o torne imune a privilégios materiais e processuais<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 166.

<sup>74</sup> Nesse sentido, pontificam Bajo Fernández e Bacigalupo que “el papel del Derecho penal en la lucha contra la delincuencia económica está condicionado por el **principio de la igualdad ante la Ley penal**. En efecto, es necesario que el Derecho penal deje de ser un instrumento más de opresión de una clase para convertirse en un auténtico medio de libertad y progreso social permitiendo un orden mínimo de convivencia. Para ello debe, como primer paso, crear los mecanismos suficientemente eficaces para perseguir y castigar adecuadamente la delincuencia de las clases dirigentes de la comunidad. Porque, como ya advertimos con anterioridad, el hecho de que el Derecho penal sea en un momento dado instrumento de la clase dominante no significa que esto sea característica esencial del mismo, siendo imaginable un Derecho penal, neutral a la ideología de clase alguna”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección CEURA).

#### 2.1.4 A Autorrepresentação da Sociedade Contemporânea na Criminalidade Econômica. A colaboração do construtivismo para um conceito de criminalidade moderna

Conforme já se salientou, o crime, longe de ser uma realidade ontológica e imutável, deve ser compreendido como um fenômeno construído socialmente, derivado das relações de poder que se manifestam no sistema social. “O delito, assim identificado diante de uma norma jurídica que promove este *status*, é uma complexa estrutura de sentido, cuja aparência cristalizada na literalidade, embora pertencente ao real, não corresponde à realidade (concreticidade) em sua integralidade”<sup>75</sup>. O Direito é realidade no sentido de que as normas jurídicas não são puramente ideias ou ideologias, cujos efeitos no mundo da vida sejam apenas hipotéticos ou potenciais e condicionados; as normas jurídicas estão endereçadas ao mundo dos fatos e permanentemente criam extensas teias de expectativas que constroem as ações humanas, gerando congruência real. Por outra, ao mesmo tempo, há no Direito um elemento construtivista, já que vários dos seus conceitos são elaborados e modificados nas relações intersubjetivas, decorrendo de construções culturais, não naturais ou puramente físicas. O sentido do Direito é buscado nas relações sociais onde os homens produzem sua riqueza e seu poder, e o mundo do Direito não pode ser destacado do mundo das forças produtivas e políticas, donde poder-se afirmar que os crimes econômicos estão relacionados à contenção de riscos das atividades econômicas capitalistas e do Estado moderno.

A produção de sentido no Direito está umbilicalmente referida à ideia de tempo, não mais como uma simples sucessão de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variam situações, mas como uma observação da diferença entre o passado e o presente, com propósito de vincular o futuro. O tempo é assim integrante do contexto histórico, como assinalou François Ost. Leonel Severo Rocha, logo de enfatizar a análise de Ost, invoca Cornelius Castoriadis, em sua obra *L’Institution Imaginaire de la Société*, para defender que não existe Tempo, Direito e Sociedade isolados. Ou seja, “o Direito é uma instituição imaginária na qual o Tempo constrói e é construído, institui e é instituído. Do ponto de vista dogmático o Direito é

---

<sup>75</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Criminalidade moderna *versus* criminalidade de massa (I). In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 143.

um mecanismo de controle de nosso passado, de garantia do nosso passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro”<sup>76</sup>.

Esta evolução do Direito como sucedâneo do tempo histórico, nos ensina que, no âmbito do Direito civil iluminista, tendo o contrato como seu elemento central, se supôs como certa a igualdade entre os indivíduos, razão moral para o *pacta sunt servanda*, mas a observação cognitiva do mundo real fez ver que “o direito igual que se aplica à realidade social desigual não apenas ele mesmo se torna desigual, mas impulsiona sorrateiramente a própria desigualdade desta sociedade”<sup>77</sup>. Esta compreensão do princípio da igualdade como absoluto encobre os conflitos existentes e as relações de poder no seio da sociedade. Se tomarmos o crime como uma realidade ôntica, “pré-dada”, e, portanto absoluta, seria tarefa árdua se sustentar os crimes da modernidade, pois eles deveriam ter existido desde sempre, como existiram os crimes clássicos ou da criminalidade nuclear, cuja culpabilidade já povoa o imaginário social e, portanto, dos aplicadores do Direito. O surgimento aleatório e imotivado, quando não circunstancial, de novas tipicidades relativas à criminalidade econômica em geral impõe desconfiança às comunidades, especialmente à comunidade jurídica, que amiúde interpreta estes novos tipos como exageros punitivos, modismos jurídicos ou superfluidades.

Todavia, para Netto, a expressão *crimes da modernidade*, designa “a conceituação que espelha a transformação de certas condutas em delitos, um conjunto de novas relações sociais estabelecidas formadoras de novos *padrões imprescindíveis* de criminalização”. E conclui o articulista, com o que concordamos, “a criminalidade moderna é a forma pela qual a sociedade contemporânea representa-se criminalmente”<sup>78</sup>.

Este autor busca estabelecer a diferenciação entre crimes de massa e da modernidade, agregando ao primeiro conceito uma *relação estrutural de desigualdade*, que se revela na proteção da propriedade e na regularidade dos seus meios de transferência. “A clientela do direito penal clássico (iluminista) é, portanto, as classes

---

<sup>76</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e constituição. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBAN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 141.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>78</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa (I). In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

baixas, refratárias ao sistema de produção social da riqueza, constituindo, ademais, as prisões como verdadeira reserva de mercado destinada à imposição de uma lógica disciplinar<sup>79</sup>.

Já os crimes da modernidade não pressuporiam relações de desigualdade social, ao revés, tratar-se-ia de delitos em que figuram como sujeitos ativos agentes situados nas classes política ou economicamente dominantes e já não se cuidaria da proteção de meios legais de transmissão da propriedade, mas sim do seu uso e das suas consequências. Vale acrescentar que o conceito de propriedade deve ser interpretado de modo deveras amplo, representando todos os tipos de patrimônio – material, imaterial, financeiro – ou mesmo o próprio poder político, com todos os seus consectários pessoais que equivalem, por vezes, a um patrimônio pessoal.

A conclusão acima – de que a criminalidade de massa desvela uma relação de desigualdade, ao passo que a criminalidade econômica, outra de igualdade – não se afigura precisa como se demonstrará. Em efeito, a criminalidade de massa, mesmo quando organizada, no caso de milícias ou facções criminosas, predomina em classes economicamente inferiores, mas nem sempre suas vítimas situam-se em estamentos superiores, ao revés, normalmente pertencem a classes desfavorecidas que, por isso mesmo, ficam mais expostas, no cotidiano à ação criminosa, frequentando as mesmas circunvizinhanças e ambientes dos delinquentes. Assim, a nosso sentir, não haveria entre sujeitos ativo e passivo do crime uma relação de desigualdade, como acentua o articulista, mas de predominante igualdade<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Criminalidade moderna *versus* criminalidade de massa (I). In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 146.

<sup>80</sup> Nesse sentido, não há como negar que o homicídio seja um dos principais e mais preocupantes crimes de massa. A respeito dele vale registrar a conclusão do IPEA e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, esboçada já na introdução do Atlas da Violência 2018: “outra questão que já abordamos em outras edições do Atlas da Violência é a desigualdade das mortes violentas por raça/cor, que veio se acentuando nos últimos dez anos, quando a taxa de homicídios de indivíduos não negros diminuiu 6,8%, ao passo que a taxa de vitimização da população negra aumentou 23,1%. Assim, em 2016, enquanto se observou uma taxa de homicídio para a população negra de 40,2, o mesmo indicador para o resto da população foi de 16, o que implica dizer que 71,5% das pessoas que são assassinadas a cada ano no país são pretas ou pardas”. CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2018**. Rio de Janeiro: Ipea: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, jun. 2018. p. 4. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em 05 fev. 2019). É fato conhecido que a população de pretos ou pardos é a que predomina entre as classes mais baixas, donde ser fácil concluir-se no sentido de que as vítimas de homicídios são predominantemente pobres. Mas, em 2016, os mesmos pesquisadores já haviam verificado que “ao segregar a proporção de mortes para os indivíduos que possuem menos do que oito anos de estudo, em relação àqueles com grau de instrução igual ou superior a esse limite, verificou-se que as chances de vitimização para os indivíduos com 21 anos de idade e pertencentes ao primeiro grupo são 5,4 vezes maiores do que

Por outro lado, também se discorda da afirmação de que, aos crimes econômicos, subjaz uma relação de igualdade. É incontroverso que tais crimes são normalmente praticados por pessoas de posses ou com maior escolaridade, ainda que o possam sê-lo por pequenos industriais ou comerciantes, quanto a crimes contra o consumidor, como a venda ou fabrico de produtos impróprios ao consumo, a *pirataria*; por pequenos proprietários quanto a crimes ambientais ou mesmo por gestores municipais ou servidores públicos de baixo escalão, quanto a delitos de corrupção passiva. Entretanto, tais crimes, na maioria dos casos, vitimizam populações vulneráveis e normalmente pobres que dependem da aquisição de produtos baratos, a despeito de sua má qualidade ou mesmo de sua contra-indicação ao consumo; que sofrem mais diretamente as consequências de danos ambientais (falta de água potável, desmoronamentos, contaminação do solo ou dos alimentos) ou que dependem de serviços públicos de saúde, segurança e de educação negligenciados em administrações ímprobas. Nesse sentido já concluiu Artur de Brito Gueiros Souza que,

Na atualidade o que se observa é que a delinquência econômica, conquanto mais intensa nos estratos superiores, espraia-se por todas as camadas sociais. Infrações penais nas relações de consumo, modalidades de concorrência desleal, – i.e., *produtos piratas* – ou mesmo ilícitos tributários – como v. g., o descaminho – são protagonizados não somente por pessoas de *alta respeitabilidade*, ou de *status social elevado*. Não por outra razão, a reflexão científica passou a se preocupar mais com a danosidade social da infração em si – isto é, a *vitimização primária difusa* – do que, aparentemente, com a procedência social do infrator<sup>81</sup>.

---

os do segundo grupo”. CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2016**. Rio de Janeiro, 2016. p. 21. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/atlas-da-violencia-2016>. Acesso em: 05 fev. 2019. Igualmente é consabido que estatisticamente os maiores padrões de escolaridade situam-se nas classes mais altas. Destarte, tal como o homicídio, o clássico crime de massa, todos os crimes de violência corporal tendem a seguir a mesma lógica quanto à distribuição de incidência entre as classes sociais. E, mesmo à míngua de estatísticas mais precisas, pode-se afirmar com base na experiência cotidiana que a criminalidade patrimonial mais comum – furtos, receptação e roubos (inclusive latrocínios) – que representam 44% da população prisional do país (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional [DEPEN]. **Levantamento nacional de informações penitenciárias do DEPEN, atualização de 2016**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 05 fev. 2019), também é praticada contra vítimas de classes menos favorecidas, como usuários de transporte público e proprietários de pequenos estabelecimentos comerciais em periferias.

<sup>81</sup> SOUZA, Artur Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília, DF: ESMPU, 2011. p. 117.

Ainda que se constate um prejuízo a todas as classes sociais por conta da criminalidade econômica e que tal se verifique especialmente no que diz respeito à manutenção de um sistema econômico competitivo e saudável, ameaçado por delitos contra as relações de consumo, o meio ambiente, as licitações, o patrimônio público em geral, sem falar no branqueio de capitais, pernicioso ao sistema financeiro, a verdade é que as classes mais altas são menos vulneráveis a qualquer tipo de criminalidade.

Não é necessariamente uma relação de igualdade ou desigualdade que diferencia a moderna criminalidade econômica da criminalidade nuclear, de rua ou de massa, mas antes a natureza dos bens jurídicos tutelados, predominantemente individuais ou predominantemente coletivos *lato sensu*, estes também designados por difusos, transindividuais ou supraindividuais. Deste modo, evita-se a ideologização dos conceitos, buscando-se um critério diferenciador mais científico e menos político-ideológico, este absolutamente impreciso como se o demonstrou. A criminalidade econômica, própria da pós-modernidade, é um tipo de desviação que atinge coletividades difusas e que sempre será mais danosa àquelas mais economicamente vulneráveis, sendo, pois, a vulnerabilidade dos sujeitos passivos, uma de suas notas distintivas<sup>82</sup>.

Daí a explicação para conceituarem-se em grau de equivalência a criminalidade moderna como econômica e periférica. Obviamente “periférica” não tem o sentido de criminalidade da “periferia” urbana, mas da “periferia” do sistema penal, aquela que se distancia do núcleo histórico do sistema, formado pelos crimes contra os interesses individuais, assim entendidos como os de “primeira geração ou dimensão”. Os tipos penais periféricos e as instituições confiadas à sua tutela atuam na fronteira do sistema penal e por isso enfrentam dificuldades para o reconhecimento de sua legitimidade.

---

<sup>82</sup> Nesse sentido, Rodrigues, salienta que a criminalidade econômica produz uma danosidade desmesurada que atinge “de modo imediato as camadas sociais mais vulneráveis e, mediatamente, por via da carga fiscal a generalidade dos cidadãos”. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 25. É verdade que não seria a criminalidade econômica ou moderna a única que incide sobre vítimas vulneráveis; pode-se dizer que há um setor do Direito penal nuclear instrumentalizado para a proteção de vulneráveis, como é o caso da legislação repressiva da violência doméstica contra a mulher, contra o idoso e contra crianças e adolescentes, todavia, nestes casos, cuida-se de bens jurídicos situados no núcleo histórico do Direito Penal, especialmente a vida, integridade física e dignidade sexual.



É forçoso convir não ser fácil encontrar zonas de consenso para definir a moderna criminalidade econômica. Já de início, cumpre ponderar que, muito do que hoje identificamos como criminalidade econômica, sequer é assim tão moderna, pois que, já na Idade Média, para proteger as boas práticas comerciais, iniciou-se a sancionar crimes de bancarrota<sup>83</sup>. “A criminalidade econômica não é um fenômeno novo, mas sim são novos os interesses políticos e científicos atuais pela mesma”<sup>84</sup> e, a despeito de tudo que se tem escrito sobre ela, ainda não se tem um conceito conclusivo do que seja criminalidade econômica, senão apenas aproximações. O próprio bem jurídico não é um elemento seguro para defini-la, pois mesmo o homicídio, um típico crime nuclear, pode, em algum momento, transformar-se em criminalidade moderna quando se verificar o interesse econômico como causa subjacente, ainda que remota. Este pode ser o caso dos múltiplos homicídios culposos que ocorreram recentemente em acidentes com desmoronamento de barragens no Estado de Minas Gerais, exemplos do risco tecnológico, em que se pode entrever claramente uma motivação econômica em condutas omissivas e a presença do risco social, como decorrência tecnológica gerada pelo próprio homem<sup>85</sup>.

A denominação criminalidade econômica poderia sugerir a inclusão de delitos tradicionais contra o patrimônio (furto, estelionato, apropriação indébita), mas tais delitos, mesmo quando incidentes contra uma coletividade, não caracterizariam criminalidade econômica, por não suscitarem problemas de legitimação. Assim, furtos ou estelionatos praticados em massa pela *internet*, por exemplo, não constituem criminalidade econômica, pois há consenso generalizado quanto à sua censura penal, já que o bem jurídico, significativamente concreto, é facilmente visualizado como integrante do núcleo histórico de proteção penal. Já a lavagem de capitais proveniente destes crimes seria mais facilmente identificada como criminalidade econômica, pois, sua repressão penal, a par de dirigir-se muito

---

<sup>83</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. p. 21.

<sup>84</sup> GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 50-51.

<sup>85</sup> Gracia Martin lembra que o bem jurídico não é a nota decisiva do crime econômico, pois, em que pese continue sendo “uma referência imprescindível do Direito Penal, deixou de ser já um critério decisivo”, razão por que admite que, por exemplo, a fabricação ou comercialização de produtos perigosos pode atrair para a esfera da criminalidade econômica, até mesmo homicídios e lesões. *Ibid.*, p. 57 e 60 (nota 92 no texto original).

visivelmente à proteção dos fluxos econômicos “saudáveis” (que já não interessam diretamente às vítimas dos crimes patrimoniais antecedentes), é delito de tipificação recente cuja legitimação ainda é socialmente deficitária.

O bem jurídico tutelado pela criminalidade moderna se caracteriza por sua elevada abstração quando comparado com os bens jurídicos da criminalidade nuclear e esta é precisamente uma das mais acerbos críticas contra a expansão. Em efeito, é muito vago definir o bem jurídico como a “economia nacional” ou “ordem econômica”, dissipando a ilicitude material que deve servir de legitimação às consequências penais derivadas do ilícito econômico, para outorgar razão à acusação de excessiva e perigosa “espiritualização” do bem jurídico. À doutrina especializada compete precisar melhor os âmbitos de interesse penal, ainda que seja exato afirmar que não há um único critério de caracterização do Direito Penal econômico e que, possivelmente, o bem jurídico não seja o melhor deles. Convém sim recorrer à soma de variados elementos de confrontação como o *modus operandi* tipicamente econômico, a motivação voltada à satisfação da cupidez ou da ganância e o contexto econômico de fundo, especialmente situações de crise econômica<sup>86</sup>.

A tipificação penal desta criminalidade moderna, econômica ou periférica e a habilitação de instituições para sua tutela derivam do reconhecimento internacional da relevância político-econômica em sua repressão, cuidando-se de movimento histórico perceptível em todas as nações civilizadas. O sistema penal percebeu a necessidade de absorver para seu interior estas novas demandas sociais, reduzindo a complexidade caótica do seu entorno e incrementando sua própria complexidade interna. Nesse sentido, a próxima subseção está destinada aos esforços de conceituar o Direito Penal Econômico.

---

<sup>86</sup> Situações de crise econômica, ao longo da história, vêm ensejando o cenário ideal para a observação da criminalidade econômica em sua maior atividade, pois, quase sempre, a própria crise já foi deflagrada por condutas criminalmente tipificáveis que continuam a desenvolver-se durante a derrocada econômica. Rodrigues assinala que a crise de 2008 teve origem, anos antes, na América do Norte, em operações especulativas, denominadas *subprime*, consistentes em outorgar crédito imobiliário a pessoas que não teriam condições de pagá-los, especialmente, pelo incremento de juros. Embora não se possa afirmar que as práticas que ensejaram uma crise mundial ainda em processamento tenham sido criminosas, os fatos vêm conduzindo a um alerta a respeito da responsabilidade criminal pela gestão de recursos econômicos socialmente difusos. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 13-14.

### 2.1.5 Conceito de Direito Penal Econômico

Feitas as considerações até aqui apresentadas, pano de fundo à tentativa de conceituar o Direito Penal moderno como um sinônimo de Direito Penal econômico, necessário delimitar melhor esta definição a qual, como já se sublinhou, fora sintetizada inicialmente por Sutherland, para quem o crime de colarinho branco seria aquele cometido por uma pessoa de respeitável posição social no exercício de sua profissão<sup>87</sup>, conceito que já permitia estabelecer o crime econômico como crime de classes sociais melhor situadas e sempre em atividade profissional, portanto, econômica. Há consenso na doutrina em que a conferência de Sutherland sobre os crimes de colarinho branco, em dezembro de 1939, na Sociedade Americana de Sociologia, foi “a certidão de nascimento do Direito Penal Econômico”<sup>88</sup>.

É prudente esclarecer que talvez Direito Penal moderno pudesse abarcar uma definição mais ampla do que Direito Penal econômico, em que o “econômico” reduz a abrangência do conceito. Por “moderno”, poder-se-ia entender um Direito Penal que, em geral, protege interesses transindividuais, mas sem uma necessária afetação econômica, como ocorre com a tutela penal do meio ambiente. Não há, pois, consenso sobre se a finalidade de salvaguarda do meio ambiente se insere no âmbito da ordem econômica, visto que, por vezes, agressões ambientais podem ter pouco ou nenhum impacto econômico, identificando-se mais com a proteção vital do homem ou das gerações futuras e, portanto, com direitos supraindividuais, cuja tutela vem sendo crescentemente postulada por setores de vanguarda do Direito. A despeito disso, “resulta também inegável que a maioria das condutas que afetam de forma considerável o meio ambiente tem lugar em atividade de produção de bens, o qual toma parte do ciclo de desenvolvimento da economia”<sup>89</sup>. Ademais, o

---

<sup>87</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 32-33. (Coleção pensamento criminológico, n. 22).

<sup>88</sup> NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland (art.). In: SOUZA, Artur Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília DF: ESMPU, 2011. p. 55-56.

<sup>89</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico**. Lima: Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007. p. 62. Vale salientar que o doutrinador peruano acaba por concluir que “sin embargo esta situación no justifica una interdependencia de la protección del medio ambiente con el modelo económico, sino que deja en claro solamente que ahora, con el daño producido pela industria, la humanidad es consciente de la importancia del ecosistema en el desarrollo de la persona. En este sentido, puede concluir-se provisionalmente que los delitos contra el medio ambiente no son delitos económicos”. Com tal conclusão, todavia, se discorda, uma vez que, está na gênese da criminalidade ambiental mais frequente, a obtenção de vantagens econômicas em prejuízo da coletividade: produzir poluição em níveis capazes de comprometer a saúde populacional; corte ou danos em áreas de preservação

reconhecimento da proteção legal e, logo depois, penal do meio ambiente, tem idêntica origem que a tutela geral dos delitos econômicos, ainda com certo pioneirismo, dado que contou desde sempre com relevante legitimação social, até maior que outros bens econômicos transindividuais.

Destarte, os conceitos de criminalidade econômica e moderna podem ser tratados como sinônimos, embora este seja mais amplo e logo se verá que, o próprio conceito de Direito Penal econômico admite uma acepção ampla e uma estrita.

Para Bajo Fernández e Bacigalupo, a chave que permite diferenciar o Direito Penal econômico é o seu objeto de proteção: a ordem econômica. Nesse sentido, haveria duas concepções de Direito Penal econômico: uma ampla e uma estrita, único meio, para estes doutrinadores, de se lograr alguma univocidade conceitual. De largada, advertem ser necessário afastar a ideia de que guerras ou revoluções sejam exclusivamente a causa de crimes econômicos e, portanto, da emergência de uma legislação repressora, mas admitem que tais situações revelam uma “elevação da massa de material jurídico econômico”<sup>90</sup>. É forçoso convir, como se salientou há pouco, que o Direito Penal econômico aflora em momentos de graves crises econômicas e estas coincidem com períodos de pós-guerra, quando se torna necessária e se legitima, ainda mais a intervenção nas atividades econômicas. No que toca às revoluções, basta ver que a despeito da crença liberal na providência da “mão invisível” do Mercado, as revoluções socialistas já haviam demonstrado “a ideia de que os resultados de distribuição da riqueza alcançados pelo mercado não dispensavam um papel redistributivo que apenas também o Estado, dotado da indispensável coerção, podia desempenhar”<sup>91</sup>.

---

permanente; pesca em períodos de defeso, são sempre condutas praticadas no curso de atividades econômicas. É verdade que, alguns poucos crimes ambientais, podem ter menor afetação econômica, mas eles representam um segmento quase irrelevante do universo dos crimes ambientais e tanto a criminalidade ambiental se insere na econômica que, na Constituição de 1988, a proteção do meio ambiente está prevista como princípio da ordem econômica (art. 170, VI).

<sup>90</sup> García Caveró, todavia, alerta que, na Europa, as guerras mundiais tiveram importante papel para o desenvolvimento incipiente do Direito Penal econômico, pois, no pós-guerra, a despeito de um certo retorno ao liberalismo econômico, foi necessário lançar mão do Direito Penal para proceder-se a uma controlada intervenção estatal na economia com fins de reprimir abusos que o ambiente econômico próprio daquele período engendrava – inflação, fraudes comerciais, abuso de poder econômico – além de distribuir com equidade a riqueza, então escassa. GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico**. Lima: Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007. p. 11.

<sup>91</sup> FONSECA, Hugo Duarte. Direito penal económico: da autonomia dogmática à integridade dos princípios (ou para uma cosmovisão: do Big Bang na dogmática à radiação fóssil dos princípios) (art.). In: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 153. No mesmo sentido Dias e Andrade concluem que “a história da edificação do socialismo é a história da luta contra o crime económico. A repressão de tal delinquência foi um imperativo constante derivado em linha recta da vocação intervencionista do Estado socialista,

Outro mito a ser afastado é a de que a intervenção estatal na economia só ocorre em regimes totalitários, quando ao contrário, “o intervencionismo é a consequência de uma concepção social de Estado de direito, de um lado, e de outro de todo um movimento de evolução histórica, caracterizado pelo paulatino passo de uma Economia individualista (regida por um Direito patrimonial civil e um Direito mercantil individualista) a uma Economia dirigida estatalmente”. Neste cenário, mesmo nas economias capitalistas, o dirigismo estatal se endereça a um mercado livre para regulá-lo, sendo inegável que as atuais relações entre Estado e mercado se revestem de acentuado cariz intervencionista com o declarado escopo de equilibrar princípios tão elevados como a livre iniciativa, a ordem pública e econômica, com a planificação do desenvolvimento e a ação estatal direta<sup>92</sup>.

Nessa esteira, seria Direito Penal econômico em sentido estrito, o “conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendido como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia”, o que faz do Direito Penal econômico o “grau mais intenso do intervencionismo mediante o exercício do *jus puniendi*”, cuja finalidade é proteger a economia em seu conjunto, tratando-se dos delitos de ajuste de preços (formação de cartel), crimes monetários, contrabando, lavagem de capitais e crimes fiscais<sup>93</sup>.

Todavia, aportes epistemológicos da Criminologia ampliam significativamente este conceito restritivo de delinquência econômica. Características do sujeito ativo, como profissional oriundo de classes mais favorecidas, a vulnerabilidade das vítimas, o caráter supraindividual ou coletivo dos interesses tutelados, são elementos criminológicos que permitem alargar o âmbito conceitual do Direito penal

---

dada a sua (quase) exclusiva titularidade da iniciativa e da direcção do processo económico e a consequente necessidade da defesa das novas relações que sucessivamente foram marcando a vida económico-social. Por outro lado, assiste-se hoje em todos os países capitalistas à mobilização de enormes recursos para a prevenção e repressão da criminalidade económica”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional (art.). In: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 320.

<sup>92</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 11-13. (Colección CEURA). A despeito dessa conclusão, não se pode atribuir a delinquência econômica exclusivamente ao sistema capitalista, como sustenta a criminologia marxista, para a qual fatores como a concorrência econômica abusiva, cumplicidade entre partidos e governo e afã de lucro a qualquer custo, seriam as causas da criminalidade econômica em países capitalistas. Por sua simplicidade e inspiração quase exclusivamente político-ideológica, a criminologia marxista pouco contribui a desvelar a criminalidade econômica em países comunistas. A verdade é que há uma delinquência econômica mais peculiar aos países capitalistas – concorrência desleal, fraudes alimentares – e outra mais adequada aos socialistas – corrupção e mercado negro. *Ibid.*, p. 44-45.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

econômico, para aquele destinado à regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Em tal conceito ampliado não releva unicamente o intervencionismo estatal, mas a própria atividade econômica em uma economia de mercado. Nesse caso, o crime econômico, em sentido amplo, lesa um interesse individual em primeiro plano, mas secundariamente, produz dano ou põe em perigo toda a ordem econômica, fenômeno que nos remete à noção de *bens jurídicos intermédios* que se situam além do privado e aquém do público, como o meio ambiente, o interesse do consumidor etc.<sup>94</sup>

Bens intermédios são aqueles “situados entre a ordem econômica e a particular com seus interesses patrimoniais ou outros tipos de interesses”, muitos dos quais “se condensam em instituições como a livre concorrência, liberdade de preços, seguridade social, fazenda pública, crédito mercantil, subvenções públicas, publicidade como meio para informar os consumidores ou os balanços e outros instrumentos de contabilidade, com o fim de informar aos (atuais e possíveis) credores etc.”<sup>95</sup>. Nesse sentido, o delito econômico é aquele que põe em risco ou efetivamente lesa, interesses sociais-supraindividuais (coletivos) da vida econômica<sup>96</sup>.

Tiedemann preleciona que algumas décadas antes dos anos 70 e 80, em Alemanha e outros países europeus, o Direito Penal econômico era uma pequena parte do Direito Penal geral que “reforçava com a intimidação penal” o Direito econômico administrativo, isto é, Direito de direção e controle da economia. Já no final do século XX, “se entende o Direito Penal econômico em um sentido mais amplo como consequência do *progresso do Direito econômico em direção a uma disciplina autônoma*, amplamente separada do direito administrativo”. Esta expansão foi caudatária do crescente uso da pessoa jurídica para a prática de crimes ou para beneficiar-se deles<sup>97</sup>. Neste rumo, calha, na sequência, trazer à tona a distinção entre o Direito Penal econômico e o Direito Administrativo sancionador.

---

<sup>94</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 11-13. (Colección CEURA).

<sup>95</sup> TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico (art.). In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013.

<sup>96</sup> O que não significa não possam delitos sediados no núcleo do Direito Penal igualmente protegerem bens difusos, como ocorre com inúmeros delitos de perigo – porte ilegal de drogas, armas e munições, dirigir sob efeito de álcool ou drogas – ou delitos de perigo comum (incêndio, inundação, explosão).

<sup>97</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico**: alemán, español, comunitário. Barcelona: PPU, 1993. p. 30-31.

### 2.1.6 Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: distinções entre o ilícito penal e o ilícito administrativo

A elevada dignidade axiológica de interesses compreendidos nos conceitos amplos de ordem econômica e social, consoante já se aludiu anteriormente, denominados direitos intermédios – visto situarem-se em uma esfera intermediária entre os direitos subjetivos pessoais e o interesse público mais desmaterializado e geral – enseja um campo de colisão entre o Direito Penal moderno ou econômico e o Direito Administrativo sancionador, bem próprio da quadra histórica de nosso tempo.

Conforme já se aludiu no item 2.1.5 supra, quando se discorreu sobre o conceito de Direito Penal econômico, em se tratando deste conceito em sentido estrito, pode-se concluir que, normalmente, todo crime constitui também uma infração administrativa, ainda que a recíproca não seja verdadeira, mas mesmo no tangente ao conceito lato de Direito Penal econômico, as fronteiras de sentido com o Direito Administrativo sancionador seguem sendo próximas.

Esta colisão sancionatória problematiza o princípio da separação dos poderes, pois, desde um ponto de vista ortodoxo, a Administração deveria executar a legislação; a atividade punitiva, entretanto, estaria reservada exclusivamente ao Poder Judiciário. Tal engenharia, contudo, não é a realidade dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos em que se verifica apenas uma prevalência de funções em cada poder, posto que qualquer deles exerce, em menor escala, funções administrativas, legislativas e judiciais, ou seja, funções atípicas.

E, com efeito, o poder sancionatório da Administração Pública é reconhecido e até enfatizado em sede constitucional, legal e doutrinário. Não por outra razão, o art. 5º da Constituição Federal, após consagrar, em cláusula pétreia, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>98</sup>, assegurou “aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**”, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (o inciso LV), e, ainda, concluiu o catálogo dos direitos fundamentais estabelecendo que “a todos, no âmbito judicial e **administrativo**, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inc. LXXVIII).

---

<sup>98</sup> Processo legal deve ser entendido tanto o processo judicial como o processo administrativo, pois já que o constituinte não fez nenhuma distinção descabe ao intérprete distinguir.

O reconhecimento da legitimidade sancionatória da Administração pública é inquestionável, não obstante a cláusula de controle jurisdicional que inadmite a possibilidade de lei que exclua da apreciação jurisdicional qualquer lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV do art. 5º da CF).

É possível entreverem-se três sistemas de coordenação entre os sistemas penal e administrativo, desde uma relação de absoluta dependência, até uma de total independência. Na primeira proposta, não haveria possibilidade de cumulação sancionatória, pois o Direito Penal operaria para o reforço das sanções administrativas e só em caso de descumprimento destas sanções é que se poderia cogitar da aplicação de penas criminais. Em sentido diametralmente oposto, haveria total independência entre os sistemas, justificado, em tese, pela relevância dos interesses sob controle administrativo. Por esta proposta, uma mesma ação humana pode sujeitar-se a incidência de sanções administrativas e penais, sem que se trate de vedado *bis in eadem*. Em posição eclética, haveria um regime de alternatividade ou coordenação entre o sistema administrativo e o penal, ficando este limitado pelos princípios de fragmentariedade e subsidiariedade<sup>99</sup>.

No Brasil prevalece a proposta de independência entre as esferas administrativa e penal, como regra, a despeito de algumas exceções como aquela decorrente na Súmula vinculante nº 24<sup>100</sup>, pela qual se adota um sistema de dependência entre a esfera penal e a administrativa.

Sedimentada a regra geral de independência, resta esquadrihar as diferenças entre a infração administrativa e a penal. No marco do liberalismo político

---

<sup>99</sup> FERRARI, Miguel Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional (art.). In: SILVA, Marco Antonio Marques; COSTA, José de Faria. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 608.

<sup>100</sup> Conforme a Súmula vinculante 24 “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”. O “precedente representativo” consta do **HC 81.611**, relatado pelo Min. **Sepúlveda Pertence**, publicado no *DJ* de 13-5-2005, de onde se extrai o seguinte excerto: “embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (**ADI 1.571 MC**), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da **Lei 8.137/1990** — que é material ou de resultado —, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (**Lei 9.249/1995**, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Súmula vinculante 24**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br\\_portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265](http://www.stf.jus.br_portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265). Acesso em: 13 maio 2019.



econômico se poderia sustentar uma distinção ontológica, essencial ou substantiva entre estas categorias deônticas que postulasse para o Direito penal a tutela de bens jurídicos subjetivos, com acentuada afetação individual, os quais teriam uma origem anterior ao próprio Estado, constituindo-se em valores *a priori*. Já infrações administrativas seriam mero descumprimento de deveres impostos pela Administração e, portanto, *a posteriori* ao Estado, marcados por neutralidade axiológica e destinados apenas à organização social<sup>101</sup>. Tal distinção, com certeza, remonta à ideia de *delicta in se e delicta mere prohibita*.

Esta distinção de fundo material ou substantivo, mais adequada a um contexto liberal, não tem respaldo lógico nos Estados Democráticos e sociais contemporâneos. Não há meios para se definir em face dos processos legislativos das sociedades democráticas uma linha distintiva perfeita entre bens jurídicos sujeitos à exclusiva tutela administrativa ou a ambas proteções, administrativa e penal. O legislador, desde o debate travado por forças socioeconômicas, tem a liberdade de entender que certos bens, sujeitos ao abrigo administrativo, em face da intolerabilidade das ameaças a que se encontram sujeitos, mereçam a tutela penal.

Destarte, prelecionam Bajo Fernández e Bacigalupo que “en la actualidad no se reconoce una diferencia ontológica por su contenido [entre ilícito penal e administrativo], sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada uno de ellos”. Donde concluem que a diferença entre tais categorias deônticas só pode ser recolhida em considerações de ordem formal, como a determinação legislativa de que derivam ou as instâncias estatais – jurisdicional e administrativa – de aplicação das sanções e a própria natureza desta sanção<sup>102</sup>. Em efeito, somente as sanções penais podem resultar em privação da liberdade sendo esta a efetiva distinção entre o Direito Penal econômico e o Direito Administrativo sancionador. Embora ainda se possam citar outras diferenças ao nível das consequências do injusto penal, como a obrigação de reparar o dano e a perda de mandato eletivo, a pena prisional constitui-se no elemento distintivo mais relevante entre os dois

---

<sup>101</sup> Bajo Fernández e Bacigalupo ensinam que esta distinção deita raízes em James Goldschmidt e foi posteriormente sustentada por Eberhardt Schmidt, que partia da oposição entre Administração e Jurisdição, para sustentar que o ilícito penal, aplicável apenas na esfera jurisdicional estava reservado à proteção de bens jurídicos, enquanto a infração administrativa, sem caráter penal em sentido estrito, era uma reação estatal à falta de contribuição do cidadão para com a Administração Pública. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 78. (Colección CEURA).

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 78.

sistemas, sem o qual, a diferenciação entre os sistemas penal e administrativo seria significativamente reduzida à instância sancionatória: administrativa ou jurisdicional.

Resta, pois, saber se na sociedade de risco, o Direito Administrativo sancionador é suficiente à tutela de bens jurídicos coletivos, ou se é conveniente reforçar esta tutela, quanto a riscos mais graves através do recurso ao Direito Penal e suas sanções punitivas mais intimidativas, ainda que com alguma possível redução das garantias individuais.

## 2.2 Expansão e Garantismo: o direito penal no contexto da sociedade securitária. As novas demandas sociais de asseguramento estatal contra riscos sociais

Como já se disse alhures, uma das mais contundentes críticas manejadas contra o Direito Penal econômico é a sua alegada caracterização como mero Direito Penal simbólico resultante da ideia de risco securitário da sociedade contemporânea com o singelo escopo de reforçar disposições legais administrativas de controle de atividades econômicas, cedendo à tentação de valer-se da proteção do bem jurídico como estímulo à criminalização e não como limite desta e, assim, convertendo a proibição de excesso em proibição de déficit tutelar.

É forçoso convir, todavia, que o risco para bens jurídicos transindividuais, sobretudo de natureza econômica, não é um risco ilusório<sup>103</sup>, ao contrário, como atesta Beck, o risco, nas modernas sociedades industriais e pós-industriais, emerge como um risco de procedência humana e estrutural, decorrente do manuseio por terceiros de novas tecnologias: comunicações, alimentos, biologia, genética, informática, energia nuclear ou até da marginalização de grupos que são percebidos como fonte de riscos. O autor inicia a obra alertando que o risco contemporâneo não pode mais ser classificado sob a singela categoria de “os outros” – judeus, comunistas, negros –, pois opera em uma dinâmica que não respeita fronteiras ou limites territoriais e, no tocante aos fenômenos naturais, já não é o risco clássico da natureza selvagem externa e até oposta à sociedade, mas aquele que deriva “de uma natureza integrada e contaminada industrialmente” pela sua submissão aos

---

<sup>103</sup> Expressão utilizada com precisão por Rodrigues, para quem, as investigações criminológicas, em matéria de criminalidade econômica, mostram que há novas formas de agressão a bens jurídicos coletivos, em que as relações pessoais, próprias da criminalidade tradicional, são substituídas por comportamentos anônimos e padronizados e sob a aparência externa de licitude, fazendo com que o risco seja ainda maior do que a insegurança sentida. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 26.

processos industriais que mesclaram natureza e mercado e que produzem a “socialização das destruições da natureza”, com seus nefastos efeitos econômicos, políticos e sociais. “Na globalidade da contaminação e das cadeias mundiais de alimentos, as ameaças à vida na cultura industrial produzem *metamorfoses sociais do perigo*: regras cotidianas da vida são postas ao contrário” (tradução nossa), há carência mesmo com abundância e o sistema jurídico já não capta os fatos em sua plenitude<sup>104</sup>.

E não apenas em matéria ambiental o risco está presente na vida cotidiana; o mercado produz diariamente milhares de tipos de bens de consumo, desde alimentos e medicamentos até veículos e brinquedos capazes de gerar acidentes de consumo, com riscos à vida e saúde humana. Seus processos industriais são cognitivamente herméticos e sua apresentação ao consumo é precedida de amplas e eficazes estratégias de marketing, incrementadas até quase o incomensurável após a popularização de redes sociais e mídias digitais, tornando vulneráveis milhões e milhões de consumidores.

Em outra dimensão, porém, muito similar, a ordem econômica, de cuja sanidade depende o desenvolvimento do capitalismo contemporâneo, está em permanente risco de estremecimentos por conta da fluidez do sistema financeiro nacional e supranacional. Bancos, seguradoras, caixas de previdência administram quase toda a poupança de milhões de cidadãos, podendo, em face de gestões fraudulentas ou temerárias produzirem grandes abalos sociais.

Na mesma linha, governantes administram recursos públicos, provenientes da arrecadação de taxas, impostos ou preços públicos, efetuando diariamente vasta gama de contratações e executando orçamentos de que dependem também miríades de pessoas em tema de direitos sociais. Em contrapartida, no Brasil vêm se revelando mecanismos sistêmicos de corrupção que impressionam até mesmo internacionalmente e que, por certo, colocam em risco de insuficiência orçamentária a realização dos direitos sociais mais elementares garantidos constitucionalmente.

Todas estas hipóteses, embora de diferentes naturezas, têm em comum o caráter supraindividual dos interesses em jogo e a vulnerabilidade de vítimas difusas que, individualmente consideradas, seriam incapazes, ou não disporiam de meios técnicos ou financeiros para defender interesses de fragilíssima afetação pessoal.

---

<sup>104</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós Iberica, 1986. p. 11-13.

Esta incapacidade individual de tutela, a que seria indiferente o Estado liberal, impõe ao Estado Democrático Direito uma nova missão: tutelar ou facilitar a tutela de interesses supraindividuais, valendo-se de todos os recursos instrumentais postos à sua disposição, inclusive o Direito Penal.

### 2.2.1 Os Interesses Individuais, Corporativos e o Interesse Soberano. Os *corps intermedieries* e a tutela da liberdade individual frente aos novos mecanismos de vassalagem

Entretanto, este poder/função de proteção confiado ao Estado pode ser confrontado por outras forças socioeconômicas, legítimas ou ilegítimas, que com ele podem interagir aberta ou clandestinamente e são capazes de colocar em risco suas finalidades, desvirtuando a boa governança e fraudando o *telos* estatal.

Por forças legítimas que contrastam a soberania do Estado podem ser citadas: as organizações internas, patronais, laborais, religiosas; organizações nacionais e internacionais de defesa de direitos humanos, ambientais etc.; organizações supraestatais como ONU, OEA etc., que limitam a soberania no plano interno e externo, impondo ao Estado a necessidade de negociações e adaptações sistêmicas (legislativas, estruturais). São representativas de segmentos legítimos da população e, em uma República democrática, devem ser autorizadas a tomar parte no debate público.

Ademais, por outro lado, há forças ilegítimas que põem em risco toda a saúde operativa do Estado, sendo capazes de deteriorá-lo em um mecanismo inútil a seus fins constitucionais, porque contrárias ao próprio sistema jurídico, vez que caracterizados, *v. g.*, pela atuação ilícita de agentes que desempenham papéis na própria ação estatal, geralmente estabelecendo relações nocivas com setores legais ou ilegais do mundo privado, gerando riscos ou danos efetivos ao interesse público e por conseguinte aos fins e à vontade do Estado<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Melo assinala que a doutrina alemã identifica na corrupção uma adulteração da “vontade do Estado” consistente na perversão do *ethos* (caráter moral, tradição) que deve presidir a atuação dos agentes estatais. Assim, a incriminação da corrupção determina uma proteção da *capacidade funcional do Estado*. Ela cria um clima propício para o cometimento de ilícitos, pervertendo a razão de ser do Estado. MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos (art.). *In*: MELO, Débora Thaís de; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. **A corrupção: reflexões** (a partir da lei da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 83.

O risco da atuação de forças subterrâneas nas bases do Estado, já havia sido vaticinado pelos revolucionários liberais, na perspectiva do conflito de interesses que poderia se desenvolver nas entranhas do poder. Para Rousseau, Estado e governo se distinguem, sendo este “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para assegurar sua correspondência mútua, encarregado da execução da lei e da manutenção da liberdade, tanto civil como política<sup>106</sup>”. O Governo é exercido por governantes que são funcionários do Estado, enquanto o Estado é o “corpo” total dos cidadãos de uma nação quando vistos coletivamente.

Desde essa distinção entre súditos, governo e Estado, Rousseau entrevê três vontades, essencialmente diversas, na pessoa dos governantes: “primeiro, a vontade privada do indivíduo, que tende apenas a seu benefício pessoal; segundo, a vontade comum dos magistrados [governantes], que só concerne ao benefício do príncipe [governante máximo] e pode ser chamada de vontade corporativa, sendo geral em relação ao governo e particular em relação ao Estado, do qual o governo faz parte; e, em terceiro lugar, a vontade do povo ou soberana, que é geral tanto em relação ao Estado considerado como o todo e ao governo considerado como uma parte do todo<sup>107</sup>”. Para o filósofo político, ato legislativo perfeito é aquele no qual a vontade individual seja nula; a corporativa, ou seja, a do governo, muito subordinada, e a vontade geral, predominante. Mas lamenta que “de acordo com a ordem natural, por outro lado, estas vontades se tornam mais ativas quanto mais concentradas são. Assim, a vontade geral será sempre a mais fraca, a corporativa vem em segundo, e a vontade individual é a mais forte de todas<sup>108</sup>”.

Já Sieyès vai mais longe ao divisar, em todos os homens, a possibilidade desta tríplex divisão de interesses, caso em que, o interesse intermediário entre o público e o privado, poderia decorrer de sua associação a qualquer corporação e não apenas ao governo como inicialmente elocubrou o filósofo genebrino. Admitindo a inafastabilidade do interesse individual, porque da essência do ser humano, entendia que sua multiplicidade seria seu antídoto, pois, nas deliberações assembleares, seriam os múltiplos interesses individuais reciprocamente anulados. A objeção de Sieyès era com referência aos interesses corporativos que, ao

---

<sup>106</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 226.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 227.

agruparem-se, tomavam força e poderiam eclipsar o verdadeiro interesse público<sup>109</sup>. Seu receio era de que os “corpos intermediários” perturbassem as relações entre os cidadãos e o Estado, prejudicando a formação da vontade geral e que viessem a estabelecer concorrência com o Estado, mediante a criação de um novo feudalismo.

A predominância de interesses individuais, relacionados aos valores exclusivos do mercado – concorrência, autorrealização pessoal, hedonismo, consumismo – pode contaminar o espaço público onde se produz a legislação e, ainda pior, é que estes interesses não vêm se anulando reciprocamente como pensaram Rousseu e Sieyès, ao contrário, a experiência atual revela um aglutinamento de interesses individuais nas elites políticas e econômicas em torno a sua própria autoproteção e um crescente distanciamento do interesse público, sobretudo dos contingentes populacionais menos favorecidos e, portanto, mais socialmente vulneráveis.

Isto impõe, por outro lado, como natural reação democrática, o desenvolvimento de conceitos jurídicos teoricamente sóbrios e rigorosos para a proteção prática da liberdade e da emancipação, entendida como independência de ser coagido pela arbitrariedade de outro. Pode-se asseverar que a liberdade é “el derecho individual, original, que le corresponde a cada persona en virtud de su humanidad”; mesmo ao homem mais despossuído, sua liberdade é-lhe inviolável<sup>110</sup>, como condição de sua dignidade humana.

De forma geral, pode-se afirmar que todo delito constitui uma submissão imputável da liberdade pessoal. Quando se cuide de delitos econômicos, a liberdade é subjugada com a ajuda de organizações econômicas ou, ao menos, de interesses econômicos significativos, já o delito político ou com viés político tem, em sua ontologia, um poder favorecido ou não controlado pelo Estado, que ameaça a

---

<sup>109</sup> A seguinte passagem de Sieyès é suficientemente esclarecedora acerca desta preocupação teórica que se tornou comum na modernidade burguesa: “assinalemos no coração dos homens três espécies de interesses: 1º.) aquele pelo qual os cidadãos se reúnem: apresenta a medida exata do interesse comum; 2º.) aquele pelo qual um indivíduo se liga somente a alguns outros: é o interesse do corpo [corporação] e, finalmente, 3º.) aquele em que cada um se isola pensando unicamente em si: é o interesse pessoal. O interesse pelo qual um homem concorda com todos os seus associados é evidentemente o objeto da vontade de todos e o da assembleia comum. Ali, a influência do interesse pessoal deve ser nula. E é isso também o que acontece; sua diversidade é seu verdadeiro remédio. A grande dificuldade vem do interesse pelo qual um cidadão está ligado somente com alguns outros. Daí se originam projetos perigosos para a comunidade e se formam os inimigos públicos mais temíveis. A história está cheia desta triste verdade”. SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu’est-ce que le tiers état. 3. ed. Traduzido por Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 116.

<sup>110</sup> NAUCKE, Wolfgang. **El concepto de delito económico político**: una aproximación. Tradução de Eugênio Sarrabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 28.

liberdade dos povos. O delito político-econômico é, portanto, sempre danoso à liberdade e às instituições que a protegem, dentre as quais, pode-se citar o Direito Penal, cujo desenvolvimento secular expressa sua missão fundamental: proteger a liberdade contra todo poder externo tendente a subjugá-la, independente de quem a esteja ameaçando. Esta noção enfrenta a objeção de que deve, o Direito Penal, manter-se distanciado do sistema econômico-financeiro porque, supostamente, seria incapaz de incidir nestes âmbitos em virtude de sua complexidade<sup>111</sup>.

Para aproximar-se a um conceito de delito político-econômico convém buscar um paralelismo com o desenvolvimento de criminalidade estatal produzido na Ilustração. A reflexão histórica nos adverte de nossa percepção tardia acerca da semelhança entre a submissão da liberdade pessoal mediante decisões econômicas poderosas, e a sujeição da cidadania realizada pelo poder estatal. Em efeito, no limiar da Modernidade, a concepção iluminista de liberdade contra o poder dominador, teve como inimigo poderoso mais visível o Estado absolutista e despótico. Hodiernamente, a exigência de liberdade social frente a outras formas de poder também poderosas e que vulnerabilizam a cidadania, pode apresentar-se quando se compreende, em plenitude, o desenvolvimento econômico atual e seu consequente risco social<sup>112</sup>.

Em igual sentido, vale alçar aqui a lição sempre atual de Bobbio, para quem as revoluções liberais, que caracterizaram a ruptura com o *ancièn regime*, tinham por escopo transmutar o súdito em cidadão, eliminando as relações de vassalagem do Medievo. Tal irreversível inversão de perspectiva foi provocada, no início da era moderna, pelo direito de resistência à opressão, o qual pressupõe o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais, assim entendidas porque cabem ao homem enquanto tal, ou seja, por sua própria natureza. Contrariando a tese de direitos absolutos, que buscariam amparo em um fundamento absoluto e poderiam ensejar um poder absoluto, Bobbio sustenta a historicidade como elemento fundante dos direitos do homem, porque emergem de certas lutas “em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” É dele a

---

<sup>111</sup> NAUCKE, Wolfgang. **El concepto de delito económico político**: una aproximación. Tradução de Eugênio Sarabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 39.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 39-40.

seguinte passagem memorável que, por sua exatidão filosófica e persuasão estética, merece transcrição:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor<sup>113</sup>.

Após controlar o excesso de poder estatal nas revoluções liberais, que ensejaram os direitos de primeira geração através de um arcabouço de princípios voltados a garantir o acusado contra os excessos do poder público, surge, hodiernamente, uma preocupação em proteger-se não mais *do* Estado, senão que *através do* Estado. Neste rumo, Silva-Sanchez vislumbra, em tempos atuais, uma “identificação social com a vítima”, como possível decorrência de uma sociedade composta predominantemente por “sujeitos passivos” – aposentados, desempregados, consumidores, – com características de vulnerabilidade que, premidos pela sensação de insegurança, derivada em parte da crise do Estado social, exercem significativa influência democrática na produção legislativa. Da espada do Estado contra o criminoso desvalido, retratada na monumental obra de Victor Hugo, passa-se a fundar a repressão penal na espada da sociedade contra os poderosos<sup>114</sup>.

É dentro de tal contexto histórico que o Direito Penal deixa de ser apenas a *Magna Charta* do delinquente, para ser também a Carta Magna das vítimas, concretas e individuais ou potenciais e coletivas, alçando a proteção penal aos altiplanos constitucionais. A atividade econômica, sedimentada entre nós no art. 170 da CF, é norteadada pelos princípios da livre concorrência, da proteção do consumidor e do meio ambiente e da valorização do trabalho humano, princípios que são frequentemente desrespeitados, inclusive em atividades criminosas, aprisionando, na mera solenidade dos textos, o programa social mais importante da República,

---

<sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 09.

<sup>114</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50-1.



expresso no art. 3º da CF, destituindo-se-lhe a esperada eficácia metamórfica, a produção de sentido, e os logros sistêmicos no ambiente social.

Destas disfunções contrassistêmicas, que se produzem e reproduzem à margem de expectativas legítimas da sociedade e das quais emergem verdadeiros contrassistemas, ou, como denominados no marco da Criminologia, contraculturas criminais, evidenciam-se sérias disfunções nocentes à necessária legitimação do Estado Democrático de Direito, dando ensejo a crises ideológicas que se abatem sobre seu sistema operacional-finalístico. Esmaecem-se as fronteiras entre Estado e mercado, insinuando-se concretamente o fantasma hobbesiano do Estado de natureza. Esta crise relacional entre sistemas que deveriam operar com autonomia, ainda que mediante necessários acoplamentos, é o terreno fértil para o desenvolvimento de um tipo de ilicitude específica que, em grande medida, se apresenta através da denominada criminalidade moderna ou econômica e seu enfrentamento constitui um dos mais graves reptos do moderno Direito Penal.

A evolução sistêmica, decorrente da complexidade de relações sociais, não se observa apenas em um plano convergente com a legalidade oficial. Relações sociais nem sempre são congruentes com o Direito estatal ou com os programas econômicos por este acolhidos. Complexas relações/operações sempre se desenvolveram à margem da cultura dominante e seu volume de comunicações transcende os níveis toleráveis, impondo um constante conflito entre os sistemas legais e os ilegais, ou, para quem assim o preferir, sujeitos a uma legalidade extraoficial.

Economia e Direito não têm a mesma natureza empírica ou epistemológica, pois, enquanto a primeira é uma realidade ontológica, o Direito é uma instituição humana deontológica e, portanto, suas fronteiras de sentido são mais permeáveis e até mesmo vulneráveis. Entre os dois, está a Política, como um sistema especializado de produção do Direito e controle dos impulsos naturais da economia. A Política se revela em organizações estatais capazes de tomar decisões transcendentais ao indivíduo, altamente complexas e que também se subdividem em diversos sistemas (União, Estados, municípios, empresas públicas, autarquias etc.), mas a Política tem uma natureza mais próxima da Economia, já que se desenvolve de modo mais impulsivo e tradicionalmente como um exercício de poder pouco controlável. As fronteiras de sentido entre estes três sistemas devem manter-se íntegras, sob pena de principiarem-se as crises de sentido que, malgrado todos os

esforços, vêm se insinuando nas democracias ocidentais mais avançadas e, como se observa, é descortinada diariamente no Brasil, revelando relações indevidas entre os diversos subsistemas, traduzidas em atos de corrupção, omissão, ineficiência, clientelismo, ativismo judicial, interferência política em decisões do Poder Público etc.

A Economia é um subsistema social diferenciado, com regras próprias de funcionamento, destinado a engendrar mecanismos sociais que compatibilizem a escassez de recursos, inclusive futuros, com as necessidades atuais, na complexa teia de relações intersubjetivas. A função social do sistema econômico radica em ensejar a distribuição dos recursos existentes e planejar a partilha dos recursos previstos de modo a possibilitar a vida e o desenvolvimento pessoal e social. Entretanto, as pessoas que desempenham papéis e produzem ações/comunicações no sistema econômico são autônomas em relação a ele, de modo a ser-lhes possível perseguir objetivos que não correspondam às estruturas de expectativas do aludido sistema. Tais ações pessoais, autônomas e divergentes, “produzem uma defraudação de expectativas que, em muitos casos, não pode ser reestabilizada cognitivamente pelo próprio sistema econômico, de maneira que se faz necessária a intervenção do sistema jurídico para devolver a vigência de tais expectativas defraudadas e manter a identidade do sistema social na Economia”<sup>115</sup>.

No marco da pós-modernidade e desde as incontestáveis conclusões de Sutherland, o conceito de criminalidade se ampliou, passando a abranger todas as classes sociais, verificando-se a “gênese [da criminalidade de colarinho branco] no mesmo processo geral que conduz a outros comportamentos criminosos, ou seja, a associação diferencial”. Para o criminólogo norteamericano, segundo a hipótese da associação diferencial, “o comportamento criminoso é apreendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável”. A este tema pretende-se voltar recorrentemente nesta tese para demonstrar os elementos integrativos de uma espécie de criminalidade moderna, a corrupção sistêmica e generalizada, que abala os alicerces do Estado. Por ora, é suficiente que se diga, seguindo Sutherland, que alguém se engaja em comportamento criminoso se e somente se o peso das

---

<sup>115</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico**. Lima: Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007. p. 43 (tradução nossa do espanhol).

convicções favoráveis excede aquele das desfavoráveis e isto vale para qualquer tipo de criminalidade, em qualquer classe social<sup>116</sup>.

O incremento da economia globalizada, a multiculturalidade, a explosão das comunicações e da liberdade de opinião, fez emergir uma nova criminalidade, substancialmente político-econômica. A participação de agentes públicos ou pessoas jurídicas na ilicitude moderna constitui um grave risco não somente para o Estado Democrático de Direito pelo que se discorreu antes, como até para o sistema econômico liberal, o qual faz depender sua saúde de um sistema jurídico capaz de garantir a licitude e segurança das operações econômicas, traduzida no asseguramento das expectativas dos agentes socioeconômicos.

Embora o Direito Penal não seja mesmo a solução de todos os males, sua legitimidade depende da sua integração racional na “panóplia de meios próprios de política social, de amplo espectro, dirigida à proteção dos direitos, dos interesses ou à realização de princípios do modelo econômico” e, enquanto outros ramos do Direito – administrativo ou civil – podem ter maior eficácia promocional, a ele só pode competir a proteção de bens jurídicos relevantes contra ataques intoleráveis<sup>117</sup>. O Direito Penal ostenta alguma legitimidade promocional, no sentido de que a pena constitui instrumento contramotivacional da conduta criminosa e a decisão legislativa sobre quais bens ou valores sociais devam ser protegidos promove a dignidade destes mesmos bens ou valores a um plano social mais elevado.

### 2.2.2 A Crítica Garantista e a Legitimação do Direito Penal Econômico

Não se pode negar relevância às críticas que vêm desde a Escola de Frankfurt sobre a pretendida sobrecarga de controle imposta ao Direito Penal pela política, com exigências de controle de tipo comunitário ou supraindividual, armando penalmente o sistema econômico, ambiental e social em desconsideração à subsidiariedade da proteção jurídico penal de bens jurídicos. Peter-Alexis Albrecht proclama que “o Direito Penal não pode proteger tudo; é apenas a *ultima ratio*, a mais afiada espada do controle estatal ou de reação às violações da norma”, de modo que, por conta de sua vinculação ao Estado de Direito e de suas

---

<sup>116</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 351. (Coleção pensamento criminológico, n. 22).

<sup>117</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 28-29.

consequências estigmatizantes, deve ser chamado a reagir apenas contra lesões essenciais da vida social em comum. Sua preocupação consiste ainda em denunciar a contradição que o sistema político impõe ao Direito Penal: de um lado, atribui-se-lhe a tarefa de realizar controles sistêmicos destinados à prevenção político-social; mas, quando a sociedade se vê ameaçada por lesões produzidas sistemicamente, surpreende-se com a incapacidade do Direito Penal de controlá-las. Isto evidenciaria que a proteção do Direito Penal é puramente simbólica. O modo encontrado pelo sistema penal para reagir às críticas de ineficiência, para Albrecht pode parecer ainda mais danoso aos seus princípios históricos: ele apela para a **flexibilização** de seus fundamentos, como estratégia político criminal tendente a harmonizar esta ruptura de dever entre a pretensão simbólica e a capacidade de controle. Neste quadro, exemplifica:

[...] o Direito Penal Ambiental e o Direito Penal Econômico servem, mais e mais, como instrumento de política simbólica, e trabalham com o mecanismo da antecipação dos pressupostos de intervenção e de formulação administrativa das características típicas (por exemplo, determinação de valores-limite, conforme a administração, no âmbito do Direito Penal Ambiental). Típica prova, no Direito Processual, é o crescente domínio de complexos fatos no processo penal, com auxílio de normas de oportunidade ou acordos informais. Com isto, o âmbito de aplicação do Direito é particularizado, em vez de formular pressupostos de intervenção universais, gerais e iguais. O Direito Penal desloca suas pretensões de controle, do direito material para o direito processual e libera o outrora estrito direito regulador para o direito executivo. Meios técnicos para isso são cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou indefinidas margens de avaliação. Assim, perde o Direito Penal do Estado de Direito sua capacidade de vincular o poder estatal<sup>118</sup>.

Hassemer irá sustentar que o predomínio da orientação pelas consequências em matéria penal agrava a legitimação do Direito Penal, pois “quem compromete o Direito penal com a produção de consequências e quer e pode medir seus resultados, consegue captar a especificidade do Direito penal simbólico”. Se a atenção estivesse voltada apenas para os *inputs* não se perceberia o grau de simbolismo ou inefetividade do Direito Penal, pois enquanto o *input* justifica-se apenas por seus pressupostos normativos (princípio de prova e tipicidade) “as prescrições orientadas ao *output* [...] precisam mostrar-se bem sucedidas, quer em

---

<sup>118</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirinos dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 463-465.

relação ao indivíduo (*ressocialização*, reinserção), quer em relação a todos nós (prevenção geral, domínio da criminalidade)” e conclui: “prevenção só é um projeto aceitável quando funciona”, mas admite que a pergunta sobre se alguma prevenção foi bem sucedida é de difícil resposta, pois suas condições são complexas, historicamente instáveis e difusas<sup>119</sup>.

Se efetivamente o Direito Penal não for dotado de estruturas operacionais e recursos legais capazes de conhecer e enfrentar a criminalidade econômica, mediante observação e absorção de *inputs* e produção de *outputs* eficientes, então efetivamente a crítica de Albrecht e outros seguidores da Escola de Frankfurt, está correta, pois a defesa da Expansão pressupõe o incremento de efetividade do Direito Penal. Ademais, outro aspecto levantado por Albrecht de difícil enfrentamento concerne ao recurso à flexibilização, como decorrência de inspirações pragmáticas e de uma visão superficial da orientação pelas consequências<sup>120</sup>.

Esta “flexibilização” na aplicação do Direito Penal é a maior preocupação das correntes denominadas garantistas, na medida em que representa um “retrocesso”, uma instrumentalização do Direito Penal para uma “cruzada contra o mal”<sup>121</sup>, enfatizando aspectos que assemelhariam as novas tendências ao Direito medieval, com a desconsideração de vários princípios conquistados no Iluminismo. Por isso, o

---

<sup>119</sup> Para Hassemer, “simbólica” é a norma penal cujas “funções latentes suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma”. Por “manifestas” compreendem-se as potenciais concretizações explícitas no tipo, ou seja, a disciplina de todos os casos por ela previstos. Já “latentes” são funções variadas e multiformes, impostas pela satisfação de “uma necessidade de ação”, apaziguamento da opinião pública ou demonstração de força do Estado. A prevalência das funções latentes estabelece uma “ilusão” ou “dissimulação”, pois gera expectativas que transcendem as condições objetivas para sua concretização instrumental. HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 220-222.

<sup>120</sup> Hassemer irá associar a “orientação pelas consequências” ao Direito Penal simbólico, o qual reconhece ser de difícil conceituação, porque tem origem em uma “discrepância” (entre manifesto e latente, de efetividade contra prestígio) que, de resto, permeia todo o Direito Penal moderno. O autor não entrevê apenas qualidades negativas, pois a orientação pelas consequências pressupõe que o legislador, o julgador e a execução de penas conheçam ou prevejam as consequências de suas decisões e ações e busquem corrigir o autor e conter a criminalidade, o que seria melhor do que simplesmente perseguir o criminoso e fazê-lo expiar sua pena. Assim, no seu sentir seria um progresso em relação às teorias puramente retributivas. Todavia, em uma época em que o Direito Penal se encontra sob a exigência de legitimação social, esta orientação pelas consequências poderia atender apenas e exclusivamente a aparentes reclamos sociais. Como ela afeta, sobretudo o legislador penal, inspirações religiosas ou morais poderiam introduzir-se na produção legislativa ou mesmo na aplicação do Direito Penal, desde essa orientação apenas superficial. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 53-55.

<sup>121</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

garantismo prega um constante retorno ao Direito Penal da Ilustração, em que se atribuiu, à taxatividade da lei, a presidência exclusiva da aplicação do Direito Penal e se soergueu a dogmática à condição de barreira intransponível da política criminal. O Direito Penal liberal protege bens jurídicos bastante concretos, cuja compreensão social é singela – vida, integridade física, liberdade de locomoção, liberdade sexual etc. – enquanto o Direito Penal moderno pretende tutelar bens jurídicos de conceituação complexa, ainda não bem entronizadas no imaginário social e, ante a complexidade dos fatos da vida, em face das limitações naturais da enunciação típica para dar-lhes suporte abstrato e prévio, opta-se, não raro, por flexibilização de conceitos, retirando da esfera legislativa a função de prever o Direito para outorgar à judicial, a missão de adaptar os fatos ao Direito que se tem.

Ferrajoli, preocupado com o avanço das orientações substancialistas empenhadas em dar, à noção de delito, fundamentos ontológicos – como imoralidade, periculosidade, anormalidade psicofísica – sustenta ser insuficiente à função garantista do Direito Penal, a legitimação da norma através da conformidade a um princípio de mera legalidade, senão que a um de legalidade estrita “cuja função garantista reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos”. O renomado jurista italiano faz uma precisa diferenciação entre *mera legalidade* e *legalidade estrita*. Aquela significa a reserva conferida ao legislador para predeterminar a lei e condiciona a *vigência* da norma à obediência ao processo legislativo de sua formação, ao passo que essa, a estrita legalidade, funciona “como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”. O princípio de estrita legalidade, além da vigência, condiciona a validade das normas penais, pois sua negação corresponde à produção de normas vigentes, mas cujos conteúdos significativos não atendem à garantia de taxatividade e, conseqüentemente, à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002. p. 303-305.

Todas estas considerações contrárias à expansão – Direito Penal simbólico, orientação pelas consequências, flexibilização de princípios – são racionalmente defensáveis e se não houver razões suficientes em sentido oposto, então não restará ao Direito Penal outro caminho que não seu recuo ao núcleo iluminista, para a proteção de bens jurídicos próprios do Estado liberal, deixando o espaço vago para outros setores do Direito ou mesmo para as instâncias administrativas.

Todavia, talvez seja possível deduzir razões que confrontem aquelas anteriormente expostas, a despeito da magnitude acadêmica de seus autores e da racionalidade crítica de que se revestem. De início, invoca-se a imagem de Sócrates, aderindo à sua própria execução como um voto de obediência incontestável à divindade da lei que a cidade lhe impôs, a revelar a legitimidade inquestionável da legislação antiga, tida como condição de existência de uma sociedade. A mais notável polêmica, o primeiro debate entre a origem divina do Direito ou sua razão estatal encontramos em Sófocles: Creonte defende uma lei da cidade contra o mandado dos deuses sustentado por Antígona. Na Antiguidade e mesmo no Medievo não era difícil sustentar a legitimidade do sistema penal, pois ele se baseava em dogmas transcendentais que a população conhecia e reverenciava.

Nesse sentido, Luhmann exemplifica com a relação entre Direito e moral nas sociedades antigas e medievais, que operavam em dualismo simples, a confrontar a ação real do homem concreto, seus erros e insuficiências, com a ação moralmente indicada, correspondente ao bem e ao ético, pela qual era necessário orientar-se. “Essa contrastação simples garante [garantia] um alto grau de segurança nas expectativas sob a forma de convicções morais”. Nesse contexto mais singelo, a seleção de escolhas não demandava maiores contingências, havendo menos risco de frustração de expectativas, dispensando-se sistemas funcionais especializados na esfera legal, pois as expectativas normativas podiam apoiar-se em certezas morais socialmente compartilhadas, situando o Direito ao lado da moral, facilitando, por exemplo, a simultaneidade de um julgamento laico e religioso<sup>123</sup>.

Nas sociedades modernas, visivelmente multiculturais, esta aproximação tende a tornar-se problemática, porquanto a moral se fragmenta em várias morais, reduzindo a abrangência de um único conteúdo moral que pudesse ser compartilhável por uma maioria significativa. A norma já não pode abrigar-se apenas

---

<sup>123</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 106.

na moral, pois outros fatores passam a pressioná-la em vista das inúmeras pretensões individuais e coletivas e das múltiplas possibilidades comportamentais que pugnam por aceitação social. “O desenvolvimento da sociedade obriga a uma maior diferenciação dos diversos planos de sentido, o que aumenta a complexidade e a flexibilidade da totalidade das estruturas e expectativas”<sup>124</sup>.

Esta secularização do Direito, a despeito de ser uma conquista evolutiva da sociedade moderna, ainda hoje desafia uma institucionalização altamente problemática, especialmente no que se refere ao Direito Penal, ou seja, não há como negar que o sistema penal busca incessantemente a legitimidade perdida com sua laicidade e esta legitimidade, como uma situação de consenso acerca do valor do Direito Penal, é uma conquista diária em face das novas feições que o crime adquire nas sociedades modernas.

Para sustentar a legitimidade da expansão do Direito Penal em direção à tutela de bens jurídicos coletivos de cariz econômico, missão que se dilui por toda esta tese e, portanto, não ficará adstrita às imediatas considerações que se seguem, inicia-se por apelar ao **construtivismo social** para sustentar, como já se procedeu alhures, que a **realidade** do crime é muito mais o produto de uma **construção social** do que de conceitos atemporais ou *a priori* ontológicos. O crime é consequência de definições sociais operadas por instâncias formais e informais<sup>125</sup> e resulta da reação social frente a qualidades materiais de certos comportamentos, como o demonstrou a teoria do *labeling approach*<sup>126</sup>.

Esta perspectiva serve para relativizar a imagem do crime como entidade imune à ação da história e própria ou típica de extensas classes marginais, pela ideia de crime como fenômeno socialmente ubíquo e até normal, ao menos até

---

<sup>124</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 106-7.

<sup>125</sup> Por instâncias formais, exemplificam-se as instituições responsáveis pela legislação penal e pela repressão penal, ao passo que, informais, seriam aquelas que, a despeito de não integrarem o próprio Estado, exercem influência sobre as primeiras, como a imprensa e as organizações religiosas. Quanto a estas, é fácil perceber como operam, a primeira, no sentido de estimular a tipificação de crimes, enquanto a segunda, não raro, como meio para evitar a exclusão de tipos penais tradicionais, como, no caso brasileiro, o aborto.

<sup>126</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, p. 132. Referido autor preleciona que “a perseguição penal, na sua sistemática redução da complexidade social de certas expressões da vida, beneficia aqueles que estão em condições de influenciar e dirigir uma tal redução, desfavorecendo aqueles que se não encontram naquelas condições. Isto é, a “competência da acção” e o poder de regateio são diferencialmente distribuídos na sociedade em função dos chamados *mecanismos de selecção*, que motivam a acção das instâncias formais de controle (poder relativo dos sujeitos do conflito, estereótipos etc.)”. *Ibid.*, p. 132.



certos parâmetros<sup>127</sup>, o que problematiza a função exclusiva de tutela de bens jurídico-penais, defendida a montante pelo Iluminismo penal, desde origens filosóficas enraizadas na “doutrina jurídico-política do *individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista* que comandou o movimento de então a favor dos direitos humanos”. Como enfatiza Dias:

No momento presente, porém, começa a perguntar-se com insistência crescente se um tal paradigma terá capacidade para persistir no século que iniciamos. Ou se, pelo contrário, existem no horizonte sinais da necessidade de uma nova *revolutio* nas concepções básicas, nomeadamente e, sobretudo no que toca à compreensão da função do direito penal no sistema social e, por conseguinte, à manutenção, alteração ou superação do modelo do direito penal do bem jurídico<sup>128</sup>.

Tal questionamento nos antepõe ao conceito tópico de **sociedade de risco**<sup>129</sup>, cronologicamente ligado à pós-modernidade e à globalização, a demonstrar a

<sup>127</sup> Para Durkheim “se há um fato cujo caráter patológico parece indiscutível, é o crime”, todos os criminólogos concordam com isso, ainda que a tal conclusão não devessem chegar tão precipitadamente. O eminente sociólogo francês discorda desta conclusão, pois o crime existe em todas as sociedades e mesmo frente à evolução das sociedades, as taxas de criminalidade não recuam. Isto revela o caráter de normalidade do crime “estritamente ligado com as condições de toda vida coletiva”, sua anormalidade só é admitida quando alcança taxas exageradas de ocorrência. O autor surpreende mais quando assevera que “clasificar el crimen entre los fenómenos de sociología normal, no significa solo decir que es un fenómeno inevitable aunque penoso, debido a la incorregible maldad de los hombres, significa afirmar que es un factor de la salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana”. DURKHEIM, Émile. Las reglas del método sociológico. *In*: RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Clásicos de la criminología**. México: Editorial Ubijus e Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006. cap. 3, p. 289-290.

<sup>128</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, p. 134. Para Enrique Bacigalupo, a racionalidade instrumental que diferenciava conceitualmente norma e bem jurídico ao tempo do positivismo de V. Liszt foi abandonada no *neokantismo*: o bem jurídico deixa de ser um interesse social prévio e diverso da norma para tornar-se a própria *finalidade* da norma. Entendimento que, a nosso ver, enfatiza a ideia de *autopoiese* do Direito. Invocando Richard Honig, Bacigalupo diz que “el objeto de protección es solo una forma de contemplar la determinación del fin de cada norma particular del Derecho penal”. BACIGALUPO, Enrique. Sobre el derecho penal y sua racionalidad (art.). *In*: BACIGALUPO, Enrique. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007. p. 414.

<sup>129</sup> Beck, em entrevista concedida por e-mail ao IHU online da Unisinos, assim se expressa textualmente: “‘Sociedade de risco’ significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. Mas vamos aos detalhes. O termo ‘risco’ tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a ‘riscos que não podem ser mensurados’. Quando falo de ‘sociedade de risco’, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas ‘verdadeiras’ incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância (not knowing)”. BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas (entrevista). **IHU Online**, São Leopoldo, n. 181, 22 maio 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 06 mar.2019.

insuficiência, quando se cuide de proteger os novos interesses sociais, dos mecanismos de tutela, historicamente dispensada ao núcleo clássico de bens jurídicos próprios do ideário liberal e extremamente antropocêntrico. Na transição de uma sociedade industrializada para outra “exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, no mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir **riscos globais**” distanciados no tempo e no espaço da ação que os originou.

Em efeito, para a proteção contra estes riscos pós-modernos – risco sanitário, genético, econômico, consumerista, ambiental – não está preparado o direito de vertente liberal, de modo que a “adequação do Direito penal à ‘sociedade do risco’ implica por isso uma **nova política criminal**, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária”<sup>130</sup>.

O Direito Penal começa a reagir a estes novos reptos socioeconômicos, admitindo que ficar à espera que os riscos se concretizem em resultados lesivos, com amplitude difusa, colocará em cheque sua legitimação social, na medida em que, aí sim, estará reconhecendo sua impotência em dar um contributo significativo para prevenir os danos potenciais emergentes da pós-modernidade. A conclusão de que, em se tratando de bens socialmente difusos, importa mais prevenir o risco do que reprimir o dano, força o legislador a antecipar a intervenção penal para a fase do perigo abstrato, reduzindo a esfera de atuação defensiva<sup>131</sup>.

Ademais, o problema relativo à autoria se agrava quando as condutas perigosas “têm lugar no seio de **empresas, de grupos ou de equipas** com complexa divisão de tarefas e a suspeita da sua prática recai sobre um grande e

---

<sup>130</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, p. 135.

<sup>131</sup> Pois, com efeito, há menos matéria de defesa quando a punição incide diretamente sobre o comportamento perigoso, nesse caso, é desnecessário ao órgão acusatório comprovar o dano e o nexos causal entre a ação e este. Ademais, em alguns casos não é sequer necessário demonstrar que houve um perigo concreto, pois a lei já o presume de antemão. Em matéria, por exemplo, de direito do consumidor, pode-se citar os tipos penais dos arts. 63 a 66 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), os quais, genericamente, dizem respeito a omitir informações sobre nocividade de produtos, ou de informá-las às autoridades ou fazer afirmações falsas quanto a este tema. Todavia, é sempre preciso atentar que, em matéria de delitos de perigo abstrato, a punição prevista só muito raramente seria a pena prisional, a despeito de estar prevista no preceito penal sancionatório, isto porque, constituem crimes de menor potencial ofensivo, sujeito a inúmeras medidas despenalizadoras. Assim, a redução do campo de ação da defesa fica compensada pela reduzida pretensão sancionatória do Estado.

indeterminável número de pessoas, cuja interação, coordenada ou casual, é fonte de perigo que, por sua vez, contribui para a verificação de um risco global”<sup>132</sup>.

Como já se mencionou alhures, a falta de consenso quanto à legitimação do Direito Penal moderno é outra de suas notas distintivas e um desafio que se apresenta aos seus defensores. Enquanto a criminalidade de massa mais preocupa a população, já que seus efeitos são mais sensíveis na esfera individual, a econômica, a par de valer-se de uma clandestinidade bem mais eficiente e de gozar de aparente licitude ou até do prestígio de seus autores perante a população (empresas que geram empregos, autoridades e políticos que têm popularidade), tutela interesses e valores que só recentemente passaram a interessar à comunidade, notadamente como decorrência do Estado social. Milita ainda em seu favor, um bem planejado *marketing*, capaz de neutralizar acusações e até reagir a elas, desacreditando as instituições encarregadas de sua persecução.

As “técnicas de neutralização” foram identificadas, em investigações referentes à delinquência juvenil, pelos criminólogos americanos Gresham Sykes e David Matza, em complementação às teorias das subculturas criminais e da aprendizagem social de Edwin Sutherland. Concluíram os pesquisadores norteamericanos que o desviante vive sempre em uma ambivalência entre valores sociais lícitos, dos quais compartilha também, e valores “subterrâneos”, que integram determinadas subculturas e foram por ele entronizados em processos normais de aprendizagem. Como os valores lícitos açoitam-no moralmente, “la conducta delictiva, según eso, procede de la neutralización de los valores y modelos socialmente aceptados, que tiene lugar mediante el empleo de un conjunto de racionalizaciones estereotipadas del comportamiento ilegal”<sup>133</sup>. Tais técnicas de neutralização ou autojustificação seriam: a) a exclusão da própria responsabilidade, autocolocando-se como vítima ou joguete em mãos de outros; b)

---

<sup>132</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, p. 136. A isto Dias refere que já se vem denominando *irresponsabilidade organizada*, expressão que atribui a Stratenwerth. A locução também é utilizada por Beck, com um sentido até mais amplo, como uma característica da sociedade de risco. Respondendo a uma questão sobre o que seria *irresponsabilidade organizada*, este sociólogo assim se pronunciou: “políticos dizem que não estão no comando, que eles no máximo regulam a estrutura para o mercado. Especialistas científicos dizem que meramente criam oportunidades tecnológicas: eles não decidem como elas serão implementadas. Gente de negócios diz que está simplesmente respondendo a uma demanda dos consumidores. A sociedade tornou-se um laboratório sem nenhum responsável pelos resultados do experimento”. BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas (entrevista). **IHU Online**, São Leopoldo, n. 181, 22 maio 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 06 mar.2019.

<sup>133</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Tratado de criminología**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009. t. 2, p. 449. (Colección autores de derecho penal).

negação da ilicitude ou nocividade do comportamento; c) desqualificação dos acusadores e julgadores; d) negação da existência de vítimas do ato; e) invocação de submissão a vontades superiores.

No caso da criminalidade econômica, a distinção entre subculturas de colarinho branco e uma cultura dominante orientada legalmente é esmaecida e as fronteiras de sentido vem se tornando mais nítidas só muito recentemente. Destarte, as técnicas de neutralização relativas à criminalidade moderna são propagadas e assimiladas em todo o meio social, rompendo as fronteiras, nem tão definidas da própria subcultura, onde elas poderiam fazer mais sentido. Na prática e na maioria dos casos, os crimes econômicos são praticados dentro da própria cultura dominante, entre pessoas que transitam nesse meio e até mesmo mantêm relações próximas com os encarregados de acusá-los e julgá-los criminalmente. Neste contexto, é fácil valer-se de argumentos que desmereçam a acusação. Em que pese se trate da transposição dos argumentos neutralizadores, da criminalidade de massa para a criminalidade econômica, tais recursos retóricos continuam os mesmos: desqualificar os agressores, negar a nocividade da ação, negação da vítima, dar-se por perseguido.

As revelações mais recentes acerca de aspectos íntimos da criminalidade econômica, tais como, sua minuciosa organização, sua motivação direcionada a um enriquecimento ilícito ilimitado e, amiúde, absolutamente desnecessário, todavia, revelam que, malgrado o delinquente econômico se movimente dentro da estrutura cultural dominante, é inegável que ele ostenta secretamente um defeito de socialização, aliás, talvez mais grave que o delinquente das subculturas minoritárias e marginais, pois, em relação a este, a prática delitiva traduz a aprendizagem dos valores professados nas fileiras subculturais em que ele próprio se encontra imerso, nesse sentido, as *técnicas de neutralização* manejadas pelo criminoso econômico, tal como a própria criminalidade econômica, devem ser mais elaboradas em face da presença intensificada dos valores culturais dominantes em sua vida<sup>134</sup>.

Para isso se percebe o quanto tais comportamentos delitivos são dissimulados ou manipulados por conta de recursos midiáticos sofisticados, que

---

<sup>134</sup> As técnicas de neutralização foram identificadas pelos criminólogos americanos Gresham Sykes e David Matza, que observaram grupos de jovens condenados, concluindo que eles reconhecem os valores gerais que servem de orientação às pessoas que respeitam o sistema legal, mas acabam adotando comportamentos da contracultura criminosa, justificando-se mediante "técnicas de neutralização", resolvendo o conflito entre normas gerais e valores contraculturais, entre motivações sociais e individuais para a delinquência.

elucubram argumentos e lemas para propiciar uma atitude pública de compreensão do crime ou do agente, minimizando a transcendência social da ação ou endereçando o interesse coletivo em direção a outros apontados como prioritários<sup>135</sup>. Nesse sentido, a exemplo do que já ocorrera na década de 1940 com Sutherland, de cujas versões iniciais do *White Collar Crime* foram excluídos os nomes das empresas envolvidas na pesquisa, ainda, atualmente, não se pode negar que “a influência das corporações sobre a mídia também ajuda a ocultar seus crimes da opinião pública”, o que é potencializado pela dependência que as empresas de comunicação têm em relação a seus anunciantes<sup>136</sup>.

É verdadeiro que um consenso absoluto quanto à legitimidade do Direito jamais será alcançado em sociedades democráticas, pois é da essência desta forma de sociedade, a ocorrência de opiniões divergentes, se não com relação à própria elaboração legislativa, ao menos no que toca à sua interpretação. O consenso que serve de fundamento ao Direito é sempre relativo à maioria dos integrantes de uma comunidade e mesmo assim com ampla relatividade.

De qualquer modo, a interdependência entre as esferas de organização individual e a insuficiência dos mecanismos de indenização ou de seguro próprios do Direito Civil, fez com que o ponto de interesse da incidência penal fosse adiantado desde o momento do dano para o momento anterior do risco, enfatizando-se crimes de perigo, culposos e omissivos no esforço de proteção mais efetiva dos novos bens jurídicos.

### 2.2.3 A Legitimidade da Tipificação de Crimes de Perigo como Instrumento de Proteção de Bens Jurídicos Coletivos. A prevalência do desvalor da ação em relação ao desvalor do resultado como decorrência da política criminal pós-moderna e da sociedade de risco

Desde uma perspectiva construtivista, se pode afirmar com segurança que o Direito em geral e o Direito Penal em particular, por sua autonomização em face da moral ou da religião, sempre consistiram em uma ordem aberta aos valores emergentes da evolução histórica. Tal abertura, obviamente, não deve ocorrer na

---

<sup>135</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Problemas actuales de la criminología**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984. p. 185.

<sup>136</sup> COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender os crimes de colarinho branco**. 5. ed. Tradução de Denise R. Sales. São Paulo: Manole, 2005. p. 289.

forma de uma receptividade passiva, sem filtragem pelos procedimentos democráticos de elaboração do Direito positivo de modo que servisse de receptáculo a valorações estranhas à cultura dominante ou incompatíveis com as melhores tradições. Ao revés, em sua formulação perene ingressam “fortes componentes de fomento e de adequação aos sinais da história, autonomamente determinados pela ordem jurídica”<sup>137</sup>.

Uma das mais contundentes críticas contra a Expansão do Direito Penal consiste no recurso comum à incriminação do perigo, antes mesmo do advento do dano. Há que se reconhecer, contudo, que este recurso, longe de ser exclusividade do Direito Penal moderno, já era de muito utilizado no Direito Penal nuclear, como nos dão exemplo os crimes de tentativa em muitos dos quais nenhum dano ocorre. Ademais, mesmo fora da criminalidade econômica, muitas leis penais modernas vêm recorrendo à tipificação de crimes de perigo como meio de proteção antecipada do bem jurídico<sup>138</sup>.

Por outro lado, é a irreversibilidade e a extensão do dano que justificam a prevenção operada no plano legislativo quando se antecipa a proteção penal para a fase imediatamente anterior. A vulnerabilidade dos bens jurídicos coletivos, muitos dos quais em acentuada escassez – recursos públicos, meio ambiente – demandam uma atuação preventiva do Poder Público, contra a **razão técnico-instrumental (atuarial e calculadora)** que postula para o homem uma posição privilegiada no universo, capaz de, com o uso da tecnociência, dominar o mundo e a natureza com vistas ao progresso material ilimitado da humanidade.

Contra a razão instrumental impõe-se alçar a crítica ao antropocentrismo, sustentando a existência de interesses tuteláveis mesmo sem uma relação direta

---

<sup>137</sup> COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editores, 1992. p. 284.

<sup>138</sup> Como exemplo de leis penais recentes e bastante incidentes na vida cotidiana, vale citar: a) a legislação que trata da violência doméstica contra a mulher. A Lei 11.340/06, embora originalmente não tipificasse nenhuma conduta, valeu-se de inúmeras medidas de proteção, como cautelares de natureza processual penal, tendentes a acautelar a integridade física, moral, psíquica sexual e até mesmo patrimonial da mulher. Ademais, recentemente, a Lei 13.641, de 03 de Abril de 2018, introduziu, na Lei Maria da Penha, o art. 24A, tipificando o crime de descumprimento de medida de proteção, autêntico crime de perigo abstrato, pois a consumação típica se dá tão logo descumprida pelo sujeito ativo qualquer medida de proteção imposta pela Justiça; b) a Lei 10.826/03, conhecida como Estatuto do Desarmamento, somente prevê tipos de perigo abstrato, quanto ao porte ou posse de arma de uso permitido ou não; c) A Lei 11.343/06 – Lei de Drogas – também inclui inúmeros tipos de perigo abstrato, ao incriminar a associação para o tráfico (art. 35); colaboração com o tráfico como informante (art. 37); d) o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, tem como exemplo de tipos de perigo concreto ou abstrato, conforme o caso, os arts. 97, 98, 99, 106, 107 e 108; e) o Código Brasileiro de Trânsito, Lei 9.503/97, prevê como tipos de perigo seus arts. 304 a 311.

com o homem concreto e atual, como ocorre quando se tutelam interesses que já se antevêm como de gerações futuras, os quais podem ter uma afetação individual bastante intensa<sup>139</sup>. Para uma proteção tão abrangente como a das gerações futuras, inviabilizada com os instrumentos dogmáticos gestados na Ilustração, se sustenta até mesmo prescindir-se do bem jurídico para optar-se, por um Direito Penal do comportamento, **substituindo-se o desvalor do resultado pelo desvalor da ação**.

O Direito Penal é um sistema deontológico, delimitado na tradição, que vem sobrevivendo graças à sua capacidade de adaptação. A teoria darwinista da evolução, originalmente elucubrada para explicar a evolução das espécies naturais, é aplicável às instituições sociais, de modo que as que não se adaptarem ao curso da história tendem a perecer e serem substituídas. Obviamente, por tratar de valores máximos da condição humana – liberdade individual e proteção de elevados

---

<sup>139</sup> Multiplicam-se os exemplos de danos atuais que se perpetuarão pelo futuro; dois deles, no Brasil bem recentes e de consequências ainda não completamente estimadas, como os casos de desastres ambientais de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais. O rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG é considerado o desastre industrial que causou o maior impacto ambiental da história brasileira e “o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos, com um volume total despejado de 62 milhões de metros cúbicos. A lama chegou ao Rio Doce, cuja bacia hidrográfica abrange 230 municípios dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, muitos dos quais abastecem sua população com a água do rio. Ambientalistas consideraram que o efeito dos rejeitos no mar continuará por pelo menos mais cem anos, mas não houve uma avaliação detalhada de todos os danos causados pelo desastre. Segundo a prefeitura do município de Mariana, a reparação dos danos causados à infraestrutura local deverá custar cerca de cem milhões de reais”. A distribuição não equitativa dos riscos é visível no caso de Mariana: o total pago em 2015 pela Samarco, empresa responsável pela exploração mineral na região, a título de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (calculada à base de 2% sobre o valor líquido da venda do minério), foi de cerca de 37,4 milhões de reais. Desse valor, 65% (24,3 milhões de reais) foram para o município; o restante foi dividido entre o governo de Minas Gerais (23%) e a União (12%). A Samarco lucrou 13,3 bilhões de reais entre 2010 e 2014. O lucro de 2014 foi de 2,8 bilhões de reais, segundo dados do *site* da empresa. Mesmo assim, a suspensão da licença ambiental da empresa e de suas atividades causou prejuízos econômicos à região “com quedas de 60% no comércio e perdas de cinco milhões de reais em arrecadação. Moradores fizeram protestos, em março de 2016, pedindo a volta das atividades da Samarco, que esperava ainda naquele ano reativar a mineração na região”. Ademais, “em relação às multas, a legislação brasileira prevê um teto de cinquenta milhões de reais e uma eventual alteração desse valor depende de aprovação do Congresso Nacional. O Ibama aplicou cinco multas neste valor máximo, totalizando duzentos e cinquenta milhões de reais. A presidente do Ibama, Marilene Ramos, disse que “o valor de R\$ 50 milhões está estabelecido há muitos anos, sem reajuste. Esse é um mal de se estabelecer valores em lei quando esses valores ao longo do tempo vão se perdendo”. O fato de a população depender do empreendimento mineratório e a desproporção entre as penas de multa, por mais elevadas, frente à magnitude do dano e especialmente face aos resultados financeiros obtidos pela empresa, demonstram que não se pode abrir mão do Direito Penal em favor da aplicação exclusiva de sanções administrativas, que poderiam, no caso da suspensão da licença, trazer prejuízos reflexos à própria economia local, atingindo exatamente as populações de mais baixa renda. Este desastre também demonstra bem os danos que se projetam para o futuro, pois, para além das dezoito mortes ocorridas, calculam-se prejuízos ao fornecimento de água e alimentos na região por décadas, com evidente prejuízo à vida humana e natural, conforme dados extraídos. ROMPIMENTO de barragem em Mariana. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [San Francisco: Wikipedia Foundation], 9 nov. 2019. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento\\_de\\_barragem\\_em\\_Mariana](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Mariana). Acesso em: 06 mar. 2019.

interesses sociais – a crise do Direito Penal é uma condição normal<sup>140</sup>. Na atualidade, porém, como outras instituições do Estado, encontra-se em uma encruzilhada<sup>141</sup>: ou se adéqua às transformações socioeconômicas e ganha espaços no mundo, ou resiste à expansão que lhe é demandada, correndo o risco de reduzir a especialização/diferenciação, fragmentando-se no ambiente em múltiplos subsistemas.

Uma das teses mais recentemente aportadas à ciência penal, com o propósito de fortalecer o sistema, trilha caminho bem oposto àquele sustentado na Ilustração, quando se preconizava uma delimitação intransponível entre a dogmática penal ou teoria do delito, a criminologia e a política criminal. Atualmente, ao contrário, busca-se uma reaproximação entre esses saberes com o escopo de desenvolver-se uma *ciência global* do Direito Penal<sup>142</sup>.

A dogmática ou teoria do delito constitui o núcleo mais rígido do sistema penal, de modo que a “adaptação” do sistema à identidade social da pós-modernidade pressupõe sua reformulação, para incentivar aberturas cognitivas na elaboração e na

<sup>140</sup> Nesse sentido, com acuidade, Silva Sanchez nota que “a alusão a que o Direito Penal está em ‘crise’ se converteu, em nossos dias, em autêntico lugar comum. Por isso, é frequente que as exposições de temas de fundamento ou de política criminal comecem abordando os motivos de referida crise e seus contornos concretos”. Para o penalista espanhol, ainda que tal assertiva tenha alguma “parcela de razão”, é incorreta ou inexata, já que a crise “é algo congênito ao Direito Penal como conjunto normativo” como decorrência da antinomia entre liberdade e segurança, expressa pela tensão entre prevenção e garantias, ou mesmo entre legalidade e política criminal. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradutor Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 29.

<sup>141</sup> Na feliz expressão de Díez Ripollés, a política criminal contemporânea encontra-se em uma encruzilhada entre conservar o Direito Penal liberal e garantista, endereçando à esfera administrativa o resguardo de bens jurídicos econômicos, mais acentuadamente difusos, reservando o Direito Penal à proteção clássica de bens jurídicos individuais, ou, alternativamente, aceitar o repto da proteção de bens jurídicos decorrentes da pós-modernidade, expandindo-se em direção a temas socioeconômicos de caráter marcadamente difuso. Para o penalista espanhol, os juristas, na universidade ou na jurisdição, não estão em acordo ao avaliar a ampla gama de reformas penais, processuais e penitenciárias que vêm ocorrendo, embora já fossem previsíveis: há uma atitude generalizada de rejeição depreciativa mediante a sumária qualificação de política criminal oportunista, mas que ignora o respaldo popular e político em amplo espectro ideológico (da direita à esquerda). O erro dos juristas advém de julgar estas transformações somente a partir do modelo garantista. Díez Ripollés, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 15.

<sup>142</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Corregrafic. S.L., 1998. p. 17. Referido autor, assim se expressa para explicitar as relações entre dogmática, criminologia e política criminal: “si se utiliza el modelo – demasiado simplificado, pero gráfico – de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de *norma*, otra de *hecho* y una tercera de *valor*, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho Penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política Criminal como valor. Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, si pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las disciplinas que estudian al Derecho penal”. *Ibid.*, p. 17.



aplicação da lei penal. Com efeito, as teorias causalista e finalista foram desenvolvidas tendo em conta delitos de padrão tradicional como o homicídio de único autor, mas a criminalidade que grassa na pós-modernidade, especialmente a criminalidade econômica, se reveste de características diferentes e seu enfrentamento não prescinde do Direito Penal sob pena de imunizarem-se as classes mais favorecidas ao alcance do sistema, sustentando-se um Direito Penal aplicável apenas em face dos *powerless*<sup>143</sup>.

Sinteticamente se pode afirmar que a teoria do delito se destina primacialmente a estabelecer a quem se devem imputar certos fatos penalmente proibidos. Kelsen já afirmava que a imputação é a conexão, *realizada com base em uma norma*, entre um fato (objeto da norma) e uma pessoa (sujeito da norma). O conceito kelseniano é especialmente significativo na medida em que vincula a imputação não a um processo exclusivamente causal ou teleológico, mas a uma conexão normativa, ou seja, valorativa e cultural. Como as normas devem ser (e nos países democráticos o são) expressão da autonomia social, a imputação pode resultar de um fenômeno cultural, valorativo e não predeterminado ou ontológico. Eis o nascedouro da atribuição a uma pessoa, de um fato legalmente relevante, com fundamento normativo<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Bacigalupo conclui que, nos últimos vinte anos, a dogmática penal está em transformação. De Liszt até Welzel “era una dogmática basada en el esquema de los tipos penales activos, dolosos y de lesión (material), como el homicidio, las lesiones, el aborto, robo etc., es decir, tipos cuya estructura se resumía en el esquema *acción/causalidad/resultado*. Los delitos de omisión y los delitos imprudentes constituían una incómoda variedad, en la que la causalidad de las omisiones era difícil de fundamentar y en que la culpabilidad de voluntad obligaba a toda clase de refinamientos retóricos en el supuesto de imprudencia”. BACIGALUPO, Enrique. Sobre el derecho penal y sua racionalidad (art.). In: BACIGALUPO, Enrique. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007. p. 396.

<sup>144</sup> Kelsen preleciona que, como decorre da diferença entre as ciências da natureza e a ciência jurídica ou entre natureza e Direito, a descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens prescinde da relação de causalidade, mas demanda outro princípio ordenador que lhe é análogo, a *imputação*. “A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto. Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado”. Iguamente a uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos, tal vínculo, entretanto tem razões muito diversas, pois “na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica, diferentemente do da ligação dos elementos na lei natural, resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto – enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 85-86.

Se a teoria do delito é uma teoria da aplicação da lei penal, então ela exerce uma função mediadora entre a lei e a solução do caso concreto, ou seja, entre a lei geral que expressa os conteúdos valorativos do legislador, a política criminal que inspirou a formulação da norma e a concreção desses conteúdos em uma norma particular que soluciona o caso concreto. Sob tal enfoque pode-se dizer que a teoria do delito facilita a *conexão estrutural* do sistema penal ao ruído circundante, contribuindo para a seletividade sistêmica. O estudo exclusivo da norma abstrata e suas relações intrínsecas não se constitui em uma tarefa excessivamente árdua. A polêmica em torno da teoria do crime se situa, então, especialmente, no complexo de procedimentos necessários à mediação entre a norma e o fato punível. É aqui no campo da incidência do Direito, em sua interação com o ambiente, que surgem os dilemas de mais difícil resolução, pois o sistema jurídico não existe apenas internamente. Nesta perspectiva apenas hipotética, ele não teria qualquer sentido existencial. O Direito se reproduz intrassistemicamente (autopoiese), porém a partir da abertura cognitiva e seletiva ao mundo externo, seja na sua criação genérica e abstrata no parlamento, através do processo legislativo; seja nos tribunais superiores (controle concentrado de constitucionalidade); seja, ainda, mediante a solução particularizada de casos concretos<sup>145</sup>. O Direito Penal não é e não pode ser asséptico ao cotidiano, muito pelo contrário, ele anseia por regulamentar o ambiente situado para além das fronteiras de suas gigantescas bibliotecas e seus suntuosos tribunais e busca legitimar-se nas garantias individuais e, simultaneamente, na efetividade social.

Esta mediação entre a literalidade da norma abstrata de um lado, que, por razões de segurança jurídica, *deve* ser estrita e, tanto quanto possível, despida de elementos subjetivos e, de outro, o fato concreto, resulta especialmente penosa, considerando-se a complexidade crescente dos comportamentos sociais. A aplicação da norma ao fato nem sempre se esgota satisfatoriamente nas categorias que a tradição engendrou, exige-se mais, de modo que os conceitos do sistema só se justificam mediante estruturas de pensamento que permitam a justificação de seu

---

<sup>145</sup> Note-se que tanto a lei em si produzida no legislativo, como uma sentença, emanada do judiciário, são elementos integrantes do Direito que então é autopoietico, isto porque, são atos produzidos a partir de um processo (legislativo ou judicial) que se constituem em elementos do mundo jurídico. O Direito seja uma lei, seja uma sentença, não se reproduz a partir de sistemas externos (heteropoiese). Apesar disso, embora haja um fechamento operacional do sistema jurídico ele opera cognitivamente aberto, trazendo para dentro de si a complexidade circundante e transformando em problemas intrassistêmicos, devolvidos ao meio sob a forma de *outputs*, cujo pleno acatamento dependerá de sua legitimidade social.

conteúdo. A heurística do justo no caso concreto é uma operação racional, pois a história do Direito Penal é a história de sua crescente racionalidade e, embora o conceito de racionalidade seja um tanto vago, há significativo consenso do que seja e não seja racional<sup>146</sup>.

Tem-se que para falar em imputação racional ou na formulação de uma teoria do crime que racionalize seus conceitos logrando uma adequada proporcionalidade entre os grandes propósitos do Direito Penal – a proteção de bens jurídicos (funcionalismo teleológico) ou da vigência da norma (funcionalismo sistêmico) e a garantia da liberdade individual – é necessário aprofundar as relações entre a dogmática penal, a criminologia e a política criminal, pois será exatamente nestes campos do conhecimento que se buscarão os argumentos racionais até metodologicamente científicos, necessários à fundamentação válida da solução proposta. Marques, com singular erudição, tenta demarcar os territórios da política criminal e da dogmática jurídica:

A tarefa primacial da Política criminal consiste em ponderar e em delimitar a atuação e a extensão do próprio Direito penal. A Política criminal traduz, ao fim e ao cabo, a memória da experiência penal passada, a vivência penal atual e o Direito penal que se quer efetivamente construir e realizar. É inconcebível uma política criminal justa que não seja embebida e saturada de conteúdo ético.

A Dogmática penal, por sua vez, reflete o pensamento sistemático acerca do direito positivado e, por mais crítica que se pretenda, apresenta uma certa tendência cristalizante da realidade cada vez

---

<sup>146</sup> Quando se afirma que a história do Direito Penal é a de sua permanente racionalização, vale alçar a lição de Busato, para quem “não se pode perder de vista que a história do direito penal corresponde, malgrado alguns percalços, à história de sua progressiva humanização e controle, o que constitui a mensagem central claramente exposta pelo garantismo”. O professor paranaense alinha-se tenazmente ao garantismo de Ferrajoli, ao qual define como um instrumento delimitador negativo de contenção do Direito Penal, com o propósito de deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva no que salienta a incongruência com o funcionalismo sistêmico de Jakobs, mas possível harmonização com o funcionalismo teleológico de Roxin. (BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 202-206). Ademais, especificamente sobre as raízes racionalistas do Direito brasileiro, em profícuo estudo sobre a influência de Rui Barbosa nas origens do republicanismo no Brasil, Leonel Severo Rocha assinala no célebre jurista brasileiro, uma intransigente luta contra o modelo autoritário de Floriano Peixoto e a defesa do liberalismo nos limites dos “modelos políticos que se diziam, na época, simultaneamente racionais e democráticos” respectivamente, o “governo representativo”; e o “federalismo americano”. O pesquisador identifica em Rui Barbosa, proposições sempre “jurisdicistas”, que sustentavam as reformas através de uma lei (interpretada com autonomia pelos tribunais). “De sorte que para RB, o direito encarna, como para WEBER (e ainda hoje HABERMAS), uma das formas racionais de manifestação do poder. A teoria jurídica brasileira contemporânea encontra assim em RB um dos seus fundadores”. ROCHA, Leonel Severo. A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 51.

mais cambiante e mutável. Eis aí o seu drama e a sua escolha: ou o conservantismo, a abstração e o pensamento hierático e seguro; ou a abertura, a concretidade e o pensamento inovador e inseguro.<sup>147</sup>

Se a dogmática penal, como ciência do Direito Penal, pode resistir aos influxos da Política criminal que, por sua vez, reúne saberes práticos oriundos da Criminologia, uma ciência global do Direito Penal emerge no horizonte, em que pese as naturais dificuldades para o seu desenvolvimento. Tais dificuldades decorrem do caráter deontológico da dogmática e ontológico da Criminologia, enquanto a Política criminal parece reunir saberes de ambas naturezas, já que é formada por metas e programas, portanto deontológicos, gestados no ambiente político administrativo, a partir de conhecimentos empíricos da criminologia.

Todavia, é forçoso admitir que este é o caminho da evolução paradigmática do Direito Penal, desde a teoria causalista, finalista e, por fim, as teses de imputação objetiva, hoje sustentadas por Roxin e Jakobs.

O causalismo e sua posterior evolução, o finalismo, são teorias tendentes ao ontologismo, ou seja, buscam proceder ao processo de imputação com base em regras do “ser”, dentro de uma lógica menos flexível possível. É fora de dúvida que, no marco dessas escolas, *a teoria da equivalência dos antecedentes causais* representa um recurso lógico de extrema relevância para a formulação da dogmática jurídica, sobretudo porque instrumentaliza um mecanismo seguro de determinação da responsabilidade penal<sup>148</sup>. Todavia, cumpre reconhecer que esta mesma teoria enfrenta um esgotamento de suas possibilidades, quando se depara com seus limites causais ônticos, insuficientes à determinação da responsabilidade penal em todas as hipóteses, quer por possibilitar uma abrangência excessiva de ações imputáveis, quer porque, em outros casos, não logra explicar a necessária atribuição de responsabilidade defluente de razões normativas.

Criticando esta concepção, Welzel sustentou que

---

<sup>147</sup> MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 38.

<sup>148</sup> A teoria da equivalência dos antecedentes causais inseriu-se na dogmática penal através da concepção teórica causalista, a seu tempo inspirada sobremaneira nas concepções mecanicistas então vigentes. Para o causalismo, ação é todo movimento corporal causado por ato voluntário, assim entendido como aquele livre de pressão mecânica ou psicológica, não relevando o conteúdo da vontade ou mesmo da consciência, os quais seriam averiguados como tema da culpabilidade.

[...] o defeito fundamental da teoria da ação causal consiste no fato de que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer<sup>149</sup>.

Para a teoria finalista a ação só pode ser uma conduta humana orientada teleologicamente e não mecanicamente. Esta progressão do causalismo para o finalismo reduz o efeito do ontologismo causal na imputação, agregando maior valoração à ação, orientada finalisticamente, do que ao resultado. Tal câmbio paradigmático, mais do que transferir o elemento subjetivo da ação para o campo da tipicidade, como o substrato intencional que motiva a conduta, ainda pode melhor justificar, como efeito colateral, a tipificação de crimes de perigo. Roxin ressalta que duas foram as grandes conquistas impulsionadas pelo finalismo; primeiro, a diferenciação entre os tipos de delito que encontra amparo na investigação da finalidade. Neste ponto, revela-se mais nítida a distinção entre crimes culposos e dolosos, de perigo e de dano, tentados e consumados etc. A outra conquista, ainda mais relevante, é o descobrimento do *desvalor da ação* enquanto elemento constitutivo do injusto penal, necessário à delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal<sup>150</sup>.

Nos tipos tradicionais, normalmente relacionados à “criminalidade de massa” – homicídio, roubo, furto, estelionato etc. – o critério da finalidade revela-se suficiente à configuração típica e a determinação do nexa causal pode ser efetuada mediante a *conditio sine qua non* sem maiores dificuldades. Mas é verdade que, em muitos tipos – com culpa ou dolo eventual – notadamente referidos à “criminalidade moderna”, a finalidade joga um papel não tão relevante quanto o desvalor da ação, quando esta compreende a criação de um risco não permitido, não raro independente dos fins do autor<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35.

<sup>150</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006. p. 59-60.

<sup>151</sup> Cuide-se, por exemplo, da posse ou porte ilegal de armas, da embriaguez ao volante, da entrega de direção a pessoa inabilitada, da colocação à venda de produto impróprio ao consumo e de inúmeros crimes ambientais. Nesses casos, não é tão relevante perquirir-se a finalidade, já que, comumente, são crimes de dolo eventual, em que a finalidade não se revela assim tão nitidamente. O fundamento ético da punição está na consciência da ação, no seu desvalor, derivado este da criação de um risco proibido. Nestas novas categorias delitivas, notadamente, os crimes de perigo abstrato ou concreto e aqueles qualificados pelo resultado danoso, relevam muito mais os valores cultivados no seio da política criminal do que a averiguação pura e simples dos fins do autor.

Roxin, contudo, é moderado ao delinear seu pensamento, pois não desconhece a relevância da teoria finalista, nem propõe sua substituição, sugere, porém, critérios complementares destinadas a dar respostas “práticas”<sup>152</sup>, esclarece que todas as categorias do Direito Penal baseiam-se em princípios reitores de política criminal que, aplicados à matéria jurídica e aos dados empíricos, permitirão conclusões mais apropriadas às especificidades de cada caso. Assim preconiza que “à luz de tal procedimento –, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante, em parte irrelevante e em parte necessitada de complementação por outros dados empíricos”:

Assim, p. ex., a finalidade do autor é decisiva quando se quer saber se há tentativa de homicídio ou um disparo por mero susto. Afinal, como foi dito, o injusto da tentativa fundamenta-se, ainda que não exclusivamente, na finalidade do autor. Por outro lado, a modalidade do controle finalista é irrelevante se se quer responder à pergunta quanto a se aquele que dispara contra outrem em legítima defesa putativa comete ou não uma ação dolosa de homicídio. E, noutros casos, a finalidade deve ser complementada por critérios de imputação objetiva quando o que importa é saber se uma lesão a bem jurídico almejada ou cujo risco foi assumido pelo autor representa ou não uma realização típica de um risco não permitido.<sup>153</sup>

Parte-se, pois, do pressuposto de que casos existem em que o nexa causal, por seu conteúdo mecanicista/ontológico e “cego a valores”, não permite adequada distinção entre condições permitidas e proibidas de um determinado resultado que pode ser exclusivamente jurídico e não material (nos crimes de perigo). Ademais, a mera literalidade típica, por sua exaustão semântica, seus limites conceituais necessariamente estritos, não fornece, para a imputação do resultado, nenhum critério que ultrapasse o do nexa causal. A este ponto, o jurista vê-se preso em um círculo só aparentemente completo, mas visivelmente insuficiente: dispõe do tipo legal, que atende ao pressuposto do *nullum crimen sine lege*, este lhe oportuniza o nexa causal, mas livre de elementos normativos indispensáveis à imputação. O pressuposto ora defendido é que a imputação é muito mais um fenômeno normativo

<sup>152</sup> Silva Sanchez, comentando o funcionalismo teleológico, acentua que “em suas origens, a preocupação de Roxin é ‘prática’, e está bastante relacionada às críticas mais triviais ao sistema. Sua proposta constitui, portanto, uma tentativa de salvar o sistema, tornando-o, ao mesmo tempo, apto a resolver problemas. A solução diante do sistema fechado, por um lado, e o pensamento tópico, por outro, é recorrer ao ‘sistema aberto’, de orientação teleológica”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradutor Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 123-124.

<sup>153</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35.

<sup>153</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006. p. 61-2.

e axiológico do que meramente causalista, por isso, em muitos casos, é complementada por elementos relacionados à política criminal prevalente.

E quem tem legitimidade para propor a política criminal em um Estado Democrático de Direito? De onde se extraem prioridades, programas, metas e papéis? Razão assiste a Luhmann quando alertou que, nas sociedades primitivas, a política criminal residia em um esquema binário simples entre Direito e moral religiosa, mas nas sociedades pós-modernas, com a laicização do Direito, a dualidade *Direito – moral* é substituída por esquema quádruplo entre *pessoas, papéis, programas e valores*, enquanto diferentes planos de construção de complexos de expectativas<sup>154</sup>.

Seria bastante singelo invocar o parágrafo único do art. 1º da Constituição para responder à pergunta contida no limiar do parágrafo anterior. A política criminal deve ser definida pelos representantes eleitos do povo, em nome de quem todo o poder é exercido. O legislador penal, entretanto, produziu, ao longo da história, um universo tão amplo de leis penais, que, na realidade, não define nenhuma política criminal no sentido de metas ou programas de atuação prioritária dos demais órgãos de *enforcement* legal. Esta definição está mesmo delineada já pelo legislador constituinte que definiu, entre os objetivos da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos ou discriminação em que a pobreza e a marginalização fossem erradicadas (art. 3º da Constituição Federal). Para tanto, estabeleceu, em nível constitucional, à guisa de direitos fundamentais, direitos humanos de cariz individual (art. 5º) e social (art. 6º), norteou a administração pública pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e a ordem econômica pelos da função social da propriedade, livre iniciativa e concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170).

Destarte, só a partir da Constituição Republicana já se poderia extrair uma política criminal baseada na realização dos fins do Estado Democrático de Direito que atentasse para estes objetivos da República e princípios da administração pública e atividade econômica. Nem se trata de eleger, como prioridade, uma política criminal voltada ao enfrentamento da criminalidade de rua ou, alternativamente, da criminalidade econômica, mas de definir metas e programas para enfrentamento de ambas.

---

<sup>154</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 107.

### 2.3 A Regulação da Economia e da Política como Função Irrenunciável do Direito, Inclusive do Direito Penal. A Equidade e a Posição Originária em Rawls como hipótese para legitimar o Direito Penal moderno em face das gerações futuras

A pós-modernidade vem nos revelando uma problemática compatibilização entre o capitalismo enquanto sistema econômico e enquanto ideologia liberal. O Direito Penal da Ilustração foi concebido de acordo com os valores da ideologia liberal, mas o sistema econômico correspondente não funciona plenamente de acordo com esta ideologia. O mercado e sua avidez insaciável pelo lucro surge como um novo Leviatã a ameaçar a emancipação que fora a ideia central da ideologia liberal; substitui-se o potencial político do sujeito pelo seu potencial de consumo e a globalização puramente econômica ameaça o Estado social e suas conquistas.

Santos explica esta incongruência entre a ideologia liberal do Iluminismo e o sistema capitalista real asseverando que a matriz da modernidade idealizava a transformação da sociedade pré-moderna em sociedade moderna, a partir de um equilíbrio entre seus dois pilares mestres: regulação e emancipação. O pilar da regulação se estribaria em três princípios básicos: o princípio do Estado (Hobbes), o princípio do mercado (Locke) e o princípio da comunidade (Rousseau). Já a coluna da emancipação seria constituída pela articulação entre três dimensões da racionalização e secularização da vida coletiva: a racionalidade moral-prática do Direito moderno; a racionalidade cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas; e a racionalidade estético-expressiva das artes e literatura modernas<sup>155</sup>.

Mas à medida que a trajetória da modernidade, enquanto ideologia foi sendo subjugada pela trajetória da modernidade, enquanto sistema capitalista, o pilar da regulação, capitaneado pelo mercado e pelo Estado, foi predominando sobre o pilar da emancipação, produzindo neste último desequilíbrios variados. Nesta esteira, a dimensão cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas, dimensão que se mostrava mais identificada com os interesses expansionistas do capitalismo e, portanto do mercado, prevaleceu sobre as demais dimensões, colonizando a arte e o Direito, sendo este último reduzido de uma riquíssima tradição jusfilosófica, sociológica e política, a uma ciência jurídica excessivamente dogmática.

---

<sup>155</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 236.



A orientação sistemático-capitalista do mercado sobrepujou as promessas emancipacionistas das Luzes, tidas por supérfluas na sua lógica, porquanto não servissem a um objetivo expansionista do capital. Tal constatação se observa na Arte e no Direito, quando se verifica o empobrecimento da cultura de massa, cada vez mais voltada a objetivos meramente comerciais e quando se vê, no âmbito do Direito, uma cultura jurídica de reprodução e não de produção de sentido, acrítica, voltada à solução rápida, repetitiva e automatizada dos conflitos intersubjetivos.

Já no pilar da regulação, o desequilíbrio

[...] consistiu globalmente no desenvolvimento hipertrofiado do princípio do mercado em detrimento do princípio do Estado e de ambos em detrimento do princípio da comunidade. Trata-se de um processo histórico não linear que, nas sociedades capitalistas avançadas, inclui uma fase inicial de hipertrofia total do mercado, no período do capitalismo liberal; uma segunda fase, de maior equilíbrio entre o princípio do mercado e o princípio do Estado sob pressão do princípio da comunidade, o período do capitalismo organizado e sua forma política própria (o Estado-Providência); e, por último, uma fase de re-hegemonização do princípio do mercado e de colonização, por parte deste, do princípio do Estado e do princípio da comunidade, de que a *reaganomics* e o *thatcherismo* são chocantes manifestações.<sup>156</sup>

O individualismo liberal levado ao extremo desumaniza o outro e neutraliza as tendências solidárias da comunidade, conduzindo a sociedade ao atomismo e ao medo hobbesiano. Nos seus aspectos mais perversos, a globalização quando apenas econômica, sob a égide de princípios liberais, multiplica e generaliza os efeitos do individualismo extremado, revogando direitos fundamentais, especialmente os de viés social, opondo-se à sua universalização e, paradoxalmente, enquanto elimina diferenças culturais entre os povos, padronizando a cultura, aumenta as diferenças socioeconômicas, posto dimensionar, planetariamente, os potenciais monopolizadores do capital<sup>157</sup>. Em lugar do Estado

---

<sup>156</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 237.

<sup>157</sup> Faria, prefaciando o livro de Cittadino, **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, sintetiza com maestria a crise de paradigmas, resultante dos esforços substitutivos do Estado Social pela sociedade neoliberal. Para ele, “crescimento da produção, pleno emprego e difusão de benefícios por meio do Estado, princípios correntes entre o pós-guerra e os anos 70, acabam, como se vê, sendo postos em xeque nas décadas finais deste século. A ideia de justiça viabilizada por instrumentos fiscais, por exemplo, é substituída pela condenação sistemática dos tributos progressivos. Os gastos sociais, fundamentais para a correção das desigualdades, são atingidos mortalmente por discursos canonizadores da austeridade monetária. Os mecanismos de proteção ao trabalho são submetidos a um processo de flexibilização, deslegalização e desconstitucionalização. A revogação dos monopólios públicos e os programas de privatização

social, destarte, insinua-se uma sociedade de risco, e o constitucionalismo, que surgiu sob inspiração liberal, como viabilizador do Estado de Direito, pois que ápice do ordenamento jurídico, e que, no início do Século XX, fora sinônimo de segurança e legitimidade, delimitando a ação do Estado, passa a ser encarado “como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia”<sup>158</sup>.

Para Ost, a razão do risco moderno pode situar-se em uma gestão policrônica do tempo, capaz de ensejar discronia entre tempos diversos, perceptível, por exemplo, entre o tempo lento da regeneração dos recursos naturais e o tempo crescentemente veloz do mercado, ávido pela utilização destes recursos; entre o tempo lento das detecções de riscos sanitários e soluções para seu enfrentamento, de um lado, e, de outro, o tempo veloz da oferta de novos produtos a consumo, capazes de ensejarem ou transmitirem esses riscos; e, finalmente, entre o tempo rápido das pesquisas e descobertas de aplicações genéticas, e o tempo vagaroso das discussões éticas e legais acerca da utilização dos seus resultados. No confronto entre as alternativas parece sempre prevalecer a lógica imediatista do lucro, que se afigura mais poderosa, em face dos interesses que alberga. Eis um dos aspectos mais deletérios da globalização: a concorrência em escala internacional pela conquista de mercados enseja o retorno do risco e do medo do futuro, de sorte que, de um Estado de Bem-estar social, destinado a proporcionar segurança social, parte-se para uma sociedade de risco securitário<sup>159</sup>.

Na sociedade de risco, o “perigo” vem de alguma forma do exterior, o “risco” é um produto derivado, um efeito perverso ou colateral das nossas próprias decisões. A sociedade do risco é uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário (sangue contaminado, medicamentos falsificados, pandemias), no risco alimentar, ou ainda no risco tecnológico (centrais nucleares, aquecimento climático, buraco na camada de ozônio e mais imediatamente barragens e desmoronamentos em razão de obras de construção civil em áreas instáveis). O que hoje se apresenta já não é mais o risco individual do passado,

---

convertem obrigações do Estado e direitos dos cidadãos em negócio empresarial. A transferência de serviços essenciais da esfera governamental para a iniciativa privada leva seus beneficiários a serem tratados como simples consumidores. E atividades como educação, saúde e previdência tornam-se produtos redutíveis ao conceito de mercadoria, passando a ser objeto de contratos privados de compra e venda”. FÁRIA, José Eduardo. Prefácio. *In*: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. xvii.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. xv.

<sup>159</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?]. p. 345.

previsível estatisticamente e, portanto, dominável cientificamente. Identifica-se, pois, em face da própria evolução tecnológica e da discronia antes mencionada, um risco catastrófico, irreversível, que frustra nossas possibilidades de previsão e domínio.

Retornando, pois, o medo e o risco ao centro das preocupações coletivas, ganha importância o pensamento de Hans Jonas e sua *heurística do medo*, para quem impende identificar este novo medo como um receio dos grandes danos irreversíveis que a evolução tecnológica pode causar às gerações atuais e futuras. Este medo do pior pode funcionar como bom conselheiro, ao impor, para que exista futuro, a obrigação de procurar saber (princípio de prevenção) e em caso verossímil de incerteza sobre a realidade e a gravidade do risco, a obrigação, quer de se abster, quer de redobrar a prudência (princípio da precaução)<sup>160</sup>.

A preocupação com a ética aplicada ao contexto da atual civilização tecnológica é especialmente atual em um momento em que o uso descontrolado e irresponsável dos recursos naturais, os avanços das pesquisas científicas tangentes ao genoma humano e às técnicas de manipulação genética, e as novas armas de destruição em massa, impõem relevantes questionamentos acerca de qual lógica vem realmente inspirando aqueles que investem em tais atividades? Com a previsão científica de danosos reflexos da natureza sobre o meio antrópico, impõe-se envidar esforços no sentido de tornar possível uma macroética da humanidade que complemente a ética individual até então vigorante, assumindo uma dimensão capaz de engendrar responsabilidades coletivas preventivas, mais eficazes que a responsabilidade pessoal sancionatória por atos pretéritos.

Para tanto, há que se levantar críticas reformistas à utopia moderna de Francis Bacon que, com seu *saber é poder*, programou colocar o conhecimento humano a serviço do domínio da natureza, enfatizando uma visão antropocêntrica do universo. Com efeito, nos últimos séculos, o poder de persuasão dos processos científicos e tecnológicos foi-se tornando incontrolável, gerando um vazio ético que faz da ciência a única fonte da verdade, não restringível por normas morais ou jurídicas, o que corresponde a um poder apocalíptico e totalitário da tecnociência a ameaçar a humanidade, quanto à sua existência física e no tangente à integridade da sua essência.

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 343.

Esta responsabilidade para o futuro já não é uma responsabilidade individual, mas coletiva e, não recai apenas em pessoas concretas, mas, especialmente, em instituições, porquanto se trata de uma responsabilidade sociopolítica, que informa a maioria dos problemas éticos da moderna civilização técnica. Para Hans Jonas ela é uma responsabilidade que se funda no medo, mas não no medo hobbesiano antifraternal e, sim, muito ao contrário, em um medo que inspira cuidados para com as gerações futuras, ante a constatação de que o homem e todas as espécies do planeta correm hoje riscos de danos irreversíveis e até de extinção.

Esta prefiguração de situações-limite negativas pode ser a fonte de um temor sábio e ético a guiar o homem nas escolhas responsáveis para com o futuro. Deste modo, desponta o medo com uma poderosa capacidade heurística, impondo um novo imperativo categórico: *age de modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica na terra*, ou, em outros termos, *na tua escolha presente, inclui também como objeto do teu querer a futura integridade do homem*. Ou de forma negativa, *que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos para a futura possibilidade de vida*, ou mais simplesmente, *não ponhas em perigo as condições da continuidade indefinida da humanidade na Terra*<sup>161</sup>.

A visão antropocêntrica de mundo insiste em presidir a aplicação do Direito e não é diferente com o Direito Penal; busca-se obstinadamente situar o conceito de bem jurídico no homem concreto e atual. Destarte, com o recurso à centralidade do interesse pessoal, Schmidt desenvolve sua tese da fundamentação antropológica dos delitos econômicos, com a pretensão de desenvolver um conceito material de crime econômico compatível com a proteção humanitária que todo o Direito Penal deveria perseguir, preservando o “manto liberal-secularizado da estrutura principiológica do direito penal”<sup>162</sup>. Em sentido similar, Miguel Tedesco Wedy, preocupado com o avanço das teses que embasam a funcionalidade do Direito Penal em um efficientismo utilitarista e instrumental e almejando um equilíbrio entre justiça e garantismo, defende “a verificação da eficiência a partir de um fundamento (a relação ontoantropológica), de uma função (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e de uma finalidade (o alcance da justiça e da paz

---

<sup>161</sup> NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 82, t. 01, p. 131, jun. 2001.

<sup>162</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

jurídica).” Para Wedy o equilíbrio entre estes três vetores legitimaria a ideia de eficiência em direito penal. O autor invoca os magistérios de Ferrajoli, para quem o Direito Penal só se justifica no esforço de conter a violência arbitrária da sociedade e, portanto, nos limites mínimos de repressão, e de Costa Andrade, que visualiza nas reformas penais mais recentes um esforço de redução das garantias individuais e intromissão crescente na esfera individual no suposto da superioridade ética do Estado. Destarte, Wedy<sup>163</sup> constrói sua crítica contra o efficientismo “sem bases ontoantropológicas”, centrado na crença de que a celeridade do processo e o afastamento das garantias fundamentais como meros obstáculos àquela celeridade, estariam justificados no escopo finalista de combater a impunidade. Sua crítica vai mais longe, quando visualiza um abandono crescente do fundamento ontoantropológico a que alude reiteradamente, na tendência indisfarçável das autoridades estatais de preferir o enfrentamento da moderna criminalidade econômica em detrimento da delinquência tradicional que mais afeta diariamente bens jurídicos pessoais.<sup>164</sup>

Concorda-se em boa medida com estes autores. Em hipótese alguma se poderia defender um processo penal que levasse à aplicação do direito penal de modo mecanicista, negligenciando as tradições humanistas que inspiraram a racionalização do Direito Penal. Todavia, centralizar em excesso a função do Direito na pessoa humana atual e concreta conduz a um atomismo antropocêntrico igualmente pernicioso e indefensável. É indiscutível que há bens jurídicos com dignidade penal que interessam mais às gerações futuras que às presentes; há ainda bens jurídicos que merecem proteção penal, desde consensos éticos bastante recentes e, portanto podem inscrever-se no que se denomina Direito Penal moderno, a despeito da pequena afetação individual, como a proteção de florestas e mananciais distantes de comunidades humanas que, exatamente por integrarem, ecossistemas intensamente preservados, com rica biodiversidade, demandam mais proteção do que outros espaços naturais antropizados, a despeito de que, sua

---

<sup>163</sup> WEDY, Miguel Tedesco. Eficiências, garantias e justiça no processo penal (art). **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 12, n. 52, p. 165-167, jan./mar. 2014.

<sup>164</sup> WEDY, Miguel Tedesco. Eficiências, garantias e justiça no processo penal (art). **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 12, n. 52, p. 165-167, jan./mar. 2014.

destruição ou perturbação, pouco ou nada influenciaria a qualidade de vida do homem concreto e atual<sup>165</sup>.

A atomização do mundo da vida em trajetórias puramente individuais no marco da pós-modernidade, com prejuízo à esfera da cidadania e mais ainda da emancipação, não recomenda a renúncia do Direito ao controle do mercado ou mesmo de aspectos puramente egoístas da ação humana. Sociedades como a brasileira, marcadas pela desorganização e pela heterogenia, inclusive econômica, dependem da tutela de instituições públicas para garantir algum nível de emancipação e mais ainda de justiça social. Em uma fase histórica em que a representação política vive em franca crise de legitimidade, exatamente pela revelação de relações promíscuas com o mercado, o Direito Penal não pode desprezar as demandas por modernização, sob pena de tornar-se um sistema arcaico, anacrônico e, portanto, até dispensável.

Rawls inicia sua Teoria da Justiça a nos recordar que “a Justiça é a primeira virtude das instituições assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”<sup>166</sup>. Sua concepção de justiça como equidade parte do princípio de sociedade como empreendimento cooperativo marcado pelo paradoxo entre conflito e identidade de interesses. A identidade de interesses está em que todos os membros podem almejar uma vida melhor desde que se cooperem mutuamente, mas há ainda, na base de toda sociedade, um conflito de interesses na medida em que cada um pretende maior participação nos benefícios produzidos pela colaboração mútua. Nesse ponto, ele não desconhece a teoria da prevalência dos interesses individuais ou corporativos de Rousseau e Sièyes, a que se fez alusão acima. Rawls crê existir um conjunto de princípios de justiça social capazes de ordenar a distribuição

---

<sup>165</sup> Acerca do antropocentrismo que vincula a teoria do bem jurídico, vale alçar a reflexão de Figueiredo Dias para quem os **bens jurídicos coletivos** devem ser admitidos como **autênticos bens jurídicos**, ainda que se os possa reconduzir, por ligações mais ou menos distantes, a interesses legítimos da pessoa, pois “o caráter coletivo do bem jurídico não exclui a existência de interesses individuais que com ele convergem” de modo que, por exemplo, a poluição do meio ambiente, a despeito de prejudicar interesses de toda uma comunidade, também atenta contra os interesses individualmente considerados dos membros desta coletividade, com maior ou menor grau de sensibilidade. “Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva, inclusivamente, à extinção de alguma espécie rara, também aí se verifica a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização [...] por parte do homem”. Em tal exemplo não se descortina nenhuma ofensa, sequer mediata, a qualquer bem jurídico individual, nem sequer um bem jurídico *meio* destinado à proteção de algum bem jurídico *fim*. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, p. 150.

<sup>166</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradutores Almiro Pisetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 03.

adequada do conjunto de vantagens, “eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”<sup>167</sup>. Uma sociedade é bem ordenada quando, transcendendo a função de promover o bem de seus membros, é, ainda regulada por uma “concepção pública de justiça”, na qual “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios”, ou seja, há uma generalização de expectativas normativas acerca de princípios de justiça social, de modo que “se a inclinação dos homens ao interesse próprio torna necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível sua associação segura; [...] o desejo geral de justiça limita a perseguição de outros fins”<sup>168</sup>.

Além deste consenso acerca da ideia de justiça, serão necessárias coordenação, eficiência e estabilidade. Para haver coordenação é curial que os planos individuais se coordenem ou se encaixem de modo que as diversas atividades pessoais sejam compatíveis e ninguém sofra graves frustrações em suas expectativas. Ademais, a consecução desses planos deve ser coerente com a ideia de justiça e ter eficiência no desenvolvimento homogêneo da sociedade. Por fim, “o esquema de cooperação social deve ser estável” de modo que suas regras norteiem espontaneamente a ação dos homens e, “quando ocorrem infrações, devem existir forças estabilizadoras que impeçam maiores violações e que tendam a restaurar a organização social”<sup>169</sup>. Sem um consenso razoável, entretanto, fica difícil aos membros de uma comunidade coordenar seus esforços com eficiência a fim de garantir o cumprimento de acordos mútuos de cooperação social. “A desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos da civilidade, e a suspeita e a hostilidade tentam os homens a agir de maneiras que eles em circunstâncias diversas evitariam”<sup>170</sup>. Para Rawls, o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais precisamente, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes [a Constituição Política e os principais acordos econômicos e sociais]

---

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 05.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 05.

<sup>169</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradutores Almiro Pissetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 06-07.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 07.

distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”<sup>171</sup>.

O autor, todavia, reconhece que, conforme suas origens familiares e ambientes de crescimento e, acrescenta-se por nossa conta, o gênero e a raça, as pessoas têm “pontos de partida” diferentes desde o nascimento, dependendo de contextos socioeconômicos arraigados na estrutura social a estabelecer desigualdades profundas nas sociedades. Destarte, para corrigir estas desigualdades, “supostamente inevitáveis” e independentes das ideias de mérito e valor, cumpre recorrer aos princípios de justiça social elaborados em sua teoria da justiça, capazes de fazer uma correção de desigualdades mediante atribuições normativas de vantagens, eventualmente compensatórias, aos integrantes daquela coletividade. Baseado em sua hipótese da posição originária, o jusfilósofo sustenta que:

[...] as pessoas, na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. Esses princípios excluem instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo. Pode ser conveniente, mas não é justo que uns tenham menos para que outros possam prosperar<sup>172</sup>.

Partindo das teses contratualistas de Locke, Rousseau e Kant, Rawls desenvolve sua tese particular do contrato social desde a noção basilar de justiça como equidade. O estado de natureza dos contratualistas do Iluminismo é substituído por uma releitura mais elaborada: a posição original, “um *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos”, reforçando sua tese isonômica<sup>173</sup>. O autor alerta para não deixar-

---

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 07-08.

<sup>172</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradutores Almiro Pisetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 16.

<sup>173</sup> Segundo Tramontina e Parreira, “a ideia da posição original é uma releitura da condição do estado de natureza presente nos contratualistas, pois, nesta, a manutenção do indivíduo depende de seu próprio esforço, e não existe poder coercitivo que o obrigue a reconhecer os direitos dos outros. Naquela, os indivíduos são pessoas racionais, reciprocamente desinteressados e situados em posição de igualdade em relação uns aos outros”. TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Any Marie Santos. A teoria da justiça de John Rawls como aporte teórico para a avaliação e a formulação de políticas públicas (art.). **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n 139, dez. 2015.



se iludir pelo ideal da posição original, pois sua pretensão teórica é somente a de tornar nítidas as restrições a serem impostas à elaboração e aos próprios princípios de justiça social, como, *v. g.*, que ninguém pode ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou pela escolha pessoal de princípios em seu benefício (privilégios normativos). Nesse ponto, a elucubração teórica do “véu da ignorância” é fundamental para justificar a definição equitativa dos princípios gerais básicos de uma ordenação social, e exemplifica, se um homem sabe que é rico, naturalmente será contra a implementação ou incremento de impostos ainda que se argumente em favor do bem estar geral, mas se sabe que é pobre escolherá justamente o contrário. Atrás do véu da ignorância, todos estariam privados desta informação de modo que o desconhecimento de vários aspectos relacionados aos *status* das partes – posição social, dotes e habilidades naturais, concepção de bem e propensões psicológicas – garantiriam a imparcialidade do julgamento e da deliberação. A ferramenta teórica do véu da ignorância se destina a corrigir as distorções nos resultados distributivos da justiça causadas por contingências sociais e históricas.

A “posição original” assim caracterizada é a situação em que as partes pactuantes de um contrato social têm os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios, cada um pode fazer propostas e defendê-las racionalmente, pressupondo a atuação de pessoas éticas com senso de justiça, capazes de fazer escolhas racionais dos princípios de justiça a serem aplicados à sociedade em que viverão, “em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido por contingências sociais e naturais”<sup>174</sup>. Na posição original e sob o véu da ignorância, a simetria equitativa entre as partes permite a elaboração de uma Constituição e suas leis, e a criação das instituições, inspirados por princípios que ele resume em dois enunciados, a saber:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradutores Almiro Pissetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 21.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 64.

O primeiro destes princípios diz respeito ao catálogo de liberdades fundamentais que já vem expresso em várias Constituições ocidentais, inclusive a Constituição brasileira. Já o segundo princípio estabelece que as desigualdades econômicas e sociais somente se justificam se facilitarem igualdade de oportunidades a cargos e posições e maior benefício possível aos indivíduos menos favorecidos da sociedade. Este princípio aplica-se, portanto, à “distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade”<sup>176</sup>.

Esta incursão muito célere sobre Rawls se destina a uma analogia que se entende relevante para o desenvolvimento desta tese: pode-se imaginar nossa posição atual na história, hipoteticamente, como uma posição original, com exclusão de sermos ou não mais privilegiados, e, sob o manto da ignorância em relação à de nossos descendentes no futuro, impor-nos a elaboração de instituições legais e culturais baseadas nos princípios de responsabilidade e equidade a que se aludiu anteriormente.

Se tomarmos em geral a responsabilidade das gerações atuais em face das gerações futuras no concernente a possibilitar melhores condições de vida no planeta seja pela preservação de um meio ambiente natural e antrópico seguro e capaz de ensejar o desenvolvimento harmônico da humanidade e da natureza; seja pelo funcionamento de instituições legais e sociais democráticas, eficientes a garantir equânime distribuição de direitos e oportunidades ou, resumidamente, pelo asseguramento de equidade, higidez e sanidade natural, normativa e cultural para o futuro, então, ao que parece, está-se em uma situação atual muito similar à “posição original” de Rawls, pois, hodiernamente, se ignoram as condições de vida de nossos descendentes no futuro.

É natural que a maioria das pessoas desenvolva uma relação afetiva mais intensa em relação à sua própria descendência, e apenas poucos iluminados conseguem desenvolver o “amor pela humanidade”, o denominado amor ágape<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>177</sup> Na antiguidade ágape era o amor pela família, em contraposição ao amor desinteressado entre amigos, hoje denominado amizade, e ao amor “Eros” de natureza sexual e romântica. Os cristãos deram ao termo ágape um sentido mais abrangente, São Paulo descreve o amor como segue: “O amor (ágape) é paciente, o amor é amável. Sem inveja, ele não tem ostentação, ele não é orgulhoso. Não é rude, ele não é interessado, ele não se irrita facilmente, ele não mantém nenhum registro dos erros. O amor não se deleita com o mal, mas rejubila com a verdade. Protege sempre, confia sempre, sempre tem esperança, sempre persevera. O amor nunca falha” (1 Coríntios 13:4-8). Esta noção passou a ser norteadora, ao menos na ideologia cristã, de um agir responsável para com toda a humanidade, mesmo as gerações do porvir. BIBLIA. Português. **Bíblia sagrada**.

Destarte, ao menos em relação aos familiares futuros – filhos, netos, sobrinhos etc. – recomenda-se ter em mente, a nortear nossas ações atuais, o tipo de mundo que lhes será legado. É como se, excluindo ao menos hipoteticamente, nossas posições atuais, mais ou menos privilegiadas, e sob o véu da ignorância em relação às posições de nossos descendentes em gerações futuras, pudéssemos hoje estabelecer instituições capazes de garantir o primado da justiça desde agora até os horizontes futuros, mesmo os mais distantes.

Como preconiza Ost, muitas promessas vieram bem antes de suas consolidações fáticas, mas obrigaram duravelmente o futuro de modo a tornarem-se realidade. No final do Século XVIII, a Revolução Francesa prometeu igualdade e liberdade, mas só no século XIX a escravidão foi abolida das próprias colônias francesas e a igualdade de sufrágio só veio para as mulheres no Século XX. O compromisso com os direitos intermediários é uma promessa do Século XX, mas os riscos sociais a eles impostos ainda persistem. Trata-se, pois, de edificar horizontes hermenêuticos distantes que possam veicular promessas no seio de uma estrutura prévia de sociedade que gere a obrigação de fidelidade à palavra dada sem a qual o beneficiário não poderia ‘acreditar’ no compromisso<sup>178</sup>.

O tempo futuro da promessa é um tempo constitutivo dos compromissos sociais tanto públicos quanto privados e, nas sociedades democráticas, estes compromissos vêm inscritos nas constituições republicanas. Trata-se de uma fé, não como crença, mas como relação interativa, positivada na forma da *boa-fé*, geradora de “fidelidades”, de “confiança” e de “lealdades”, cuja etimologia remete para a figura da lei (lealdade vem do latim *legalis*) e cujo sentido é o de fidelidade aos compromissos e às instituições.

No presente, entretanto, assiste-se a uma ruptura nociva para com a lealdade ao Direito materializada na criminalidade moderna organizada e muito especialmente na grande corrupção político-administrativa e suas consequências danosas ao Estado Democrático e Social. A magnitude da corrupção coloca em risco o sistema social, especialmente os mecanismos do próprio Estado para o adimplemento das promessas constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esta grave disfunção somente pode ser adequadamente

---

Editor responsável Russell P. Shedd; traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida Nova; Brasília, DF? Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. p. 208.

<sup>178</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?]. p. 215.

enfrentada por instituições independentes como o Ministério Público e o Poder Judiciário. No próximo capítulo, em prosseguimento, pretende-se enfrentar tais temáticas.

### 3 A GRANDE CORRUPÇÃO COMO CRIMINALIDADE MODERNA E ECONÔMICA E SEU NECESSÁRIO ENFRENTAMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE REGULAÇÃO PENAL

A corrupção é um fenômeno de que resultam, a um só tempo, prejuízos sociais, políticos e econômicos<sup>179</sup> e que, a despeito de sua longa história, somente passou a interessar, recentemente, a setores mais expressivos da sociedade, como decorrência evidente da ampliação e qualificação das democracias modernas. Em Estados totalitários e despóticos, mais comuns no passado, o déficit de transparência e a repressão impedia o acesso a informações sobre a gestão pública, impossibilitando aferir historicamente os níveis de corrupção, ainda que se saiba de sua ocorrência<sup>180</sup>.

O processo de democratização, próprio dos Estados contemporâneos – especialmente as liberdades e garantias individuais, institucionais e a liberdade de imprensa – permitiram revelar a corrupção como uma subcultura mais ou menos entronizada nos subterrâneos da sociedade, contrautilitária, antiética, danosa e até mesmo ameaçadora às estruturas sociais mais relevantes. Ao discorrer resumidamente acerca da corrupção desde a Antiguidade, Mileski registra que Aristóteles percebera a relação entre o potencial de corrupção e a degeneração das virtudes das formas de governo, concluindo, o Estagirita, por seu papel histórico nos

---

<sup>179</sup> Através do Decreto Legislativo 5687 de 31 de Janeiro de 2006, o Brasil promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003, em cujo preâmbulo, os Estados-Partes enfatizam, como motivação para a normativa internacional, os nefastos efeitos políticos da corrupção, consubstanciados nas ameaças “para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”. Como perversos consectários socioeconômicos, a infiltração da corrupção em diversos setores da sociedade, “os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos” além dos “vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro”. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

<sup>180</sup> Destarte, Mileski anota que “é recente a preocupação com o fenômeno corrupção, tendo em vista que o Estado moderno, essencialmente de natureza democrática, com fundamentos de Estado de Direito, em que o princípio da legalidade é de cumprimento inafastável, passou a dirigir a sua ação especificamente para o atendimento do interesse público, por isso não permitindo que os dinheiros, bens e valores públicos sejam utilizados em proveito próprio do governante ou de terceiros”. Com a evolução do Estado contemporâneo em direção ao pluralismo democrático, transparente e participativo, o cidadão passa a influir mais nas políticas públicas e nos meios de fiscalização dos recursos. MILESKI, Helio Saul. **O Estado contemporâneo e a corrupção**. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 341.

ciclos de ascensão e decadência de instituições políticas e que a maioria das transformações cíclicas da história, como mudanças de direção política, está relacionada a escândalos de corrupção. Preceitua o autor que,

Dessa forma, ao final do segundo milênio cristão, o contexto de liberdade produziu um grau de informações até então nunca experimentado. Dessa difusão de informações resultou o conhecimento de que a corrupção minava as estruturas do Estado Democrático, tendo em vista que envolve ação discrepante do interesse público e deixa a Administração Pública vergada ao peso de interesses particulares, do tráfico de influências e do apaniguamento de protegidos, causando depauperamento dos dinheiros e bens públicos, em desfavor da sociedade<sup>181</sup>.

Desde as últimas décadas do século XX, como resultado dos processos de democratização do Ocidente e, muito especialmente, quando se passa a questionar-se acerca da “qualidade” das democracias, o interesse pelo tema da criminalidade econômica e, mais especialmente, da corrupção começa a apresentar-se de modo deveras enfático. A investigação empírica da corrupção é, todavia, cercada de dificuldades, primeiro porque se trata de um fato social com raízes históricas profundas, cuja principal característica consiste em permanecer oculto, assim como anônimos seus autores, e segundo porque, em que pese se alastre por diversas classes sociais, no que aqui nos interessa – a grande corrupção –, seus protagonistas ocupam posições sociais que os habilitam a erigir importantes obstáculos frente às atividades estatais tendentes a sancionar suas práticas<sup>182</sup>.

Especialmente após a queda dos últimos regimes ditatoriais do pós-guerra na América Latina e Europa, se vem gerando, em nível internacional, um crescente movimento anticorrupção nas agendas estatais e supraestatais, tendentes ao compartilhamento de conceitos e de ações<sup>183</sup>, dentre os quais, pode-se citar o

<sup>181</sup> MILESKI, Helio Saulo. **O Estado contemporâneo e a corrupção**. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 343.

<sup>182</sup> BISCAY, Pedro M. El papel de la producción de datos empíricos en la reconstrucción conceptual del objeto de investigación: corrupción y políticas públicas (*art.*). In: ORSI; Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (comp.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 53.

<sup>183</sup> Conforme já salientara Luhmann, “o processamento autorreferencial de sentido exige *generalização simbólica*. O conceito símbolo/simbólico designa o meio (*das Medium*) da formação da unidade, o conceito de generalização designa a função (que cabe a essa formação) do tratamento operativo de uma multiplicidade”. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 115). O compartilhamento de um conceito de corrupção por organizações internacionais dotadas de elevada credibilidade, potencializa um sentido comum que reforça os sistemas locais e regionais de enfrentamento do problema, além da comunicação entre estes

conceito consensualmente generalizado da Transparência Internacional, segundo o qual, *corruption is the abuse of entrusted power for private gain*, do qual se extraem duas dimensões da grande corrupção: a) o abuso de poder de quem exerce um mandato conquistado democraticamente com base em uma relação de confiança, e b) a apropriação privada de recursos ou bens públicos. Ainda que a primeira dimensão aparente maior relevância conceitual no uso político ou mesmo jurídico, a segunda dimensão – apropriação privada de recursos públicos – nos permite entrever as conexões que a corrupção forja entre a política e a economia e a diferenciação entre formas legais e ilegais de exercício do poder. Assim, para além do abuso de confiança, fator moral emergente do fenômeno em questão, também nele estão implicados

[...] mecanismos de transferencia de lo público a lo privado que involucran bienes y activos, recursos sociales y riquezas públicas distribuidas según reglas de facto manejadas por un reducido número de actores que cooperan dentro de formas de acción colectiva que presuponen la exclusión de un número de actores mayoritarios<sup>184</sup>.

Ainda que a pequena corrupção da planície social possa ser classificada como criminalidade clássica ou nuclear, a grande corrupção, levada a efeito nos altiplanos político-administrativos, é sem dúvida criminalidade moderna porque partilha de suas principais características: a) sua repressão é questionada com ênfase no plano da legitimidade; b) há evidente predomínio da motivação econômica e política com desprestígio de valores sociais historicamente conquistados como a igualdade e a solidariedade; c) observa-se a complexidade dos mecanismos de ação; d) é notório o desenvolvimento a partir de organizações criminosas que se valem da impessoalidade da conduta ou da instrumentalização de pessoas jurídicas para as práticas criminosas<sup>185</sup>; e) seus protagonistas situam-se em posições sociais privilegiadas, capazes de obstruir a ação das agências de controle e repressão.

---

sistemas, inclusive em nível de cooperação internacional, para a qual, normalmente, há exigência de homogeneidade conceitual.

<sup>184</sup> BISCAY, Pedro M. El papel de la producción de datos empíricos en la reconstrucción conceptual del objeto de investigación: corrupción y políticas públicas (*art.*). In: ORSI; Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (comp.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 54.

<sup>185</sup> No tangente, à impessoalidade da criminalidade moderna, em especial da corrupção, anotam Pérez Cepeda e Benito Sánchez que a globalização também tem dado seu contributo para o incremento das práticas corruptas, porquanto as empresas transnacionais têm adotado estratégias globais, facilitadas pelos sistemas modernos de informação e aberturas fronteiriças e, destarte, a beneficiar-se das diferenças entre o primeiro, segundo e o terceiro mundo, especialmente “de las

Por outro lado, se com relação à criminalidade de massa, há estatísticas relativamente confiáveis, como resultado da notificação efetuada pelas vítimas, especialmente aos órgãos policiais; no concernente à corrupção, os dados empíricos são muito vagos, quase inexistentes, impondo elevadíssima cifra oculta<sup>186</sup>. Em nível internacional, o recurso mais utilizado para aferir a corrupção são as entrevistas sobre a percepção da corrupção, a exemplo das efetuadas pela Transparência Internacional<sup>187</sup>, em cujo *ranking* o Brasil, que em 2018 ocupava 105ª posição entre 180 países, está em situação inferior a outros países latino-americanos com condições político-econômicas similares, como a Argentina (85ª posição) e a Colômbia (99ª), sem falar no Uruguai e Chile, que ocupam as honrosas 23ª e 27ª colocações, em situação melhor do que a de muitos países europeus.

O Brasil caiu nove posições no *ranking* de 2018 ocupando a **105ª** colocação entre 180 países avaliados, cuidando-se do **pior resultado desde 2012**, precisamente o ano em que ocorria o julgamento, no STF, da ação penal 470, conhecida como “Mensalão”, quando os dados passaram a ser comparáveis ano a ano, e representa a terceira queda anual seguida. Segundo avalia a Transparência Internacional no Brasil, tal resultado demonstra que os esforços da Lavajato, ainda

---

desregulaciones político-financieras de las comunidades económicas, de las necesidades de consumo de viejas y nuevas sociedades etc.” Para as professoras da Universidad de Salamanca “esta tendencia esconde una amenaza para la sociedad en la medida en que se reduce la visibilidad tanto de los crímenes como de sus víctimas”. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ Carmen, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción (art.). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito penal da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 188. (Coleção doutrinas essenciais – Direito penal econômico e da empresa).

<sup>186</sup> No marco da criminalidade econômica nuclear, a vítima é individualizada e, normalmente testemunha a ocorrência, provocando, de imediato a intervenção policial, de cuja notificação, ao depois, não tem como desvencilhar-se. Deste modo, mesmo a falta de confiança no sistema penal ou o medo de retaliação podem ser mitigados por técnicas de estimativa de vitimização que permitem a formação de dados mais precisos sobre a delinquência tradicional. A corrupção, por envolver a colusão de partes em situação oposta com maior risco moral (*moral hazard*) desafia um enfrentamento similar ao combate de cartéis, pois, em ambos casos, os agentes estão em conluio para a prática criminosa, ocultando a colusão dos sistemas legais endereçados à sua repressão. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção (art). In: BOTTINO, Thiago; MALAN Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 65.

<sup>187</sup> Segundo anunciado no *site* da Transparência Internacional, “o **Índice de Percepção da Corrupção (IPC)** é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro”. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2018**. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>. Acesso em: 03 jul. 2019). Esta pontuação, entretanto está em ordem inversa da colocação no ranking, assim, a Dinamarca está na primeira posição, contando com 88 pontos, ao passo que a Somália está na 180ª posição com apenas 10 pontos.



que cruciais “para romper com o histórico de impunidade da corrupção no Brasil – principalmente de réus poderosos”, não foram suficientes para enfrentar as causas estruturais do problema, o que demanda reformas legais e institucionais que “verdadeiramente alterem as condições que perpetuam a corrupção sistêmica no Brasil”<sup>188</sup>.

Por evidente, não há meios de investigar, com a profundidade necessária, um fenômeno tão complexo como a corrupção, acerca do qual pouco se têm em dados concretos; pretende-se, todavia, na sequência, registrar alguns aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos do tema, a fim de, ao depois, sugerir que o enfrentamento desta modalidade criminosa é imposição ao Direito Penal na pós-modernidade, como condição para sua evolução sistêmica.

Para tanto, inicia-se o capítulo levando a efeito uma abordagem da teoria dos sistemas a fim de carrear à tese um instrumental teórico de alta consistência, idôneo a observações de segunda ordem acerca do tema em questão, com o qual, a seguir, tem-se a pretensão de demonstrar que todo o fenômeno de Expansão do Direito Penal, verificável em nível global e muito especialmente no Brasil, é o resultado do avanço sistêmico do Direito em face do entorno, também sistêmico. Tal avanço se dá por conta da segunda fase da teoria dos sistemas, em que a dinâmica das operações já transcende a primeira fase, em que predominava o interesse na estrutura legal e institucional.

Em uma segunda seção deste capítulo, pretende-se conceituar a corrupção, inserindo-a no universo da criminalidade moderna e enfatizando o problema da

---

<sup>188</sup> TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2018**. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>. Acesso em: 03 jul. 2019. Convém, entretanto, observar que, o *ranking* da Transparência Internacional é aferido através de entrevistas de percepção com investigadores internacionais e entidades do mercado, concluindo-se pela inserção de elementos subjetivos nas respostas capazes de superestimar a percepção a partir dos escândalos noticiados na mídia que tornam mais “perceptível” a corrupção neste ou naquele país. Neste caso, precisamente o Mensalão e a Lavajato podem ter causado efeito reverso, pois, a despeito de revelarem a corrupção, tornaram-na mais visível, prejudicando a avaliação do Brasil pelos entrevistados. Autores como Alencar e Gico Jr. alertam que o índice de percepção pode representar conclusões enganosas, pois “estimativas derivadas de percepções subjetivas e *expertise*” nem sempre são correlacionadas com os níveis reais de corrupção subjacentes, já que, paradoxalmente, “quanto mais se combate a corrupção, mais corrupção é descoberta e exposta. No entanto, quanto mais disponíveis os casos de corrupção (ainda que seu número absoluta caia), maior a percepção de corrupção no Governo, o que gera desincentivos à investigação de casos de corrupção para que o Governo não pareça corrupto”. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema Judicial no combate à corrupção (art). In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 66, nota 08).

grande corrupção, suas origens e suas causas, assim como a pressão seletiva por eficácia no seu enfrentamento.

Posteriormente, ainda no presente capítulo, como derradeira seção, pretende-se tematizar a instituição do Ministério Público, desde sua evolução histórica recente, valendo-se do instrumental da teoria dos sistemas, demonstrando como esta instituição conquistou relevantes atribuições nas últimas décadas, facilitando o processo de Expansão do Direito Penal sobre a economia e a política.

Logo na sequência, far-se-á uma incursão mais profunda sobre a matriz teórica sistêmica que serve de base a esta tese e, para tanto, anota-se desde logo, que se trata de uma superteoria, que não deve ser tomada como um desenvolvimento teórico tímido ou retraído, com “relevância meramente analítica” e interpretada estritamente como metodologia de compreensão da sociedade, visto que o conceito de sistema designa algo efetivamente real de onde emergem realidades tangíveis<sup>189</sup>. A partir desta superteoria viabiliza-se identificar elementos e operações, assim como construir instrumentos de observação e observações de segundo nível, que expliquem as complexas relações, os paradoxos e os conflitos existentes na sociedade. Especialmente, no que aqui interessa, é possível revelar os conflitos defluentes do embate entre Direito e política, sem os entraves normalmente ocasionados pela sociologia tradicional, que parte do homem concreto em suas relações e fica restrita a observações geograficamente determinadas, ambas, situações reféns de contingências dificilmente controláveis ao observador científico<sup>190</sup>.

### 3.1 Teoria dos Sistemas e Estado Contemporâneo

Para não simplificar demais um tema complexo como a teoria dos sistemas, pretende-se iniciar esta incursão teórica por seus conceitos mais relevantes,

---

<sup>189</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradutores Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 29.

<sup>190</sup> Cuida-se dos obstáculos epistemológicos apontados por Luhmann: a) o obstáculo humanista, a pretender que uma sociedade está constituída por homens concretos e suas relações; b) o obstáculo territorial, a sustentar distinções geográficas entre sociedades; c) o obstáculo da relação sujeito-objeto, que ignora que o estudo da sociedade é autológico, ou seja, baseado na auto-observação, pois o sociólogo está imerso na teia de relações que existencializam seu próprio objeto de análise. LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Perez y Carlos Vallalobos. Coordenador da tradução Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 31-33.

visualizando panoramas mais distantes e amplos. Desde logo, propõe-se a constatação de que o mundo é um ente de cuja existência não se pode duvidar, mas que, ao mesmo tempo, por sua infinitude, não temos meio de observá-lo plenamente. Há, todavia, uma linha divisória neste infinito: até onde podemos organizar o mundo estão os sistemas e, transcendendo à nossa capacidade para tal, está o entorno. Esta parte do mundo, que se encontra “sistemizada”, é o que se pode denominar sociedade, composta de diversos sistemas destinados a diversas funções. Cada sistema, individualmente considerado, conforme sejam suas funções, têm o entorno formado por outros sistemas. Todos eles se desenvolvem através de suas próprias operações/comunicações, de modo que cada sistema se reproduz dentro de seus próprios limites, sendo esta sua mais evidente aptidão: definir seus próprios limites<sup>191</sup>.

No entorno dos sistemas sociais situam-se outros tipos de sistemas, por exemplo, os sistemas psíquicos, relativos ao homem concreto que, todavia, enquanto ser vivente, em si, não pode servir de base à teoria dos sistemas, já que a sociedade não pode ser explicada cientificamente pelos homens que a integram e os sujeitos pessoais não podem ser tomados como unidades básicas dos sistemas sociais. Este ponto de vista, resulta repulsivo para as tradições sociológicas, “dando lugar a la representación de que los sujetos son desalojados de su propia casa y, en su lugar, se deja entrar a comunicaciones que son indiferentes a las personas”<sup>192</sup>.

Para entender Luhmann, todavia, há que se ter sempre em vista o propósito por ele perseguido: explicar a sociedade como um sistema em meio a uma

---

<sup>191</sup> Aparece assim um paradoxo, porque aquilo que denominamos sistema não é mais do que a diferença entre sistema e entorno, ou seja, a capacidade do sistema de definir seus próprios limites. Conforme argumenta Luhmann, “[...] se anulan las posibilidades descriptivas de la lógica clásica bivalente y la teoría del conocimiento que la sustenta. Al igual que en la cosmología de Einstein (movimiento y aceleración), la observación del mundo con ayuda de la distinción entre sistema y entorno, depende de la ubicación del observador”. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Alianza, México: Universidad Iberoamericana, 1991. p. 16.

<sup>192</sup> CARGL, Walter. Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoiético (art.). In: BACIGALUPO, Enrique. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007. p. 69. Para este autor, os críticos da concepção autopoiética do Direito divergem bastante em suas opiniões sobre as consequências de deduzir um conceito de comunicação alheio à subjetividade, mas a diatribe mais comum é de que a substituição do sujeito de sua posição no âmbito da sociedade, oculta a intenção de assentar o sistema jurídico sobre um mecanismo tecnocrático, de modo que um Direito que renuncia às pessoas como fundamento “vital” de seus valores, tende a ser reduzido a um mero instrumento da política. Walter Cargl sustenta, em contrário, que “un derecho concebido autopoiéticamente se sustrae a la instrumentalización y a la conducción exterior por parte de la economía y de la política”. Esta ambiguidade resulta da própria construção teórica que concebe os sistemas sociais como operativamente fechados, mas cognitivamente abertos, condição que permite a autonomia do Direito em face de outros sistemas. *Ibid.*, p. 70.

sociologia que se recusou a pensá-la livre de determinadas pré-compreensões que impediam sua adequada teorização. Pessoas não podem servir de base à compreensão do sistema social, porque os sistemas psíquicos, em si, são indevassáveis. Hobbes já sustentara que o indivíduo, no estado de natureza, seria autorreferente, isto é, estaria ocupado exclusivamente consigo mesmo, com o que lhe fosse mais vantajoso e não teria suas condutas pautadas necessariamente por escolhas éticas, como forçosamente elucubrou a tradição sociológica ocidental<sup>193</sup>. Os próprios contratualistas já teorizaram que, para o bem ou para o mal, é o Estado civil emergente do contrato social que forja comportamentos humanos mais congruentes e unidirecionados. Por isso mesmo, elaborar um conceito de sociedade a partir do indivíduo, é tarefa inviável na medida em que ele, em si, é autorreferente, conforme já se aludiu no item 2.2.1 supra quando se tratou das teses de Rousseau e Sieyes acerca da prevalência dos interesses individuais e corporativos nas decisões assembleares. Para Luhmann, os indivíduos agem de maneira imprevisível, podendo fazer escolhas binárias opostas (sim e não, paz e guerra, consenso e dissenso etc.), de acordo com suas contingências, de modo que, partir do indivíduo para explicar a sociedade, equivale a tornar este conceito refém da imprevisibilidade da dupla contingência que preside as escolhas humanas<sup>194</sup>.

O esforço de Luhmann consiste, portanto, em situar seu conceito de sociedade fora desse círculo contingente de referências a que uma concepção de

---

<sup>193</sup> Durkheim sustentou o mecanismo da sociedade moral na base da solidariedade social, pois mesmo naqueles espaços em que, por imprecisão, não há regulamentação normativa, nem por isso tais relações ficam indeterminadas, mas são reguladas até mesmo pelo costume, de modo que “o direito não reflete, portanto, senão uma parte da vida social”. Já Weber se apegou à ideia de um incremento de racionalidade segundo o esquema fim/meios. Mediante sua teoria dos papéis sociais, constitutivos da ação social, “os atores sociais utilizam-se dos meios racionais necessários para a consecução dos seus fins [...] Tome-se o exemplo do juiz, sua grande função é decidir a respeito do caso posto. Para tanto, ele utilizará todos os meios necessários (processo e procedimento) para sua decisão-fim (sentença)”. SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano (art.). *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 47-48.

<sup>194</sup> LUHMANN, Niklas; TORRES NAFARRANTE, Javier (coord.). **Teoría de la sociedad**. Traduzido por Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos. Jalisco, México: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 11-2. Sobre o tema, ver ainda ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, 2001. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2001. p. 128. Para Luhmann, o sentido é indispensável não apenas em sistemas psíquicos, como também em sistemas sociais: o autor denomina “antropocentrismo incorreto” conferir ao psíquico, concretizado na consciência, uma espécie de primazia ontológica do social; e encerra com afirmar que “el sentido se soporta a sí mismo al posibilitar autorreferencialmente su propia reproducción, y sólo estas formas de reproducción diferencian las estructuras psíquicas de las sociales”. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Alianza, México: Universidad Iberoamericana, 1991. p. 108-109.

sociedade, que partisse do indivíduo, fatalmente conduziria, por isso, em sua teoria, não é o homem que compõe a sociedade, mas a comunicação que ele produz. O homem, pela sua hermética acessibilidade psíquica, pela dificuldade em conhecer os seus conteúdos internos, não pode servir de elemento para compreensão científica da sociedade. No entanto, em que pese, individualmente, os homens autodeterminem suas condutas por operações autorreferenciais complexas e tendam a permanecer separados dos demais, sem fundir-se, eles possuem expectativas e suposições, uns em relação aos outros, capazes de gerar uma certeza de realidade, ou seja, expectativas aproximadamente determináveis, e o conjunto de comunicações entre eles, quando organizadas, revela uma ordem emergente e condicionada pela complexidade dos subsistemas que a formam, a que Luhmann chama sistema social. Parte-se da ideia de que a sociedade pós-moderna<sup>195</sup> vem marcada por duas características exponenciais: a) trata-se de uma sociedade complexa, pois compreende elevado número de possibilidades e escolhas; b) é marcada pela diferenciação funcional de novos, e cada vez mais específicos, subsistemas<sup>196</sup>.

Tangente à complexidade que caracteriza as sociedades modernas, pode-se asseverar que a aceleração histórica, os descobrimentos científicos e tecnológicos das últimas décadas e as conquistas democráticas de direitos fundamentais e, em geral, melhor qualidade de vida, incrementaram excepcionalmente o conjunto de escolhas nas interações sociais. Tem-se *icto oculi* alguns exemplos que bem revelam os níveis da complexidade em nossa era, manifestada em paradoxos do tipo: aumento da produtividade do capital em assimetria com a correlata escalada do desemprego e seus efeitos sociais perversos; densificação da interação social, mediante o surgimento de novas mídias e déficit da qualidade das comunicações; incremento de redes sociais

---

<sup>195</sup> A expressão “sociedade pós-moderna” usada neste trabalho significa o tipo de sociedade que começa a surgir, notadamente, no mundo ocidental, após as revoluções industriais, significando, pois, a sociedade contemporânea.

<sup>196</sup> Embora este mecanismo de diferenciação funcional já tenha sido percebido por Durkheim quando teorizou sobre a divisão do trabalho, é de se perceber que a diferenciação funcional de que se fala aqui tem uma extensão ainda mais profunda, não se tratando apenas da divisão de tarefas na empresa ou entre empresas, mas de divisão de sistemas. No particular, Rocha, após enfatizar que a teoria da sociedade autopoietica procura explicar a sociedade como sistema social, sublinha que esta matriz epistemológica demonstra que a diferenciação dos elementos básicos, em distintas formas, ocasiona infinitas possibilidades de interações sociais, “isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc.” ROCHA, Leonel Severo. *Direito, cultura política e democracia I*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, 2001. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2000. p. 155.

com proposições relativas a temas progressistas como questões de gênero, proteção ambiental e animal, saúde e solidariedade, mas, simultaneamente, propagação anárquica de ideias neonazistas, racistas e homofóbicas.

Vê-se, pois, que todo o desenvolvimento tecnológico de nosso tempo potencializa o risco social, na medida em que habilita outras formas de comunicação capazes de acelerar e transformar fluxos de interação social, impactando os processos cognitivos, as relações de poder e controle, e, por conseguinte, implementando novas dimensões da complexidade em que já estamos imersos. Neste novo marco epocal emergem inéditos desafios para as estruturas institucionais, inclusive e muito destacadamente, para o Estado e para o Direito, que já não podem quedar-se inertes em formas tão tradicionais de regulação, próprias do passado histórico, cumprindo-lhes observar e atuar em face destes novos processos de interação, sob pena de perda de funcionalidade sistêmica.

Na Teoria dos Sistemas Sociais, a complexidade emerge da *dupla contingência*, conceito que se origina da diferença entre elementos e relações dentro do sistema<sup>197</sup>. Com o aumento do número de elementos, que têm de ser reunidos em um sistema, chega-se a um limiar “a partir do qual já não é possível relacionar cada elemento com qualquer outro”, assim é complexa “uma quantidade conexa de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais, a qualquer momento, ser conectado com qualquer outro elemento”<sup>198</sup>. Isto impõe uma pressão seletiva contra os riscos da contingência que, por sua vez, significa risco de desapontamentos.

Já contingente “sería aquello que no es ni necesario ni imposible, sino meramente posible [...] nada es previsible, donde todo es posible; no hay expectativas, no hay comunicación”<sup>199</sup>, ou seja, a contingência significa exclusão de

---

<sup>197</sup> A dupla contingência é o problema fundamental da ordem social, defluente da necessária coordenação das seleções, imprevisíveis e contingentes, de um Ego e de um Alter que se observam reciprocamente. Ambos interlocutores observam a dupla contingência e a conseqüente indefinibilidade comportamental que ela enseja: nasce dela uma circularidade tautológica, portanto, autorreferencial, que não depende nem de Ego nem de Alter, mas de reenvios contínuos de Ego a Alter e vice-versa, os quais se podem simplificar como: *eu faço o que tu queres se tu fizeres o que eu quero*. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Traducción de Miguel Romero Perez Y Carlos Villalobos; Dirección de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 68.

<sup>198</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 42.

<sup>199</sup> AMADO, Juan Antonio García. Sociología sistemática y política legislativa (Art). In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). **Teoría de sistemas e derecho penal**. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2007. p. 191.

impossibilidade e de necessidade<sup>200</sup>. Neste quadro, a contingência das relações humanas resultaria em impossibilidade de orientação enquanto limites não forem definidos através de distinções/seleções. Designa-se “dupla” a contingência conseqüente à pluralidade de sistemas que alimentam recíprocas expectativas (expectativas de expectativas), mas cujo interior (consciência ou pensamentos no caso dos sistemas psíquicos ou comunicações no caso dos sistemas sociais) não seria acessível um pelo outro e, portanto, previsível, havendo sempre “risco de desapontamentos”<sup>201</sup>. Considerando-se que, nas sociedades, miríades de pessoas, organizações e sistemas se comunicam diariamente, emerge uma espécie de *multicontingência*, cuja complexidade deve ser reduzida a esquemas de escolha binária, tornando possível a orientação individual<sup>202</sup>.

A sociedade pode ser compreendida como uma grande teia de inter-relações pessoais e organizacionais em que o crescimento populacional e a multiplicidade das comunicações e dos comportamentos possíveis produzem um nível de complexidade paralisante, capaz de produzir bloqueios por supersaturação, impondo estratégias de redução desta complexidade, dentre as quais, a atividade seletiva – estabelecimento de (novas) prioridades/capacidade de adaptação ao entorno – e a

---

<sup>200</sup> Um dado é contingente quando ele foi selecionado em um âmbito de possibilidades, que permanece como alternativa de fundo. A seletividade dos sistemas constitutivos de sentido é sempre contingente de modo que a contingência é o ponto de partida para os problemas de coordenação de seletividade nos sistemas sociais. “Contingencia significa entonces posibilidades de desilusión y necesidad de correr riesgos”. Na dimensão social este problema se manifesta como dupla contingência, que é uma espécie típica de contingência nas relações sociais que se autodissolve constantemente mediante sua própria solução, estando na base dos processos sociais. O sistema social é uma resposta ao problema da dupla contingência, porque sem os sistemas, não haveria a mínima segurança nas relações sociais, “las estructuras de expectativas en general y los medios de comunicación generalizados simbólicamente en referencia a problemas específicos desarrollan la función de regular la incertidumbre, asegurando probabilidades de coordinación de las selecciones y estructurando los sistemas sociales”. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Traducción de Miguel Romero Perez Y Carlos Villalobos; Dirección de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 68-69.

<sup>201</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

<sup>202</sup> Luhmann diferencia *contingência simples*, relativamente imune ao desapontamento e relacionada a expectativas cognitivas, de *dupla contingência*, referente a expectativas normativas derivadas da liberdade de comportamento de outros homens. Estas maximizam os riscos de frustração de expectativas. Nesse caso, não é suficiente ter expectativas sobre o comportamento do outro (*alter*), mas sobre as próprias expectativas dele em relação à conduta de *ego* – expectativas de expectativas – “sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro (*alter*); a outra em termos de avaliação do comportamento próprio (*ego*) em relação à expectativa do outro (*alter*). Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito”. *Ibid.*, p. 48.

subdiferenciação em novos sistemas, crescentemente especializados, que têm no sistema social *omniabarcador* seu próprio meio.

Nesse sentido, Luhmann exemplifica com a relação entre Direito e moral nas sociedades antigas e medievais, que operavam em dualismo simples, a confrontar a ação real do homem concreto, com seus erros e insuficiências, com a ação indicada, correspondente ao bem e ao ético, pela qual era necessário orientar-se. “Essa contrastação simples garante [garantia] um alto grau de segurança nas expectativas sob a forma de convicções morais”<sup>203</sup>. Nesse contexto mais singelo, a seleção de escolhas não demandava maiores contingências, havendo menos risco de frustração de expectativas, dispensando-se sistemas funcionais especializados na esfera normativa, pois as expectativas normativas podiam apoiar-se em certezas morais socialmente compartilhadas, situando o Direito ao lado da moral, facilitando, por exemplo, a simultaneidade de um julgamento laico e religioso.

Nas sociedades modernas, visivelmente multiculturais, esta aproximação tende a tornar-se problemática, porquanto a moral se fragmenta em várias morais, reduzindo a abrangência de um único conteúdo moral que pudesse ser compartilhável por um segmento populacional significativo. A norma já não pode abrigar-se apenas na moral, pois outros fatores passam a pressioná-la em vista das inúmeras pretensões individuais e coletivas e das múltiplas possibilidades comportamentais que pugnam por aceitação social. “O desenvolvimento da sociedade obriga a uma maior diferenciação dos diversos planos de sentido, o que aumenta a complexidade e a flexibilidade da totalidade das estruturas e expectativas”. A dualidade *Direito – moral* é substituída por esquema quádruplo entre *pessoas, papéis, programas e valores*, enquanto diferentes planos de construção de complexos de expectativas – “uma conquista evolutiva da sociedade moderna, cuja institucionalização ainda hoje é altamente problemática”<sup>204</sup>.

A complexidade do mundo moderno e seu distanciamento das morais religiosas se traduz no permanente conflito de valores, igualmente relevantes, com que se tem de administrar a justiça. Imposições da realidade empírica, urgências securitárias, direitos fundamentais individuais e sociais estão em perene confronto que não pode ser solvido apenas na crença de que existam respostas substantivas

---

<sup>203</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 106.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 106-107.



absolutamente corretas. Eis a origem lógica do procedimentalismo ou processualismo em que predomina o interesse pelo bom *sistema de decisão* e não necessariamente pela *boa decisão*, prevalecendo o método sobre os fins. Pech resume precisamente o conceito:

A ideia subjacente é que, num mundo em que as escolhas já não podem ser guiadas pelo religioso, pelo soberano ou pela consideração de normas unificadas e partilhadas por todos, a determinação do bem torna-se indizível. Desde logo, é mais sobre os instrumentos de justificação da acção do que sobre a própria acção que devemos tentar chegar a acordo. Para falar como John Rawls, trata-se de dar mais prioridade ao justo do que ao bem, sempre incerto. Assim, o processualismo seria a moral de provisão de sociedades adquiridas ao pluralismo, isto é, sociedades que estão resolvidas à incerteza dos valores, ao politeísmo das normas e à multiplicidade das opiniões não para as condenar a todas como posições frágeis e relativas, mas pelo contrário, para organizar a sua coexistência e colocá-las, pelo menos formalmente, num pé de equivalência moral<sup>205</sup>.

Os sistemas sociais são essencialmente compostos de comunicações e tendem, como resultante de sua estratégia redutora da complexidade, a crescentes diferenciações por critérios de especialização e conseqüente incremento da eficácia<sup>206</sup>. Os novos subsistemas, entretanto, resultam autônomos em relação ao meio em que inseridos, composto de outros subsistemas diferenciados, o que impõe a definição precisa dos limites, para evitar a confusão com o entorno ou sua dissolução nele. No caso de sistemas sociais, estes limites são *limites de sentido* (*Sinn Grenzen*) que cada sistema vai estabelecendo frente ao seu meio, pois, algo só tem sentido quando está dentro do sistema; fora dele, em outro sistema, deverá ter outro sentido<sup>207</sup>; o sentido, porém, não tem uma substância ôntica perene e imutável,

<sup>205</sup> PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 195-196.

<sup>206</sup> No interior de cada sistema, podem ocorrer novas diferenciações sistema/ambiente. "O conjunto do sistema adquire, com isso, a função de um 'ambiente interno' para seus subsistemas". LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradutores Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 35.

<sup>207</sup> Vários exemplos podem ser captados quanto a este ponto: uma pessoa letalmente ferida por outra, no sistema jurídico-penal, tem o sentido de um crime e deve produzir uma plêiade de operações correspondentes ao *input*; para a criminologia, é um dado empírico para avaliar as causas da violência em dada região; para um o sistema médico legal, é um objeto de necropsia; para o sistema previdenciário, pode representar pensionamento de dependentes e cálculos atuariais etc. Negociações ilegais/clandestinas entre políticos e empresas que participam de licitações, para o sistema jurídico, têm o sentido de crime ou de improbidade administrativa em geral, mas, é possível que para o sistema político, consista em prática menos censurável e mais

consistindo em uma determinada estratégia de seleção de elementos e possibilidades, a partir de um entorno mais complexo, o que lhe exige capacidade de resiliência:

El sentido es, en general, basalmente inestable, inquieto y debe constituirse mediante una coacción dirigida al cambio [...]. La estrategia específica del sentido para captar y procesar la propia inestabilidad parece radicar en el empleo de las diferencias para el siguiente procesamiento de información. Lo que en cada caso varía no es simplemente el «objeto» de una intención. El procesamiento de sentido es más bien una reforma continua de la diferencia, constitutiva de sentido entre actualidad y posibilidad. Sentido es la actualización continua de posibilidades.<sup>208</sup>

Conclui-se, pois, que o sentido, que delimita os sistemas sociais, representa a possibilidade de avanço sobre o entorno mediante resignificação contínua de seus limites. Os sistemas sociais tendem à diferenciação funcional autonômica e à clausura operacional como recurso de reforço sistêmico. Ao revés, a excessiva abertura e o esmaecimento das fronteiras de sentido facilitam o fenecimento do sistema e sua diluição no ambiente ou, ao menos, sua confusão com outros sistemas, o que prenuncia aquela diluição. Assim como um sistema não existe sem o seu ambiente, pois ele representa uma forma de diferença em relação ao entorno, este é sempre ameaçador ao sistema. O *telos* de um sistema é avançar sobre seu ambiente, regulando-o, tal como ocorre com o Direito a regular a atuação da política dentro de limites legalmente estabelecidos. Na medida em que demitir-se desta missão, o sistema corre o risco de diluir-se e ser substituído por outros mais eficazes ou ser absorvido completamente. A eficácia de um sistema está na absoluta proporção de sua capacidade de tomada dos espaços do mundo e de negação da entropia, carreando energia e vitalidade ao seu interior<sup>209</sup>.

---

aceitável, mediante o uso de *técnicas de neutralização* da reprovação moral do tipo: “todos estão fazendo”, “as campanhas são caras e são necessários recursos para custeá-las”, os fins (políticos, pretensamente bons) justificam os meios (a manutenção no poder) etc., o que denota a dificuldade de basear decisões jurídicas em critérios morais, pois, muitas são as morais coexistentes em sociedades multiculturalistas.

<sup>208</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Alianza, México: Universidad Iberoamericana, 1991. p. 82.

<sup>209</sup> Luhmann alerta que o novo paradigma dos sistemas autorreferenciais “provoca transposições notáveis na Teoria Geral dos Sistemas – por exemplo, de interesse em *designs* e em controles para interesses em autonomia e em sensibilidade ambiental, de planejamento para evolução, de estabilidade estrutural para estabilidade dinâmica.” E nesse sentido sua advertência de que os elementos do sistema devem ser reproduzidos incessantemente, não sendo suficiente a substituição de partes que vão desaparecendo, “não se trata de adaptação, não se trata de metabolismo, trata-se de uma coação particular em direção à autonomia que resulta do fato de

Como já se referiu acima, duas características sumamente relevantes à compreensão dos sistemas sociais são a complexidade e a crescente diferenciação em novos subsistemas. Todavia, é necessário atentar que o conceito de complexidade é distinto do de diferenciação. Esta se define com base na distinção sistema/entorno, enquanto aquela está relacionada à distinção elemento/relação. O incremento da complexidade, destarte, não significa aumento da diferenciação, pois apesar de a complexidade incrementar-se continuamente, a diferenciação é descontínua e sua forma é resiliente, de modo a poder avançar ou recuar. De qualquer forma, também é possível estabelecer uma conexão entre os conceitos de complexidade e diferenciação ao ponto de se afirmar que o incremento de complexidade ou das relações entre elementos expande o sistema. Determinam-se, por este motivo, limites internos ao sistema que lhe dão forma, de modo que aumentos da complexidade alteram a forma do sistema e seus marcos de diferenciação em relação ao entorno<sup>210</sup>.

Ora se a complexidade justifica a expansão de um sistema como resposta natural, alterando a forma de sua diferenciação com o entorno, então, o Direito nas sociedades modernas, deve responder ao acréscimo da complexidade com a alteração de suas fronteiras e com o natural avanço sobre o entorno, incrementando sua própria complexidade interna.

Estudiosos de Luhmann costumam identificar, em largos traços, duas fases na teoria luhmaniana. A primeira, voltada à auto-organização das estruturas dos sistemas, e, a segunda, destinada a demonstrar a possibilidade que os sistemas têm de aumentar sua própria energia (neguentropia) a partir das suas operações internas (autopoiéticas)<sup>211</sup>.

---

que o sistema simplesmente deixaria de existir em qualquer ambiente, mesmo no mais favorável, se os elementos momentâneos, dos quais ele se compõe, não fossem providos de capacidade de conexão, ou seja, de sentido, para assim se reproduzirem. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradutores Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 28.

<sup>210</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano ao espanhol de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996. p. 45.

<sup>211</sup> Segundo anota Schwartz, a matriz pragmático-sistêmica do Direito, pode ser dividida epistemologicamente em duas fases: "(1) a primeira, na qual Luhmann aperfeiçoa, após seus estudos em Harvard, o estrutural-funcionalismo de Parsons. É nesta fase que se colocam conceitos fundamentais para o desenvolvimento da fase posterior, (2) a autopoiética (ou autopoietológica), que representa um avanço em relação à primeira, e que traz consigo as ideias biológicas de Maturana e Varela". SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

Na primeira fase, denominada fase da auto-organização, priorizam-se as estruturas que são condições para as operações do sistema a possibilitar a autopoiese; “el concepto de estructura indica por tanto la selección de las relaciones entre elementos que son admitidas en un sistema”. Sistema e estrutura são conceitos que não coincidem, ainda que não existam sistemas sem estruturas e que as estruturas sejam sempre estruturas de um sistema. Os elementos de um sistema social são comunicações produzidas continuamente, ao passo que estruturas se condensam mediante repetições mesmo em contextos distintos. A identidade de um sistema se mantém mesmo que mudem suas estruturas. Sem estruturas, o sistema não teria meios para determinar seu procedimento comunicativo, estando em face de uma indeterminação de suas relações e incapaz de prosseguir na autopoiese. Destarte, a formação de estruturas faz autocontrolável a complexidade do sistema, permitindo a seletividade dos eventos e o avanço em face de novas seleções, pelo que se pode dizer que as estruturas são seleções de seleções. Elas garantem certa estabilidade, porque asseguram previsibilidade à passagem de uma operação para a próxima, de modo a ensejar uma estabilidade dinâmica aos sistemas<sup>212</sup>.

Nesta fase inicial, compreende-se que o entorno dos sistemas, é formado de um rumor carente de sentido específico, que o sistema busca ordenar, através de suas próprias operações – *lo social no surge del hombre*, enfatiza, mas “consiste en una solución emergente de tipo evolutivo que precede a los sujetos, y que está encaminada a proveer estructuras de sentido que se imponen a la tendencia radical de la desintegración”<sup>213</sup>. Deste modo, o sistema, dependente do entorno, mas não

---

<sup>212</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano ao espanhol de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996. p. 73. Luhmann mesmo adverte que a problemática criada entre complexidade e análise sistêmica pode ser melhor aclarada com uma interpretação mais exata da funcionalidade dos limites sistêmicos. “Sistemas têm limites”, o que ajuda a distingui-los das estruturas. Limites sempre têm um “do outro lado”. Por isso, desde um ponto de vista geral, eles pressupõem um *além* que possa ser ultrapassado, a ostentar uma dupla função de separação e de ligação entre sistema e ambiente. “Essa dupla função pode ser melhor esclarecida com o auxílio da distinção entre elemento e relação, remetendo assim, ao mesmo tempo, ao tema da complexidade. Quando os limites são rigorosamente definidos, os elementos têm de ser atribuídos ao sistema ou ao seu ambiente. Já as relações podem existir também entre sistema e ambiente”. Deste modo, conclui que se o limite separa elementos que são internos ou externos ao sistema, as relações podem ser exclusivamente internas, mas também podem ocorrer entre sistema e entorno, permitindo passar efeitos causais de um lado a outro. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradutores Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 47.

<sup>213</sup> LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedad**. Jalisco, México: Universidade de Guadalajara, 1993. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos; Coordenada por Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 13.

determinado por ele, é capaz de auto-organizar-se, construindo sua própria ordem. Dir-se-ia que o sistema organiza a complexidade desorganizada do mundo, constituindo, destarte, uma *complexidade organizada*. Nesta missão de prover de sentido, a comunicação desorganizada, pode-se identificar como função dos sistemas sociais a de captar e reduzir a complexidade do mundo, através de uma seleção das múltiplas possibilidades que ele oferece: “o sistema, conforme Luhmann, é o mediador entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência<sup>214</sup>”.

Luhmann sustentou um conceito de sistemas como formas estruturais auto-organizadas e diferenciadas do entorno, composto por outros subsistemas sociais. O aumento e o acento da diferenciação revela a maior autonomia em relação ao entorno. A missão dos sistemas seria, pois, a redução de complexidade do entorno social, através de estratégias como a *transposição de problemas e a dupla seletividade*. Pela primeira, os problemas do entorno são transpostos mediante *inputs* para a condição de problemas do sistema onde são resolvidos e devolvidos ao entorno como *outputs*. A *dupla seletividade* significa que, quando, internamente, o sistema seleciona problemas do entorno, ele produz um duplo efeito: reduz a complexidade do entorno e, simultaneamente, aumenta sua complexidade interna. Destarte, o sistema segue efetuando a seleção progressiva e “ganhando espaços do mundo”, ao ordenar esta complexidade de acordo com códigos próprios e significativos.

À fase de auto-organização dos sistemas mediante crescentes diferenciações, seguiu-se uma constatação preocupante oriunda da termodinâmica: os sistemas sujeitam-se à lei da entropia, isto é, estão fadados a um esgotamento de suas energias, que significaria sua diluição no entorno e o fim da diferenciação, requisito de existência do sistema. Havia, pois, a necessidade de demonstrar a possibilidade de sistemas neguentrópicos, ou seja, “sistemas que no están sujetos a la ley de la entropía, sino que están en condiciones de construir una neguentropía y que, por lo tanto, precisamente por la apertura del sistema y por su dependencia del entorno, están en condiciones de reforzar su distinción del entorno<sup>215</sup>”. Enquanto a lei

---

<sup>214</sup> NEVES, Clarissa Eckert Baeta. **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Organizado por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS: Goethe – Institut/ICBA, 1997. p. 12.

<sup>215</sup> LUHMANN, Niklas; TORRES NAFARRANTE, Javier (coord.). **Teoría de la sociedad**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 38.

da entropia está a indicar o caráter finito de um sistema que tende a desorganizar-se e diluir-se em seu entorno, a neguentropia significa a negação daquela lei, pela possibilidade de o sistema adaptar-se e fortalecer sua diferenciação ganhando sobrevivência. A história de diversas instituições sociais revela a realidade destas leis: ou adaptam-se às perturbações do entorno, reforçando novas identidades, ou diluem-se em outros subsistemas que irão assumir suas operações<sup>216</sup>.

É neste ponto do debate que o aporte do conceito de *autopoiesis* de Humberto Maturana e Francisco Varela<sup>217</sup> assume especial relevância. Até então, a Biologia concebera os organismos como sistemas tubulares de entrada e saída (*input – output*), ou seja, sistemas de tratamento de informações. Os pesquisadores latinos propuseram a possibilidade de autocriação permanente dos sistemas vivos que estariam, destarte, em incessante engendramento de sua própria estrutura. Embora Maturana e Varela tenham concebido a ideia de *autopoiesis* apenas para os sistemas vivos, para Niklas Luhmann também os sistemas sociais são autopoieticos<sup>218</sup>, porque produzem e reproduzem suas próprias “estruturas e

---

<sup>216</sup> Para Luhmann, para evitar-se a entropia há que se reforçar a distinção entre sistema e ambiente. “Sistemas abertos” a que fazia referência a antiga teoria dos sistemas estavam sujeitos à morte por exaustão, termodinamicamente irreversível. “Para a constituição da complexidade, para a produção e conservação de ‘entropia negativa’, faz-se necessário, por esta razão, um intercâmbio contínuo com o ambiente – seja de energia, seja de informação”. Ou seja, ao transformar *inputs* em *outputs*, os sistemas conservam um “ganho para a própria conservação em um nível de complexidade alcançado por evolução”. LUHMANN, Niklas **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger; Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 56-57.

<sup>217</sup> O conceito de “autopoiese” foi introduzido por Humberto Maturana e Francisco Varela, sendo referenciais as obras “De máquinas y seres vivos” (1973) e “A árvore do conhecimento” (1984). Os biólogos chilenos arrancaram deste conceito nas considerações sobre o fenômeno da percepção nos campos da biologia e da neuropsicologia com o propósito de responder à questão sobre como se pode definir um ser vivo e o que define a vida, visto ser possível construir máquinas capazes de se autoconstruir, mas qual o critério chave para diferenciar tais máquinas de seres vivos? A **organização**, compreendida como uma relação entre componentes que definem a identidade de um sistema, é a primeira chave para diferenciar os seres vivos de outros sistemas autopoieticos cibernéticos. A **estrutura**, diferentemente, é definida pela relação dos componentes entre si que constituem concretamente uma unidade particular e configuram sua organização. Então, qual é a organização que define os seres vivos como classe? Para Maturana e Varela, o que define os seres vivos é a característica de produzirem de forma contínua a si próprios, e essa forma de organização é chamada **autopoietica** (LOPES Jr., Dalmir. [Introdução]. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Tradutores Dalmir Lopes Jr., Daniele Andrea da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 03). Como se verá na sequência, o mérito de Luhmann foi transferir este conceito de autopoiese desde os sistemas vivos ou psíquicos para os sistemas sociais.

<sup>218</sup> Luhmann identifica três espécies de sistemas autopoieticos: os sistemas vivos, referentes às operações vitais; os sistemas psíquicos, referentes à consciência e os sistemas sociais, cujo traço característicos é a comunicação. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria

elementos”, sendo as estruturas montadas, precisamente, na trama (teia) dos elementos. Esses, os “elementos” – no plano temporal – significam operações produzidas pelo sistema e, portanto, são utilizadas como distinções. Eles são informações que produzem a diferença no sistema e, deste modo, constituem unidades de uso que forjam outras unidades de uso, para as quais não há correspondência no entorno. Daí introduzir-se a ideia de diferenciação operativa na segunda fase de Luhmann. Neste ponto, o conceito de *autopoiesis* é um avanço em relação ao conceito anterior de “auto-organização”, que dizia respeito apenas à transformação de estruturas em sistemas, nesta nova fase sustenta-se que determinados sistemas (inclusive máquinas, como, por exemplo, computadores) podem formar, eles mesmos, suas próprias estruturas, ou somente podem operar a partir de estruturas por eles mesmos produzidas, como é o caso dos seres vivos. “No entendimento de Luhmann, o conceito de *autopoiesis* vai além disso, pois *transfere a ideia da autoprodução das estruturas para os elementos do sistema*. Ou ainda, desloca o princípio da autorreferência do nível estrutural para o nível operativo”. (grifo do autor).<sup>219</sup>

Para evitar a má compreensão do sentido de autopoiese como um sistema hermético que se cria a partir de si mesmo em uma espécie de *creatio ex nihilo* e portanto refratário a determinações causais do entorno, é preciso advertir que, por ter sido pensado inicialmente para seres vivos, no campo da biologia, a importação da autopoiese para o campo social recomenda pensar o conceito como uma diferença entre as estruturas/programas e os eventos/operações, significando uma “problemática da continuação (*kontinuierung*), no tempo, na efetuação (*Volzzug*) operação após operação ou *acontecimento* após acontecimento, *de um sistema*, ou seja, de uma performance funcional que se tornou *autolimitante (i.e. autônomo)*”. Deste modo, no conceito de autopoiese residem as características da autorreferência, recursividade e conectividade<sup>220</sup>.

---

geral. Tradutores Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 17.

<sup>219</sup> FEDOZZI, Luciano. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe – Institut/ICBA, 1997. p. 25.

<sup>220</sup> CLAM, Jean. A autopoiese no direito (art.). In: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 90. Maturana entendia a organização social como autopoietica apenas porque a sociedade é composta por seres, cujos sistemas perceptivos são autopoieticos. Esta compreensão influenciou de fato a segunda fase de Luhmann, o qual avançou e concluiu que os

A repetição previsível de operações sobre bases estruturais, enfatizando uma estabilidade já não apenas estática, mas especialmente dinâmica é a *praxis* que melhor caracteriza a autopoiese em sistemas sociais. Novas operações ocorrem na base de outras que as precederam. “Um sistema pratica a autopoiese desde o momento em que ele é capaz de encadear as operações nas quais ele se efetua a si mesmo sem ter que recorrer a referências ou a impulsos externos”. Mas, caso existam referências externas, elas só poderiam entrar no sistema mediante uma apropriação completa de parte deste, que “as transformaria em operações genuínas e não distinguíveis de suas próprias operações”<sup>221</sup>.

Esta sucessão de operações interdependentes não quer significar que o sistema seja um todo unitário e finalístico que almeje a uma inabalável consistência global; ao revés, ele é paradoxal, na medida em que “somente a sucessividade da realização continuada de sua operação, como negociação constante de sua efetividade ao centro de um novelo hipercomplexo de estímulos, constitui a vida do sistema”. Luhman assim adere a um construtivismo radical, que ele preferirá denominar de operativo, segundo o qual toda referência ao sistema ou seu entorno é construída pela observação, um tipo de operação especificamente voltada à construção de sentido. Esta sequência contínua de operações permite a construção da realidade que conserva e dá vitalidade ao sistema. A continuação dos sistemas enseja sua *condensação estruturante*, como um efeito do tempo: “O *tempo condensado*, por assim dizer, condensa acontecimentos, *operações* e processos em *estruturas* e em expectativas que guiam à operação concreta e operativa da função *sistêmica*”. As operações são, pois, os elementos do sistema, dispostos ao longo de

---

sistemas sociais possuíam a mesma funcionalidade que os sistemas físicos e psíquicos, mas naqueles, ao contrário destes, a relação entre os elementos é que fornece a qualidade autopoietica, e não o simples fato de os elementos serem autopoieticos. Mas, como Luhmann consegue fazer essa transposição de forma bem sucedida? “Em primeiro lugar, pela adaptação de uma ideia que já vinha defendendo desde a década de 1970: o meio que o sistema utiliza para se formar, para se autodefinir e experienciar, se estabelece pela adoção de um sentido”. O sentido escolhido exclui outros que foram rejeitados, reforçando a diferenciação e, deste modo, a identidade a um sistema em relação ao seu meio. “Os sistemas sociais fazem o mesmo a partir da comunicação. Da mesma forma que pensamentos são gerados através de um processo que leva a novos pensamentos através de uma rede organizada, a comunicação é o componente autopoietico dos sistemas sociais”. LOPES Jr., Dalmir. [Introdução]. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Tradutores Dalmir Lopes Jr., Daniele Andrea da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 07.

<sup>221</sup> LOPES Jr., Dalmir. [Introdução]. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Tradutores Dalmir Lopes Jr., Daniele Andrea da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 07.



sequências temporais, capazes de carrear ao sistema a carga de informações do ambiente, tratando-as de um modo suportável. Elas são evanescentes no sentido de que aparecem e logo desaparecem no momento seguinte, o que garante a flexibilidade extrema sobre a contingência e a variação ambiental<sup>222</sup>.

Neste ponto, cumpre aclarar que a passagem da teoria do Direito positivo, de matriz analítica, para uma teoria sistêmica do Direito, exige a compreensão já estabelecida da diferença entre estruturas, próprias da primeira fase luhmanniana, para operações, que caracterizam sua segunda fase. As teorias do Direito remetem a estruturas do tipo regras, normas, textos, jurisprudência e desde estas categorias positivas teorizam sobre o Direito. Este é o exemplo clássico de Hart com sua regra de reconhecimento<sup>223</sup>. Mas ao optar-se pela aplicação da teoria dos sistemas ao sistema jurídico, devem-se priorizar as operações do sistema em lugar das estruturas, ainda que estas não sejam dispensáveis. Em uma teoria sistêmica do Direito, se exige a “recursividade de reconhecer *operações* e, entenda-se, o pertencimento ou não desta ou daquela *operação*, com a exclusão das que não pertencem”. Para fins de atrelamentos altamente seletivos de operações, as estruturas são indispensáveis, “no entanto, o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito”<sup>224</sup>.

No Estado de Direito liberal, desde sua proposta autonômica e iluminista, sustentou-se a lei como premissa racional do sistema jurídico. Mas, o culto da lei como *forma e conteúdo*, foi aos poucos sendo substituído pelo simples culto enquanto *forma*, em um movimento de procedimentalização da produção legislativa que o confronto pluralista de ideologias nos novos parlamentos ensejava. Emerge

---

<sup>222</sup> LOPES Jr., Dalmir. [Introdução]. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Tradutores Dalmir Lopes Jr., Daniele Andrea da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 92.

<sup>223</sup> Para Hart o fundamento de um sistema jurídico deve consistir “[...] nos termos de uma situação social mais complexa, em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação” Esta regra de reconhecimento provê “critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação [...] como um texto dotado de autoridade; o ato legislativo; os costumes; declarações gerais de determinadas pessoas ou decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos.” Mesmo em sistemas jurídicos modernos e democráticos, nos quais a regra de reconhecimento é também mais complexa dada a variedade de fontes do Direito, esses critérios são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a aprovação por assembleia legislativa e precedentes judiciais. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1994. p. 111-112.

<sup>224</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 56.

uma tendência inicial de identificação do Direito com a lei a engendrar toda uma concepção formalista da experiência jurídica denominada *Direito positivo*, com o que se define o Direito moderno.

Essa construção permite explicar o Direito enquanto forma, escapando da ideologia e reduzindo sobremaneira sua permeabilidade a juízos ideológicos subjetivos. Para Kelsen, a doutrina tradicional, era ideológica, ou seja, apegava-se ao Direito “justo” ou “ideal”. Sustentava, destarte, que a crítica ao conteúdo ainda que necessária, era sempre alheia ao Direito, portanto teoria impura do Direito quer se agregasse ao Direito natural quer à realidade social, fenômeno que denominava “sociologismo”. Para ele, ainda que se admitisse a existência de um Direito natural, sendo, a ordem jurídica positiva, eficiente de uma maneira geral e duradoura, ela própria se encarregaria de identificar Direito positivo e Direito natural. Em Kelsen, a Ciência do Direito deve manter-se pura de toda a sociologia e colocar-se ao abrigo da intrusão de qualquer julgamento sobre a legitimidade moral ou política, ou sobre a “justiça” da norma jurídica, depois de ela ser elaborada pelo legislador<sup>225</sup>.

Contudo, em que pese a importância do pensamento de Kelsen na formação do Direito contemporâneo, a passagem de sociedades nacionalistas para sociedades crescentemente globalizadas e inter-relacionadas, impôs adaptações evolutivas ao seu pensamento<sup>226</sup>. Em linhas gerais, a Teoria Pura do Direito guarda

---

<sup>225</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 114 a 120. Rocha atesta esta pretensão à pureza epistemológica em Kelsen quando assenta que este autor parte de Kant no propósito de elaborar uma ciência pura do Direito. “O ideal de pureza implica separar o conhecimento jurídico, do Direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, Kelsen tem como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares o dualismo kantiano: ser e dever ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor”. O Direito para a matriz analítica centra-se exclusivamente no dever ser, o que superestima os aspectos lógicos da teoria pura, “em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento”. ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II (art.). In: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16.

<sup>226</sup> Rocha, enfrentando o problema da insuficiência do modelo analítico-normativista na pós-modernidade, refere que “toda teoria jurídica dominante [analítico-normativista], que é a base de nossa reflexão, deriva de um contexto histórico bem preciso, ou seja, é uma teoria que se fundamenta na forma de sociedade que chamamos de modernidade”. A modernidade é um período marcado por uma forte crença na racionalidade do Estado, donde privilegiar-se a perspectiva normativista-kelseniana para quem Direito e Estado se confundem. Para o articulista, “quando se ingressa numa forma de sociedade globalizada, que também se poderia chamar de transnacionalizada ou pós-moderna, o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. Não se pode assim continuar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal Kelseniano”. ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, 2001. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2001. p. 117-118.

similaridades com a Teoria Sistêmica, entretanto, o sistema kelseniano tendia, ao seu tempo, a ser operativa e cognitivamente fechado, notadamente por sua pretensão de pureza conceitual e vinculação ao procedimento, com o que se evitariam as conexões interdisciplinares que então ameaçavam a autonomia do Direito. Nesse aspecto, ele destoa da proposta sistêmica de análise do Direito, precipuamente o pensamento sistêmico contemporâneo, que estimula a abertura cognitiva e as conexões sistêmicas, finalizando evitar a diluição entrópica do sistema, conseqüente às constantes crises com o entorno<sup>227</sup>.

O Direito Penal, como sistema dotado de instituições legais, também está sujeito à lei da entropia e, como tal, se justifica pela sua legitimidade em face dos demais sistemas que o ambientam, ou seja, a pergunta sobre o *como* ele irá funcionar não se desvincula da questão sobre *por que* ou *para que* ele funciona, alusiva ao sentido do Direito no ambiente social que define sua identidade contemporânea. Destarte, a legitimidade do sistema penal depende da resposta positiva ao cumprimento de sua função. Deste modo, se a sociedade diferenciou um sistema jurídico próprio, cuja finalidade

[...] es mantener estables ciertas expectativas sociales, dicho sistema operará (y, en definitiva, existirá) legítimamente, siempre que su operación se oriente al desempeño de dicha función. Cualquier camino diverso que siga la operación del sistema, redundará inmediatamente en la pérdida de su legitimidad<sup>228</sup>.

Evidente que esta afirmação, de que o sistema penal tem a função de manter estáveis expectativas normativas do que resulta sua legitimidade, ainda que verdadeira, demanda determinar quês expectativas sociais se devem proteger e quem são os destinatários ou beneficiários destas expectativas. O Direito é um subsistema da sociedade, que organiza e especializa uma parte significativa de comunicações e interações a estabelecer suas maiores ou menores fronteiras de

---

<sup>227</sup> Luhmann e De Georgi alertam que a identificação da lei da entropia levou à busca de respostas na teoria da evolução, reconhecendo-se que “existen sistemas que no están sujetos a la ley de la entropía, sino que están en condiciones de construir una neguentropía y que, por lo tanto, precisamente por la apertura del sistema y por su dependencia del entorno, están en condiciones de reforzar su distinción del entorno”. LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Perez y Carlos Vallalobos. Coordenador da tradução Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 38.

<sup>228</sup> ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-construtivista? (art.). In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2007. p. 321.

ação com delimitar sistema e entorno, mediante a seleção das comunicações que são e que não são Direito. Logo, o sistema jurídico produz expectativas em pessoas, organizações ou mesmo outros subsistemas sociais e desenvolve operações destinadas à estabilização contrafática para manutenção das expectativas. A despeito disso, excepcionalmente, pode ocorrer defraudação, inclusive por parte de agentes operativos dos sistemas político ou econômico. Neste caso, espera-se que o sistema penal reaja à frustração, desenvolvendo operações muito específicas capazes de reestabilizar a expectativa normativa.

Mas além de estabilizar heterorreferencialmente expectativas em relação ao entorno, “llevando el punto al máximo grado de autorreferência, el sistema de Derecho incluso debe estabilizar expectativas que se le dirigen a él mismo”, pois, quando a sociedade o especializou, estimou que ditas expectativas são fundamentais para sua normal e eficiente operação e somente a consciência de tais expectativas por autorreferência permite destacar a diferenciação com o ambiente<sup>229</sup>. Na Sociologia do Direito de Luhmann, o Direito não é determinado isoladamente ou a partir de normas ou princípios superiores, como sustentam as escolas analítica e hermenêutica, mas por sua referência à sociedade. Assim, sua evolução, verificável como uma relação de causa e efeito, é sempre concebida como uma elevação da complexidade social, o Direito codetermina e é codeterminado por este processo de desenvolvimento, ao qual fomenta por conta de adaptar-se às suas necessidades. “Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos”.<sup>230</sup>

Como se salientou ao longo do primeiro capítulo, em matéria de Direito, na sociedade pós-moderna, como conseqüência dos avanços tecnológicos, assim como das correlatas conquistas democráticas, instituiu-se uma nova dicotomia entre direitos individuais e coletivos, problematizando a clássica *summa divisio* entre Direito

---

<sup>229</sup> ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-construtivista? (art.). In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007. p. 325.

<sup>230</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 34.

Público e Privado<sup>231</sup>. Esta percepção de que há direitos tuteláveis em um plano intermediário entre o privado e o público e que tais direitos intermediários, ao modo de coletivos, não são a simples soma de direitos individuais, mas um *tertium genus* proveniente do amálgama desses interesses, agrega complexidade às demandas regulatórias da sociedade contemporânea, desafiando o sistema jurídico a incrementar sua eficácia funcional.

A criminalidade econômica é uma das autorrepresentações mais evidentes da Sociedade Moderna, relacionada que está a fatores muito próprios de nossa época já referidos ao longo desta tese: assimetria entre os espaços econômicos e de poder, volatilidade do capital transnacional, criminalidade organizada, carência de *accountability* nas atividades políticas etc.. Dentre as modalidades criminosas modernas, pretende-se dar ênfase, ao longo deste segundo capítulo, à grande corrupção em sentido lato, iniciando-se por estabelecer algumas noções liminares acerca do tema, para, depois, sustentar que a expansão do Direito Penal, em face da corrupção é imposição sistêmica, tributária do momento histórico em que vivemos e que, por conta de novos instrumentos de hetero e auto-observação, o sistema penal demanda evolução que o desatrela das estruturas clássicas pertinentes ao Iluminismo.

### 3.2 Corrupção e Sistema Social: aportes históricos, sociológicos e jurídicos

Historicamente se minimizou a lesividade coletiva e socialmente difusa da corrupção, com associá-la ao subdesenvolvimento e, portanto, atribuindo-se-a à imaturidade histórica que o progresso educacional e social encarregar-se-ia de ultrapassar. Tal concepção entrou em declínio por conta de sucessivos escândalos

---

<sup>231</sup> Já na década de 1980, Tácito percebia que “[...] uma nova ordem jurídica começa, lentamente, a evoluir sob a pressão de causas econômicas e sociais. Um sopro reformista perpassa tanto o direito público como os institutos tradicionais do direito privado. Os interesses se organizam em grupos, provocando conflitos que abalam os alicerces dos sistemas políticos. O Estado é convocado a disciplinar e conter os excessos do capitalismo e da propriedade privada, sujeitando-os aos princípios do bem comum e da justiça social. A tônica da atividade do poder público se desloca da abstenção para a intervenção. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra os riscos sociais, a defesa da soberania e da autodeterminação impõem ao jurista a criatividade de novas fórmulas: a propriedade, a família, o trabalho, a empresa passam a obedecer a novos pressupostos de interesse coletivo. O individualismo jurídico se decompõe perante a crise das instituições e a socialização do Direito se transpõe gradualmente do plano doutrinário para a criação legislativa e a hermenêutica dos tribunais. TÁCITO, Caio. Do direito individual ao direito difuso [art.]. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 157, p. 04-05, jul./set. 1984.

de corrupção, mesmo em nações respeitáveis e desenvolvidas do ocidente, desvelando imperfeições do sistema democrático<sup>232</sup>. Até a suposta justificação funcional da corrupção, como mecanismo de desbloqueio de estruturas arcaicas, pré-capitalistas e burocráticas próprias de países de capitalismo tardio, outro argumento em prol da mitigação do seu desvalor, caiu em descrédito quando se demonstraram as desvantagens reais da corrupção para o desenvolvimento social de qualquer país<sup>233</sup>.

Até aproximadamente a década de 80 e 90, havia o entendimento de que alguma corrupção seria necessária para fazer funcionar uma inevitável e ineficaz burocracia do Estado. A corrupção era, portanto, vista como um meio de lubrificar a emperrada máquina estatal, favorecendo os negócios. Defendia-se o suborno, aduzindo que ele se justificava na ineficiência e arbitrariedade de muitas normas públicas. Funcionários públicos mal pagos e desmotivados fazem parte de um mecanismo de interação atípico, mas funcional, porque, a despeito da normatividade burocrática, os negócios continuam com certa desenvoltura. Propinas podem, algumas vezes, não somente beneficiar o pagador do suborno e o recebedor, mas também aumentar a eficiência das empresas<sup>234</sup>.

A “desburocratização a fórceps” encetada pelo suborno, entretanto, não o legitima. Primeiro, porque nem sempre a corrupção enseja este resultado sem consequências negativas, para tanto, basta que consideremos, por exemplo, “a evasão fiscal, a violação de legislação ambiental, a certificação de pessoas não qualificadas para benefícios públicos e concessões de imunidade para o crime organizado”. Segundo, dentro do Estado de Direito é inadmissível a alocação de recursos para servidores fora da estrita legalidade, quaisquer serviços públicos que

---

<sup>232</sup> Para Miranda “a corrupção em grandes contratos de licitação ocorre em todos os países, até naqueles países com os mais altos índices de honestidade como os países escandinavos, Cingapura e Nova Zelândia. A grande corrupção também não está limitada aos países em desenvolvimento que lidam com os negócios das multinacionais. Escândalos similares são frequentes nos países industrializados”. MIRANDA, Luiz Fernando. A análise neo-institucional da corrupção: corrupção e reformas (art.). **Em Tese**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 50. jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2016v13n1p48/32269>. Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>233</sup> SANTOS, Cláudia. A corrupção [da luta contra o crime a intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador] (art.). In: DIREITO penal econômico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. v. 3, p. 350-351.

<sup>234</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan *apud* MIRANDA, Luiz Fernando. A análise neo-institucional da corrupção: corrupção e reformas (art.). **Em Tese**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 50. jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2016v13n1p48/32269>. Acesso em: 18 jun. 2019.

não sejam gratuitos, como devem sê-lo o acesso à educação, justiça, segurança ou saúde, só podem ser taxados nas hipóteses previstas em lei. Terceiro, a justificativa da corrupção, como uma ferramenta de interação entre o mercado e poder público, restringe-se a uma compreensão estática e não dinâmica do processo, que ignora ser deveras frequente que funcionários corruptos, habituando-se ao recebimento de propinas, reconfigurem suas atividades discricionariamente para aumentar os ganhos e o espectro de empreendimentos extorquidos. No extremo, podem também ameaçar com prisões e processos os recalcitrantes, gerando conflitos e custos sistêmicos elevados. Além do mais, a tolerância para com a corrupção “facilita uma espiral ascendente de aumento do fenômeno, na qual a intenção criminosa de alguns encoraja mais e mais pessoas a se engajar em processos corruptos ao longo do tempo”. Por fim, a ampla disseminação do suborno como uma prática social arruína gradativamente a legitimidade de um governo, já que todo o processo de provisão de bens e serviços públicos, assim como a imposição de custos, impostos e taxas, resulta condicionado por um sistema subterrâneo e opaco de cobranças ilegais a minar o Estado de Direito<sup>235</sup>.

Por certo, nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, como o Brasil e a maioria dos países latinoamericanos, padecem de níveis muito mais graves de corrupção em relação a nações com mais elevados padrões educacionais e espírito público. Nestes, a ocorrência é esporádica, enquanto naqueles, a corrupção está implantada com raízes profundas, aparelhando-se como um mecanismo de funcionamento das instituições. Pode-se dizer que, enquanto em nações mais desenvolvidas há *atos de corrupção*, em outras se pode falar em *estado de corrupção*<sup>236</sup>.

O publicista argentino Mairal aduz que, em seu país, “tem-se a percepção, apoiada em dados da realidade e confirmada por pesquisas nacionais e internacionais, de que sua difusão [da corrupção] é muito alta, inclusive em comparação com países vizinhos e de similares características sociais, econômicas e culturais” e colaciona os testemunhos de Carlos Nino quando este afirmara, em 1992, que o “fenômeno da corrupção está maciçamente generalizado na sociedade

---

<sup>235</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan *apud* MIRANDA, Luiz Fernando. A análise neo-institucional da corrupção: corrupção e reformas (art.). **Em Tese**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 51. jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2016v13n1p48/32269>. Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>236</sup> MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 22.

argentina”, e de Luis Moreno Ocampo, que qualificara a situação do país vizinho de “hipercorrupção”<sup>237</sup>.

A corrupção, sem dúvida, é um fenômeno social complexo, que não pode nem deve desafiar explicações simplistas ou reducionistas, mas parece fora de dúvida que causas históricas e até antropológicas contribuem para facilitar sua compreensão. Dentre estas, pode-se mencionar o culto aos laços familiares e de amizade tão próprio dos países latinos, desde suas origens ibéricas, pelos quais se “promove ou tolera relações nas quais se premia a lealdade pessoal e o mérito é substancialmente ignorado. Na cultura latino-americana, a lealdade raramente se estende além do círculo de amigos e da família. É por isso que se desconfia profundamente do setor público e a noção do bem comum é muito fraca”<sup>238</sup>.

Também entre nós, Holanda, em obra clássica, conclui que Espanha e Portugal, nossas raízes ibéricas, por situarem-se nas fronteiras comunicativas da Europa com outros mundos, desenvolveram uma peculiaridade não compartilhada com os países centrais: “é que nenhum desses vizinhos soube desenvolver a tal extremo essa cultura da personalidade, que parece constituir o traço mais decisivo na evolução da gente hispânica, desde tempos imemoriais”<sup>239</sup>. Para o catedrático da USP, esta característica tão latina quanto, especificamente, brasileira, decorre da “importância particular que atribuem [os ibéricos] ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos semelhantes no tempo e no espaço”, donde inferir, como consectário, que “a falta de coesão em nossa vida social não representa, assim, um fenômeno moderno” e que a solidariedade entre os ibéricos “existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico ou entre amigos”<sup>240</sup>.

Enquanto fenômeno social multifário, a corrupção se reflete nas relações de poder difundidas mais alargadamente na sociedade. Nossa concepção mais comum

---

<sup>237</sup> MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 22-23. Segundo anota o autor, pesquisa do instituto Gallup de 1996, apontava que 97% da população da região metropolitana de Buenos Aires considerava que o nível de corrupção na Argentina era alto ou muito alto. Já a Transparência Internacional situava o país vizinho em 35ª posição dentre 54 países pesquisados e no indicador de 2011, ocupava o 100º lugar entre 182 países, atrás do Chile (22º), Uruguai (25º), Brasil (73º) e Peru (80º).

<sup>238</sup> MONTANER, Carlos *apud* MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 24.

<sup>239</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 32.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 32-39.



de poder é a de poder político-jurídico, cujo *locus* é o Estado, ainda que não se desconheçam outras formas de poder não estatais, diluídas no conceito de relações privadas e de concorrência entre interesses particulares. As análises genealógicas do poder, levadas a efeito por Michel Foucault, derivaram deste deslocamento do poder limitado ao Estado para relações outras que grassam na sociedade, delineando uma não sinonímia entre Estado e poder, ante a evidência de formas de seu exercício diversas do estrito poder governamental. “O que aparece como evidente é a existência de formas de exercício do poder diferentes do Estado, a ele articuladas de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive à sua sustentação e atuação eficaz”. Há uma distinção entre uma situação central de poder e outra periférica, ou desde outra dicotomia, entre um nível macro e um micro de poder, sendo este o nível dos mecanismos gerais que se expandem por toda a vida social, assumindo formas mais regionais e concretas, investindo em instituições e tomando corpo em técnicas de dominação. “O importante é que as análises indicaram claramente que os poderes periféricos e moleculares não foram confiscados e absorvidos pelo aparelho de Estado”<sup>241</sup>.

Para Foucault, apesar das inúmeras diferenças entre uma concepção jurídico-liberal do poder, derivada do Iluminismo, e uma concepção marxista *lato sensu* de poder, há um ponto em comum entre ambas a que denomina “economicismo na teoria do poder”. Em efeito, na teoria jurídico-liberal clássica, o poder é considerado um direito que se tem e, como outro bem, pode ser transferido mediante ato jurídico próprio, como um contrato ou uma cessão. Nesse sentido, “o poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política” e por conseqüência manifesta uma analogia entre poder e bens ou poder e riqueza. Já na concepção marxista do poder, o que importa é a funcionalidade econômica do poder, destinado a “manter relações de produção e reproduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e uma modalidade própria de apropriação das forças produtivas tornaram possível. O poder político teria neste caso encontrado na economia sua razão de ser histórica”. Sintetizando, na teoria liberal, o poder político se situa nos procedimentos de troca, na circulação dos bens, assumindo uma feição formal, já para a teoria marxista, o poder político teria na economia sua razão de ser histórica, materializando-se

---

<sup>241</sup> MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder (Introdução). In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradutor e organizador Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2010. p. xi-xii.

funcionalmente a serviço de interesses econômicos. E, mais ao modo de questionamento do que de resposta pronta, bem ao seu estilo, pontifica o filósofo que:

O problema que se coloca nas pesquisas de que falo pode ser analisado da seguinte forma: em primeiro lugar, o poder está sempre em posição secundária em relação à economia, ele é sempre 'finalizado' e 'funcionalizado' pela economia? Tem essencialmente como razão de ser e fim servir a economia, está destinado a fazê-la funcionar, a solidificar, manter e reproduzir as relações que são características desta economia e essenciais ao seu funcionamento? Em segundo lugar, o poder é modelado pela mercadoria, por algo que se possui, se adquire, se cede por contrato ou por força, que se aliena ou se recupera, que circula, que herda esta ou aquela região? Ou, ao contrário, os instrumentos necessários para analisá-lo são diversos, mesmo se efetivamente as relações de poder estão profundamente intrincadas nas e com as relações econômicas e sempre constituem com elas um feixe? Neste caso, a indissociabilidade da economia e do político não seria da ordem da subordinação funcional, nem do isomorfismo formal, mas de uma outra ordem que se deveria explicitar.<sup>242</sup>

Partindo de Foucault, o sociólogo português Boaventura de Souza Santos classifica, nas sociedades capitalistas, quatro espaços básicos de formação de poder: a) o espaço doméstico, cuja forma institucional é a família; o mecanismo de poder é o patriarcado e o modo de racionalidade, a maximização da afetividade; b) o espaço da produção, cuja forma institucional é a empresa ou corporação; o mecanismo de poder, a exploração do trabalho e cuja racionalidade é a maximização de lucros; c) o espaço da cidadania, cuja forma institucional é o Estado ou o poder público; o mecanismo de poder, a dominação e o modo de racionalidade, a maximização da lealdade e, em derradeiro, d) o espaço mundial, formado por nações que ajustam tratados internacionais; cujo mecanismo de poder se estabelece mediante trocas desiguais, voltadas a uma racionalidade de maximização da eficácia<sup>243</sup>.

A partir dos vetores supra determinados, Santos analisa as relações entre as fontes de poder nas sociedades centrais e nas periféricas, aduzindo que, nas primeiras, há uma predominância do espaço de produção sobre os espaços de cidadania e doméstico, pois o espaço de produção veio antes do espaço da

<sup>242</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradutor e organizador Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2010. p. 175.

<sup>243</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 125-126.

cidadania (Estado) e, desta forma, moldou-o de acordo com suas necessidades, atendendo aos interesses gerais de expansão do capitalismo. O espaço da produção também moldou o ambiente doméstico, adaptando-o às exigências de produção da força de trabalho assalariada. Ademais, nas sociedades desenvolvidas, há um isomorfismo entre os espaços de produção, cidadania e doméstico – exploração, dominação e patriarcado – que, embora permanecessem autônomas e diferenciadas, potenciavam-se entre si de molde a convergir para a recíproca eficácia funcional de cada uma delas. Tais condições facilitaram a liberdade de crescimento destas sociedades no espaço mundial já que primeiro se industrializaram e, naquele momento histórico, inexistiam outros países desenvolvidos a serem confrontados, que lhes impusessem significativos óbices<sup>244</sup>.

Já nas sociedades periféricas, verifica-se a preexistência do espaço da cidadania, em relação ao espaço da produção vez que o Estado consolidou-se antes mesmo da modernização dos espaços de produção. Na América Latina, isto é tão significativo que o governo veio antes da sociedade, conformando-a, processo totalmente inverso ao verificado nas potências centrais, onde a sociedade é o elemento natural, enquanto o Estado, sim, é uma entidade artificial. Em tais sociedades periféricas, ademais, em lugar do isomorfismo dos espaços de produção e doméstico, constata-se a heterogeneidade destes espaços, dando ensejo à falta de planejamento da produção com coexistência de modos de produção capitalistas e não-capitalistas e, especialmente, quanto a estas formas comunitárias primitivas ou tradicionais, o espaço doméstico não se adaptou ao de produção, pois são comuns atividades familiares de subsistência ou informais, que acabam por situar-se à margem do desenvolvimento econômico<sup>245</sup>.

A heterogeneidade dos vários espaços de poder e o déficit de isomorfismo entre eles nas sociedades periféricas faz com que as relações entre tais sistemas sejam instáveis e exijam a presença estruturante de um vínculo autoritário do Estado, por vezes ineficaz. Ao contrário do que ocorre nos países centrais, os espaços de poder não são autônomos, mas interdependentes, estabelecendo combinações complexas e inter-relações, por vezes, promíscuas entre si (clientelismo, nepotismo, corrupção). Assim a interdependência entre o espaço da

---

<sup>244</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 128-129.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 129.

cidadania e o espaço doméstico, vai facilitar que grupos familiares dominem o Estado, ocasionando espaços estatais oligárquicos<sup>246</sup>. De outra parte, uma inter-relação entre o espaço da cidadania e o espaço da produção, facilitará a tomada do Estado por grupos empresariais, ocasionando monopólios e corrupção<sup>247</sup>.

Nestas sociedades periféricas, a crise social é tanto mais evidente, que se opera não apenas como pressões externas sobre o Estado, mas como decorrência de sua própria conformação que, a par de autoritária e ineficaz, é por vezes incompleta e contraditória. Uma das contradições mais relevantes é a diferente resposta que a burocracia estatal dá às demandas sociais e individuais, calcada em uma atuação fragmentária, oscilatória e heterogênea, de modo que, alguns cidadãos, sem referências especiais, são tratados com rigidez e formalismo (sociedade civil estranha), enquanto outros, que, compõe o que Santos chama de sociedade civil íntima, recebem atendimento flexível e informal, para os mesmos efeitos<sup>248</sup>.

Trata-se da caracterização de um governo predador, no lugar onde deveria existir um governo protetor. Nesta governança predadora vigora uma racionalidade do tipo doméstica, baseada na maximização da afetividade entre as burocracias e seus clientes (clientelismo), em lugar de uma racionalidade cidadã, onde se operaria uma maximização da lealdade entre público e privado. Não é por outra razão que, em tais formas governamentais, o Estado perca a confiança até mesmo do espaço

---

<sup>246</sup> A respeito dessa característica tão própria de nossas raízes ibéricas, Sérgio Buarque de Holanda nos lembra que “o Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição”. Holanda critica a visão romântica de que os Estados descendem em linha reta das famílias, asseverando que “só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade”. O Estado é, pois uma transcendência cuja função é abolir a ordem familiar, “há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma espiritualização de formas mais naturais e rudimentares”. Com erudição, recordamos a imortal tragédia de Sófocles, na qual Creonte, encarnando a noção abstrata e impessoal do Estado em luta contra a realidade tangível da família, impõe a regra geral que proíbe o sepultamento de Polinice, condenando seu corpo a “servir de pasto às aves do céu” e atraindo a cólera e a desobediência de Antígona. E conclui com acerto absoluto “o conflito entre Antígona e Creonte é de todas as épocas e preserva-se sua veemência ainda em nossos dias. Em todas as culturas, o processo pelo qual a lei geral suplanta a lei particular faz-se acompanhar de crises mais ou menos graves e prolongadas, que podem afetar profundamente a estrutura da sociedade. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 141-142.

<sup>247</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 130.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 131.

de produção, ou ao menos, dos setores mais idôneos deste setor, pautados por uma lógica de maximização dos lucros e, portanto da eficiência e impessoalidade<sup>249</sup>.

As considerações até aqui esboçadas revelam que a corrupção é um fenômeno difuso em todo o mundo, mas especialmente na América Latina tem uma etiologia mais ou menos uniforme imputável sinteticamente: ao capitalismo tardio que não permitiu a instalação completa do Estado Social; às ditaduras ou mesmo às democracias desqualificadas, em que proliferaram estados clientelistas; à domesticação do Estado, com a aplicação de lógica intimista ou clientelista na gestão pública, a facilitar a formação de oligopólios, monopólios e a deterioração da vontade popular mesmo em eleições supostamente livres.

Na próxima subseção pretende-se discorrer sobre as classificações da corrupção para além dos tipos penais, ou seja, classificações que levem em conta o maior dano ou risco de dano ao interesse coletivo, enfatizando a grande corrupção que mais de perto interessa ao presente trabalho.

### 3.2.1 A Corrupção e suas Classificações: a pequena e a grande corrupção – a corrupção política

O art. 37 da Constituição Federal prevê, como princípios gerais da Administração Pública, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, em se tomando ao pé da letra, verifica-se que a corrupção, em sua modalidade mais comum, a corrupção de agentes públicos ou políticos, lesa, a uma só vez, todos estes princípios<sup>250</sup>. A corrupção pode ser dividida em pequena e grande corrupção. Aquela, se verifica nos estamentos inferiores do serviço público, normalmente praticada por burocratas de terceiro escalão para baixo, nas suas relações com o cidadão que paga propina para agilizar processos burocráticos. Em tais casos, a corrupção é uma espécie da interação entre quem detém poder econômico e quem detém poder decisório em detrimento do interesse público mais generalizado.

---

<sup>249</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 131.

<sup>250</sup> Assim que, em sua modalidade mais estrita, a corrupção passiva significa o transacionar da função pública ou o mercadejar com o cargo em que o funcionário público em sentido lato – servidor público ou agente político – aceita uma vantagem indevida ou promessa desta vantagem, oriunda de particular. Já a corrupção ativa, em sentido inverso, significa a ação de particular de oferecer ou prometer vantagem para determiná-lo a praticar ou deixar de praticar ato de ofício.

Já a grande corrupção situa-se nos altiplanos da atividade política – legiferante, jurisdicional ou administrativa – e envolve programas e projetos governamentais. Os governos frequentemente oferecem grandes benefícios financeiros a empresas privadas através de contratos de aquisição e prêmios de concessão. Os corruptores interferem nestes processos oferecendo propinas a líderes políticos ou altos funcionários. Miranda sintetiza com acuidade que

A corrupção reduz o investimento total e limita o Foreign Direct Investment (FDI), mas encoraja o investimento público excessivo em infraestrutura (TANZI; DAVOODI, 1997). Em um regime corrupto, atores econômicos com poucos escrúpulos, como aqueles engajados em negócios ilegais, têm uma vantagem comparativa e um país fica, de maneira geral, mais pobre se os níveis de corrupção são altos. Estes países podem, então, ficar presos em seus próprios esquemas de corrupção: países nos quais a corrupção produz mais corrupção e desencoraja investimentos legítimos em negócios<sup>251</sup>.

Ademais, também se constata que, a par da corrupção em sentido estrito, existe uma corrupção *lato sensu* que engloba outras modalidades de crimes praticados contra a Administração Pública, com a participação, normalmente decisiva de agentes públicos ou políticos, notadamente, fraudes em licitações ou peculatos.

A doutrina reconhece a proteção legal de bens jurídicos coletivos, intermédios ou instrumentais, a que já se referiu no capítulo anterior. Ainda que alguns setores doutrinários como a Escola de Frankfurt somente admita, com dignidade à proteção penal, aqueles bens “essenciais à vida, liberdade, integridade física e propriedade”, doutrinadores mais conectados com as transformações históricas reconhecem que valores aptos à proteção penal podem ser divididos entre “valores fim”, com forte afetação individual e “valores meio”, estes instrumentais em relação àqueles, cuja “íntima relação de alguns destes valores instrumentais com a realização dos valores essenciais, faria a mais valia destes irradiar-se sobre aqueles, justificando sua proteção pelo Direito Penal”<sup>252</sup>.

<sup>251</sup> MIRANDA, Luiz Fernando. A análise neo-institucional da corrupção: corrupção e reformas (art.). **Em Tese**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 49, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2016v13n1p48/32269>. Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>252</sup> MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos (art.). In: MELO, Débora Thaís de; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. **A corrupção: reflexões (a partir da lei da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 59.

Parte da doutrina já identificou na corrupção uma falsificação ou adulteração da vontade do Estado<sup>253</sup>, o que, a despeito de correto, tem o inconveniente de restringir o conceito de corrupção, porque exige a efetivação, pelo funcionário, da conduta proibida almejada pelo suborno, a denominada corrupção própria, deixando de fora a corrupção imprópria, na qual o suborno enseja a realização de atos lícitos pelo funcionário, ou seja, de acordo com a vontade do Estado. Na corrupção imprópria haveria apenas a ocorrência de um perigo abstrato ante o risco presumido de habitualizar a venalidade entre agentes públicos e contrariar o princípio geral da gratuidade das funções de Estado ou da taxaço exclusivamente pública de seus serviços.

Para complementar as insuficiências do conceito é possível falar-se de um bem jurídico complexo destinado a preservar as condições necessárias ao bom funcionamento do Estado e sua legitimidade interventiva, subdividido em dupla funcionalidade: de um lado, a necessária defesa da dignidade e prestígio do Estado, imprescindível à confiança coletiva nele depositada (aspecto externo) e, de outro, o levantamento de obstáculo ao risco de falsificação de sua vontade (aspecto interno), neste caso, traduzida na perversão do *ethos* estatal, dispensando-se a concreção de atos ilícitos por parte do funcionário como correspondência sinalagmática ao suborno.

Com tal escopo, há uma antecipação da tutela jurídico-penal mediante a censura do ambiente de venalidade ensejado pela corrupção, antes mesmo da prática concreta de atos ilícitos, de modo que o objeto de proteção é a *capacidade funcional do Estado*. Como se salientou parágrafos antes, além dos valores essenciais da vida, meio ambiente, liberdade, propriedade, são merecedores de tutela penal os valores-meio, dentre os quais, uma correta e eficaz atuação da administração pública, como instrumento do Estado de Direito, e suas relações com a sociedade, pois que tais bens, igualmente se revelam essenciais à promoção daqueles.

A importância do Estado de Direito como tecnologia social de asseguramento e implementação de direitos fundamentais, essencial à coexistência pacífica entre os membros da coletividade, atribui-lhe uma relevância que justifica a proteção penal de

---

<sup>253</sup> MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos (art.). In: MELO, Débora Thaís de; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal). Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 81.

sua funcionalidade já como propósito autônomo a transcender a mera finalidade instrumental, ou seja, já não se cuida apenas de justificar o recurso ao Direito penal como meio para proteção de bens jurídicos clássicos de cariz individual, mas de proteção *per se*, ante a essencialidade hodierna do exercício das funções públicas, que se submete, nos Estados democráticos modernos, à regra da legalidade, moralidade, transparência e eficiência a rechaçar sua manipulação para fins de locupletamento individual dos agentes públicos e operadores inescrupulosos do mercado.

A legitimação formal do crime de corrupção é pacífica na medida em que a tipificação deste crime reside no Direito Penal nuclear; delitos de corrupção pública ou política, ativa e passiva, encontram-se previstos nos Códigos Penais e distancia-se em tempos remotos sua censura penal. Contemporânea mesmo, a inscrevê-la na criminalidade moderna, é a efetiva persecução penal destes crimes, acobertados sob uma cifra oculta de hercúleo desvelamento, explicitada por diferentes razões.

Trata-se de uma criminalidade altamente profissional e planejada com característica de difícil prospecção e as normas destinadas ao seu enfrentamento desafiam hermenêuticas diversas e conflitivas dada sua elaboração complexa. É iniludível, inclusive pela reflexão empírica, que a corrupção constitui “um exemplo por excelência de crime de colarinho branco”, pois partilha em grande parte de suas especificidades que o tornam menos transparente à Justiça Criminal: “a ocorrência dos comportamentos em espaços não públicos, mas antes privados ou bastante reservados; a inexistência de um conflito patente entre um agente e uma vítima; a dispersão da responsabilidade no seio de organizações com cadeias hierárquicas complexas; “vitimização” difusa, sem falar na tendencial comunhão de interesses entre o corruptor e o corrupto, levando a corrupção à categoria dos “crimes sem vítima”<sup>254</sup>, apanágio de que desfruta em geral a criminalidade moderna e econômica e sobre a qual se discorreu no primeiro capítulo. Vale recordar que, historicamente, no que concerne à criminalidade nuclear, a absoluta maioria dos crimes tem vítimas determinadas que não apenas denunciam o delito às agências de repressão como exercem algum tipo de pressão para sua punição. No caso dos crimes de corrupção, a situação é exatamente inversa, pois, como se viu, há algum tipo de conivência,

---

<sup>254</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei (art.). MELO, Débora Thaís de; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 103.



mesmo forçada, nas hipóteses de concussão ou extorsão, mas, ainda nesses casos, a vítima tende a calar-se, por conveniência ou por medo.

No Brasil, a corrupção passiva, praticada por servidor público ou agente político pode ser punida a partir de três subsistemas legais diferenciados: o administrativo, o penal e o civil, neste último através da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Não há uma plena correspondência entre os casos de corrupção ativa e passiva, de modo que, ainda que em hipóteses menos comuns, uma possa ocorrer sem a outra. Há, pois, uma significativa diferenciação e especialização de sistemas punitivos, capazes de engendrar uma estrutura legal e institucional que, por si só, deveria ser eficiente ao enfrentamento da corrupção, mas diferentes obstáculos diminuem a eficiência destes sistemas no escopo de prevenir ou reprimir a corrupção<sup>255</sup>.

Como se salientou no início desta seção, a corrupção é um fenômeno ubíquo que já pertence às nossas tradições culturais, desde suas origens ibéricas. Nesse sentido, pode-se afirmar que ela está entronizada em nossas pré-compreensões de mundo, tomando parte de nosso imaginário psicossocial. Nesta mundividência, os sistemas psíquicos de que emanam comunicações dentro dos sistemas sociais produzem eventos que, por sua intensa repetição, forjaram estruturas de corrupção tão eficientes que nem a administração pública consegue diferenciar adequadamente operações eivadas ou não pela corrupção, esmaecendo-se os limites entre o legal e o ilegal como se uma legalidade paralela, uma subestrutura de ilegalidade, fosse capaz de mover parte significativa de operações do Poder Público.

Em tal quadro, já não é possível tratar o problema como casos particulares a desafiar um enfrentamento eventual ou particularístico, pois somente estratégias

---

<sup>255</sup> Prats, desde suas experiências no Uruguai e no Chile, como advogado e professor, assevera que na América Latina, em virtude da crise de desconfiança que incide em geral contra os governos, “se crearon múltiples organismos públicos cuya característica distintiva es la autonomía respecto de las fuerzas políticas dentro del propio gobierno”. Ademais, desenvolveram-se diversas modalidades de manifestação de descontentamento direto em face de atividades governamentais, facilitando a formação de uma cidadania crítica, capaz de propor, controlar e até gerir as políticas públicas. Para o autor, a participação cidadã transcende o mero direito de voto e quanto mais profunda o seja, maior será qualidade da democracia, a qual “se encontra en el grado de respeto de los derechos humanos y en los espacios de participación que posee la sociedad para accionar en defensa de ellos y para promover políticas públicas que satisfagan sus intereses”. (PRATS, Martín. La participación ciudadana en clave de derechos humanos como herramienta para la prevención de la corrupción. Condiciones para su real ejercicio (art.). In: ORSI, Omar Gabriel; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (comp.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 01-04). Entre nós, os Conselhos de saúde, meio ambiente, consumidor (municipais, estaduais e federais) são bons exemplos de participação popular direta na governança de recursos públicos.

profundas são capazes de engendrar as necessárias alterações paradigmáticas que, com o passar do tempo, serão capazes de levar os sistemas político, jurídico e econômico a observar adequadamente seus elementos e proceder às necessárias discriminações entre lícito e ilícito.

Por ora, é conveniente abandonar a estratégia de tratar a corrupção de forma pessoalizada ou substancial, como a ação de políticos ou servidores venais<sup>256</sup> e admiti-la como decorrente de estruturas sistêmicas do mercado e da administração pública, forjadas ao longo da história inclusive pela omissão das instituições responsáveis pelo seu confronto. Desta forma, apenas os homens, por mais boa vontade que tenham, não serão capazes de enfrentá-la, em nível individual, já que os sistemas não são compostos por homens e a eventual substituição, morte ou afastamento de alguns, não alterará o sistema que seguirá operando com outros personagens<sup>257</sup>. Nesse escopo, se demonstrará no próximo capítulo que foram as mudanças legais dos últimos anos, agregadas a outros fatores político-sociais que facilitaram a reação do sistema penal brasileiro contra a corrupção. Na seguinte subseção, porém, proceder-se ao aporte epistêmico da teoria da escolha racional, como um mecanismo teórico indispensável à compreensão da criminalidade moderna e bem assim da corrupção.

### 3.2.2 A Teoria da Escolha Racional e a Criminalidade Moderna, com Ênfase na Corrupção

Mais de trezentos anos antes que Gary Becker, Nobel de Economia em 1992, formulasse sua célebre teoria da escolha racional aplicável em matéria de crime e

---

<sup>256</sup> Convém evitar a substancialização, pois deste modo se simplificam conceitos, reduzindo o espaço de reflexão que pode ajudar a desvendar um fenômeno complexo como a corrupção. Assim, admitir a corrupção apenas como um fenômeno imoral próprio de servidores ou políticos desonestos, a despeito de sua veracidade, reduz sua complexidade, mas não contribui para sua compreensão e seu enfrentamento.

<sup>257</sup> Pode notar-se que os esforços localizam-se na tentativa de compreender o sistema jurídico como consequência natural de uma crescente especialização da comunicação geral da sociedade e como possuidor de uma autorreflexão sobre seu próprio funcionamento. Nesta "segunda fase" o Direito é compreendido como um observador de uma realidade própria, que é construída dentro de seus limites, e tal realidade não é fruto da percepção individual daqueles atores que estão implicados na rotina de seu funcionamento, nem compreendido como um artefato cultural produto da ação de indivíduos — os quais reproduziriam a "lógica do sistema" —, senão que o sistema jurídico constrói sua própria realidade através de suas operações jurídicas, e os atores humanos possuem um valor significativo, mas sem que diretamente sejam responsáveis pela realidade do sistema. Os sistemas sociais apresentam-se como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornando-se autopoiéticos.

punição, Thomas Hobbes, no *Leviatã*, identificava, uma “tendência geral de todos os homens, um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte” e isto não porque se espere alcançar com este incremento contínuo de poder um prazer maior do que o já conquistado ou que cada um não possa contentar-se com um poder moderado, mas sim porque a garantia de manutenção do poder já conquistado depende de adquirir mais poder ainda. Por isso, “a competição pela riqueza, a honra, o mando e outros poderes leva à luta, à inimizade e à guerra, porque o caminho seguido pelo competidor para realizar seu desejo consiste em matar, subjugar, suplantar ou repelir o outro”<sup>258</sup>. E depois de lembrar que se dois homens desejam a mesma coisa que não possa ser usufruída por ambos simultaneamente isto os torna inimigos, e de que nenhum homem se compraz da companhia dos outros sem um poder superior capaz de garantir o respeito entre eles, pontifica: “de modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeira, a competição, segunda a desconfiança e terceira, a glória”<sup>259</sup>. Mas, para além destes impulsos, quase instintivos, Hobbes também diagnosticava, a impelir a ação voluntária do homem, forças opostas de apetite e desejo, por um lado, e aversões, pelo outro:

Quando surgem alternadamente no espírito humano apetites e aversões, esperanças e medos, relativamente a uma mesma coisa; quando passam sucessivamente pelo pensamento as diversas consequências boas ou más de uma ação, ou de evitar uma ação; de modo tal que às vezes se sente um apetite em relação a ela, e às vezes uma aversão, às vezes a esperança de ser capaz de praticá-la, e às vezes o desespero ou medo de empreendê-la; todo o conjunto de desejos, aversões, esperanças e medos, que se vão desenrolando até que a ação seja praticada, ou considerada impossível, leva o nome de deliberação<sup>260</sup>.

E, deste modo, concluía, com precisão, “que as ações voluntárias não são apenas as ações que têm origem na cobiça, na ambição, na concupiscência e outros apetites em relação à coisa proposta, mas também aquelas que têm origem na aversão, ou no medo das consequências decorrentes da omissão da ação”<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 60. (Coleção os pensadores).

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 74-75.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>261</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 37. (Coleção os pensadores).

Em 1764, Beccaria publica seu célebre “Dos Delitos e das Penas”, uma das obras de Direito Penal mais influentes da história, que inaugura o Direito Penal iluminista. Seguindo a inspiração contratualista, sustenta desde logo a função legal de unir, em sociedade, homens que se encontravam independentes e isolados fora do Estado civil e que, por cansados do contínuo estado de guerra que lhes proporciona uma “liberdade inútil pela incerteza da sua conservação”, optam por sacrificar uma pequena parte dessa liberdade, suficiente para gozarem o restante dela com sossego e segurança. A soma dessas porções de liberdade alocadas no depósito comum fica em mãos do soberano, seu legítimo administrador. Adverte o jusfilósofo:

Mas não bastava constituir este depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Digo *motivos sensíveis* porque a experiência mostrou que a multidão não adota princípios estáveis de conduta, nem se afasta daquele princípio universal de dissolução que é observado no universo físico e moral, senão por motivos que afetam de imediato os sentidos e que se assomam de contínuo à mente para contrabalançar as fortes impressões das paixões parciais que se opõem ao bem universal: nem a eloquência, nem a declamação, nem mesmo as mais sublimes verdades bastaram para refrear por longo tempo as paixões suscitadas pelo vivo impacto dos objetos presentes (grifo do autor) <sup>262</sup>.

Logo adiante, exatamente no ano em que eclode a Revolução Francesa, coetâneo de Rousseau e Kant, em um período axial da história, Jeremy Bentham publica sua obra magna, “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, em cujo introito, o filósofo inglês, patriarca do utilitarismo racional, pontifica que “a natureza colocou o gênero humano sob o governo de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles cabe apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que realmente faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto e o que é errado e, por outra, a cadeia de causas e efeitos”. Ainda que no plano da linguagem e do discurso, o homem pretenda-se livre do domínio implacável desses senhores, na realidade ele

---

<sup>262</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 41-42.

continua sujeito a ele por toda sua vida. O princípio da utilidade ou do utilitarismo, de que Bentham é célebre defensor, reconhece esta sujeição humana, mas se propõe “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”. O utilitarismo pretende revelar a regra geral que se condensa a partir da heterogeneidade das manifestações humanas, e a encontra precisamente no movimento de busca do prazer e afastamento da dor, erigido em máxima da natureza antropológica. Por utilidade se compreende aquela propriedade incidente sobre qualquer coisa, em virtude da qual esta coisa tende a proporcionar prazer, vantagem ou benefício ou, o que significa o mesmo, evitar a dor ou o sofrimento. Assim, a utilidade está completamente relacionada com a felicidade; mais útil será o que proporciona maior felicidade e menos útil, aquilo que, na mesma proporção, reduz esta felicidade, de modo que o interesse do indivíduo está em ações ou coisas que lhe aumentem a felicidade ou que não lhe aumentem o sofrimento<sup>263</sup>.

Neste cotejo entre aumentar o prazer e reduzir ou impedir a dor para desfrutar maior felicidade, Bentham transcende, ainda que com cautela, o individualismo e transpõe este raciocínio do indivíduo para a comunidade, que para ele é a soma dos indivíduos<sup>264</sup>. Após longa reflexão sobre a extensão e intensidade das dores e dos prazeres, bem como sobre diversas classificações de motivos e intenções, conclui que,

Em consequência do que dissemos, pareceria que um método mais cômodo seria distribuir os motivos conforme a influência que têm sobre os interesses dos membros de uma comunidade, deixando à parte os interesses da pessoa em particular; em outros termos, segundo a tendência que têm no sentido de harmonizar os interesses das pessoas com os da comunidade, ou de conflitar uns com os outros.

Sob este prisma, os motivos podem ser divididos em *sociais, dissociais ou pessoais (self-regarding)*.

---

<sup>263</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 3. ed. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 03-04.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 04. No ponto, vale realçar que Bentham tem uma compreensão deveras simplista de comunidade como “um *corpo* fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus *membros*”. E se propõe a pergunta, para a qual já tem pronta resposta: “Qual é, neste caso, o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade”. O ponto de vista luhmanniano é diverso, pois considera este ponto de vista um obstáculo epistemológico à compreensão do conceito de sociedade, a que denomina obstáculo antropológico, já que insiste em que o social não surge do homem, mas da comunicação que provê estruturas de sentido que evitam a tendência radical de desintegração dos sistemas. LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Perez y Carlos Vallalobos. Coordenador da tradução Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 31.

Entre os motivos pessoais, classificar-se-iam os seguintes:

- (1) Boa vontade ou benevolência;
- (2) Amor à reputação;
- (3) Desejo de amizade;
- (4) Religião.

Entre os motivos dissociais, classificar-se-ia os seguintes:

- (1) Desgosto ou descontentamento.

Entre os motivos pessoais (*self-regarding*), classificar-se-iam os seguintes:

- (1) Desejo físico;
- (2) Interesse pecuniário;
- (3) Amor ao poder;
- (4) Autopreservação, incluindo o temor das dores dos sentidos, o amor ao sossego e o amor à vida (grifo do autor)<sup>265</sup>.

E enfatiza que dentre os motivos sociais apenas a boa-vontade ou benevolência se constitui em motivo puramente social, ao passo que o desejo de reputação, amizade ou religião, são semissociais, já que também refletem uma densidade pessoal apreciável. Por isso, de todos os motivos elencados a boa vontade é aquele que se apresenta como mais certamente em coincidência com o princípio de utilidade.

Estes três autores – Hobbes, Beccaria e Bentham – sustentaram, em linhas gerais, um entendimento similar sobre os motivos mais profundos do comportamento humano: Hobbes via na ânsia de poder, em suas diversas modalidades de glória, riqueza e autoridade, a inspiração que preside as ações humanas. Beccaria entrevia tal motivação, no desejo humano de retomar suas liberdades, afiançadas ao interesse coletivo, ainda que clandestinamente e mantendo restringidas as dos outros homens e, por fim, Bentham concluiu que o móvel da ação humana é a maximização da felicidade, consistente em incrementar o prazer e reduzir ou impedir a dor. Ao mesmo tempo e, em contrapartida, Hobbes já diagnosticava que toda deliberação humana levará em conta o balanço entre desejos, apetites e aversões. Beccaria via nos “motivos sensíveis”, incidentes sobre os sentidos, o desestímulo necessário para contrabalançar a tendência universal de dissolução do universo físico e moral e Bentham concluiu que a ameaça de dor ou desprazer pode conter a disposição humana para o cultivo de interesses puramente pessoais, que não se conciliem com os interesses gerais, dentro de um princípio de utilidade.

---

<sup>265</sup> LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Perez y Carlos Vallalobos. Coordenador da tradução Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 43.

A teoria da escolha racional com suas evidentes vinculações epistêmicas com os antecedentes filosóficos acima sintetizados está entronizada na análise econômica do Direito (AED) e tem origem teórica no artigo seminal de Becker – *Crime and Punishment an Economic Approach* – publicado em 1974. Becker inicia seu ensaio enfatizando que desde a virada para o Século XX, o Estado liberal, predominante no Século XIX, vinha sendo substituído pelo Estado de bem-estar social o que, no plano legislativo, significava deixar de proteger exclusivamente bens jurídicos clássicos – como liberdade pessoal, vida, integridade física e patrimônio, para tutelar minorias contra discriminações, o consumidor, reprimir negócios abusivos etc. Ele inicia ponderando que, a obediência à lei por puras convicções morais não pode ser tomada como garantida. Ademais remorso ou arrependimento não podem ser considerados punição suficiente em si, impondo-se, destarte, punições adicionais e às vezes severas aos condenados, as quais têm custos econômicos elevados que não podem ser negligenciados pela administração da justiça<sup>266</sup>.

Becker, já de início, anuncia que o principal propósito de seu artigo é responder quanto de recursos econômicos e quanto de punição devem ser expendidos no esforço de implementar a legislação; que tipos de ilícitos podem resultar impunes, propondo, como método, a avaliação da perda social com a ação delituosa e os gastos que serão empregados na sua punição, de modo que o balanço entre ambos reduza o prejuízo coletivo. Este método do balanço entre a perda social e os gastos punitivos pode substituir os critérios da criminologia clássica de vingança, compensação, desterro ou reabilitação, ao menos em hipóteses especiais, em que haja possibilidade de estimativa econômica das perdas, o que não ocorre, por exemplo, em casos de criminalidade clássica, como homicídios e estupros.

As teorias produzidas na Criminologia acerca dos fatores determinantes do número de ofensas são muito diferentes e variam da ênfase nos tipos de crânio e herança biológica até a educação familiar ou desencantamento com a sociedade. Mas praticamente todos os criminólogos estão de acordo em que, para além destas outras variáveis e desde que elas sejam mantidas constantes, o aumento na

---

<sup>266</sup> BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (ed.). **Essays in the economics of crime and punishment**. [S. l.]: NBER, 1974. p. 02. Disponível em: <http://www.nber.org/books/beck74-1>. Acesso em: 26 jul. 2019.

probabilidade de condenação ou punição de alguém, geralmente diminui o número de ofensas que este sujeito comete. Além disso, uma conclusão baseada em experiência na atividade judicial é que uma mudança na probabilidade de punição tem um efeito maior sobre o número de ofensas do que uma mudança na própria punição<sup>267</sup>. Esta assertiva de Becker encontra eco na afirmação primeva de Beccaria, o qual ao defender a moderação na aplicação de penas, sustentara que a condição para uma pena ter eficácia é “que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito e nesse excesso de mal deve ser levada em conta a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito devia produzir”<sup>268</sup>.

Segundo a teoria da escolha racional, inicialmente empregada para pesquisas sobre produção e consumo e, posteriormente, estendida à própria abordagem da criminalidade econômica, a chave para compreensão do comportamento criminoso, sobretudo com fins econômicos, está em reconhecer que a maioria das pessoas o cometeria a partir de um cálculo racional em que o resultado da ação excedesse o potencial ganho com atividades lícitas e o risco de punição<sup>269</sup>.

Desta forma, a partir dos precursores antes mencionados, Becker sustenta que a decisão do indivíduo de por em atuação uma vontade criminosa envolve a comparação entre benefícios e custos e tenderá a uma escolha pela prática delitiva sempre que os benefícios transcenderem a expectativa dos custos. Essa concepção pressupõe um indivíduo racional, que dá prioridade ao seu interesse individual a partir do cálculo dos custos, retratados na probabilidade e magnitude da punição, variáveis que, verificadas em conjunto com outros elementos, tais como, grandeza do aparato policial, nível de eficiência da justiça criminal, efetividade da pena, possibilidade de livramento condicional, podem desestimulá-lo à prática criminosa. Existem variáveis positivas, as quais estimulam o indivíduo a buscar uma colocação no mercado de trabalho (renda, salário, educação) e variáveis negativas (eficiência do aparato de justiça, por exemplo) que buscam dissuadi-lo da ideia de

---

<sup>267</sup> BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (ed.). **Essays in the economics of crime and punishment**. [S. l.]: NBER, 1974. p. 09. Disponível em: <http://www.nber.org/books/beck74-1>. Acesso em: 26 jul. 2019.

<sup>268</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 92.

<sup>269</sup> Becker assim se expressa textualmente: “*The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals," therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ*”. Becker, *op. cit.* p. 09.



cometer crimes. O crime é, portanto, tido como uma atividade econômica como outra qualquer<sup>270</sup>.

No caso específico da corrupção, até agora o custo de oportunidade mais relevante em jogo para o agente público está representado pela perda salarial ou da aposentadoria e outros benefícios próprios do setor público, risco que intimida até mais que a punição criminal, cuja ameaça se descortinou historicamente em um horizonte distante e puramente hipotético, especialmente para a grande corrupção. O agente elabora um cálculo racional de riscos envolvidos e das perdas potenciais em cotejo com os ganhos disponíveis. A oferta de corrupção existe possivelmente em quase todo o mundo, o incremento atual é dos riscos da operação ser percebida e denunciada por redes de observação que vêm sendo especializadas dentro dos sistemas, tais como auditorias externas, públicas e privadas, sistemas informatizados de cruzamento de dados ou de interceptação de dados, imprensa investigadora. É possível reconhecer que estruturas legais recentemente colocadas à disposição dos sistemas de justiça, ampliaram os instrumentos de observação destes sistemas<sup>271</sup>.

E quando se fala em *observação* no sistema penal já se subentende a possibilidade de ser identificada a operação corrupta, processada e devidamente punida, desde que preenchidos os pressupostos processuais pertinentes (demonstração da culpabilidade) à imposição da consequência do injusto penal.

---

<sup>270</sup> Outro autor que se dedica à defesa da análise econômica do Direito é Posner para quem “o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito [...] é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações [...] em *todas* as suas atividades que impliquem uma escolha”. Posner ainda alerta “ficar subentendido que tanto as satisfações não monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual da maximização” a qual não se dá necessariamente em um plano consciente, bastando a adequação entre fins e meios que pode ocorrer de modo tácito. POSNER, Richard **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo e revisão técnica e da tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473-474.

<sup>271</sup> A Lei 12.850/13, relativa às organizações criminosas, introduziu instrumentos de observação sistêmica inéditos, como a colaboração premiada e a infiltração de agentes, ademais de reforçar mecanismos preexistentes, tais como a interceptação telefônica e a quebra de sigilo de dados. Tal norma, que facilitou uma ruptura paradigmática no combate à corrupção, é aplicável diretamente ao sistema penal, o qual, conforme se sustenta nesta tese, é altamente especializado e, por ser o único capaz de aplicar a pena privativa de liberdade, reforça sobremaneira sua diferenciação em relação aos demais. Todavia, norma como a antes referida, é igualmente aplicável a outros sistemas legais (no plural) destinados ao enfrentamento da ilicitude moderna, especialmente da corrupção, a qual pode ser processada e punida também nas esferas administrativa e civil (neste caso, por exemplo, nos termos da Lei 8.429/90 – Lei de Improbidade Administrativa). E isto se afirma pela posição consolidada na jurisprudência brasileira de independência entre as esferas penal, civil e administrativa, a despeito da admissão da prova emprestada nos processos cível e administrativo, proveniente do processo penal ou, em via reversa, aproveitamento de relatórios de auditoria administrativa como base probatória de processos penais ou civis.

Nesse sentido, tendo em conta as variáveis formuladas pela teoria da escolha racional, pode-se concluir com absoluta segurança que “um incremento da sanção judicial ao indivíduo [...] tende a reduzir a corrupção, uma vez que aumenta os custos do indivíduo caso seja pego”<sup>272</sup>. No caso de agentes públicos, os riscos tendem a serem maiores, pois extrapolam as sanções penais, incidindo sobre vantagens salariais, estabilidade ou vitaliciedade, benefícios previdenciários etc. Caso também sejam incrementadas as sanções contra o agente privado, autor da corrupção ativa, com a aplicação de sanções penais e extrapenais (dentre estas, perdas financeiras ou proibição de contratar com o poder público), reduz-se ainda mais a probabilidade de corrupção, já que militarão contra sua prática desestímulo bilaterais que desestabilizam a racionalidade de que depende o suborno<sup>273</sup>.

Autores que se perfilham à análise econômica do Direito, especialmente à teoria da escolha racional, asseveram que “um aumento na probabilidade de punição é a variável mais importante no estabelecimento do nível de equilíbrio atual da corrupção”, porquanto o incremento na probabilidade de punição significa aumento proporcional no *quantum* do suborno pretendido, necessário para que “a corrupção seja realmente interessante para o agente corrupto”. [...] “Esta conclusão é consistente com vários estudos em análise econômica do direito que indicam que os melhores resultados na luta contra o crime são alcançados por meio de um aumento na probabilidade de ser preso e condenado”<sup>274</sup>. A segunda variável mais relevante é a magnitude das sanções judiciais para ambos os agentes e, por fim, a severidade das sanções administrativas aplicáveis ao servidor corrupto<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema Judicial no combate à corrupção (art). In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 65.

<sup>273</sup> Não é possível acreditar que a corrupção seja inspirada em uma racionalidade do tipo político-ideológica. Admite-se, sim, que dois fatores se entrelaçam como razões da corrupção: o asseguramento, ainda que por meios ilícitos, do poder político e as vantagens econômicas advindas por meios tortuosos.

<sup>274</sup> Assim concluem Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. ao citarem estudos, entre outros, de Erlich e Posner. *Ibid.*, p. 64.

<sup>275</sup> Alencar e Gico Jr., orientando-se pelos preceitos da teoria econômica do direito, alertam que, sendo maior o custo associado ao aumento da probabilidade de punição (melhores instrumentos de investigação, agentes públicos altamente especializados, varas judiciais especializadas), que incide sobre fatos e agentes concretos, do que o custo associado ao simples incremento formal ou abstrato da magnitude da punição (basicamente o processo legislativo), “é de se esperar que esta última estratégia seja mais comumente empregada do que a primeira. De qualquer maneira, a teoria nos informa que a probabilidade de punição é a variável chave na luta contra a corrupção”. Do ponto de vista empírico, os autores se questionam como será possível medir a probabilidade de corrupção para subsidiar decisões de política criminal a esse respeito. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema Judicial no

O Brasil optou por um sistema de tripla responsabilidade em que, apesar de algumas variações procedimentais, observa-se, nas instâncias civil, penal e administrativa, o direito ao devido processo legal – ampla defesa e contraditório – o duplo grau de jurisdição e a possibilidade de revisão judicial de decisões administrativas. Carlos Higinio Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. empreenderam pesquisa comparativa entre sanções administrativas e judiciais, para medir o desempenho judicial no combate à corrupção funcional. Para tanto, partiram do pressuposto de que, se o agente é condenado administrativamente, em procedimento no qual é observado o *due process of law*, em cujo seio é exigido similar conjunto probatório àquele requerido em processo judicial, e no qual, em tese, ele é beneficiado por não desprezível corporativismo, então, o número de servidores punidos com demissão é aproximativo do universo real da corrupção. Uma vez identificado o subconjunto de punidos administrativamente, pode-se aquilatar o desempenho judicial, cotejando com a taxa de punição judicial aplicada aos mesmos casos<sup>276</sup>.

Desta forma, à míngua de informações específicas em bancos de dados públicos, Alencar e Gico Jr. coletaram manualmente no Diário Oficial da União, os casos de servidores públicos federais sancionados com demissão, perda de aposentadoria ou afastamento de cargos públicos, por práticas de corrupção, nos principais ministérios, durante o período de 1993 – 2005, buscando uma amostra representativa em diferentes perfis educacionais e salariais. Elencados os casos de corrupção no período delimitado, foram vasculhadas as bases de dados judiciais para cada um dos servidores em busca de processos cíveis ou criminais, inclusive os casos em que os próprios funcionários buscaram a anulação da decisão administrativa e reintegração ao cargo.

Uma vez que a Constituição garante a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre a administração pública, pode-se utilizar a taxa de reversão judicial das decisões administrativas como um teste de solidez jurídica de tais deliberações. No período de coleta de dados (1993 a 2005), os pesquisadores

---

combate à corrupção (art). In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 65.

<sup>276</sup> Alertam referidos pesquisadores que, em se tomando a quantidade estimada de casos de corrupção punidos administrativamente como referencial para cotejo com as punições judiciais e aferição da eficiência deste sistema, “não significa assumir que o processo administrativo seja infalível ou que não há caso em que os agentes corruptos não são punidos. Tal pressuposto significa apenas que aqueles casos que foram efetivamente investigados são associados a uma alta probabilidade de ocorrência de corrupção, de acordo com os padrões legais vigentes”. *Ibid.*, p. 68.

identificaram 687 casos de servidores federais demitidos, dos quais 246 (35,81%) foram demitidos por razões não relacionadas à corrupção e 441 (64,19%) estavam envolvidos em práticas corruptas<sup>277</sup>. Destes 441, mais da metade (224) ingressou com ações judiciais, buscando a reintegração ao trabalho, o que revela que o recurso ao poder judiciário é comum no Brasil, mas apenas 29 haviam conseguido a revisão judicial da decisão administrativa<sup>278</sup>. Como ao tempo da pesquisa, 104 ações de reintegração já estavam definitivamente rejeitadas em juízo e 77 em primeira instância, a constatação de que 46% das ações judiciais já haviam sido julgadas improcedentes em definitivo indica ser “um mito a afirmativa de que a maioria dos servidores públicos demitida retorna à Administração Pública”. Ademais, “é razoável usar os casos de demissões administrativas como aproximações para os casos reais de corrupção a fim de estimar-se a efetividade judicial dos sistemas cível e administrativo”. Além disso, a simetria entre as decisões administrativas e judiciais revela que aquelas não são tomadas arbitrariamente e que os critérios adotados em ambas instâncias é semelhante<sup>279</sup>.

Outra conclusão da pesquisa mencionada, que interessa mais à presente tese, é que “apenas um terço dos servidores públicos demitidos administrativamente (34,01%) são processados criminalmente”. O cenário é ainda mais desalentador em se comparando o número de processos criminais com o número efetivo de condenações, pois apenas quatorze servidores foram efetivamente condenados. Partindo-se do pressuposto de que as condenações administrativas refletem mais

---

<sup>277</sup> Segundo Alencar e Gico Jr., esses resultados são compatíveis com outro estudo recente (publicado em ROCHA, Marcelo Nunes Neves da; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. Análise das penalidades graves aplicadas a servidores federais no Brasil: principais causas, modalidades punitivas, avaliação quantitativa e qualitativa. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 14., Salvador, 2009. **Anais...** Salvador: CLAD, 2019.), que investigou as causas da demissão de servidores federais demitidos de julho de 2001 a junho de 2009. Ambos estudos revelam que aproximadamente 2/3 das demissões de servidores federais se relacionam à corrupção, sendo a segunda causa mais comum a ausência injustificada ao trabalho por abandono de cargo por mais de trinta dias consecutivos ou inassiduidade habitual (sessenta dias ou mais de ausência, interpolados em um período de doze meses). ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema Judicial no combate à corrupção (art). *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 72.

<sup>278</sup> Em que pese 1/3 das decisões denegatórias da revisão ainda estarem pendentes de trânsito em julgado quando da publicação do estudo. Assim, “apenas 4.5% dos servidores demitidos foram judicialmente reintegrados, de um total de 441, e, mesmo se reduzirmos nossa análise aos casos em que realmente houve contestação judicial da demissão (224), as reintegrações resultantes são de apenas 8,93% dos casos”. *Ibid.*, p. 71.

<sup>279</sup> ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema Judicial no combate à corrupção (art). *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 71-72.

aproximadamente as taxas reais de corrupção, pode-se estimar a eficácia do sistema criminal na repressão desta modalidade criminosa, em três por cento<sup>280</sup>.

No concernente à repressão na esfera cível, “seria razoável esperar um desempenho melhor [...] uma vez que a legislação aplicável emprega padrões de sanção mais maleáveis que os penais”. Juridicamente, as razões para a demissão de qualquer servidor público por corrupção igualmente se revelam idôneos à sua responsabilização civil por ato de improbidade administrativa e por indenizar o Erário Público. Destarte, é justo esperar um elevado grau de convergência entre ambas as jurisdições, todavia, os dados frustram esta expectativa, pois dos 441 demitidos por corrupção, apenas 107 foram processados civilmente, ou seja, um quarto, e, até 2009, só treze condenações foram identificadas, sendo sete definitivas. Assim, o desempenho do sistema judicial cível é menor do que 2%.

Deste modo, concluem os mencionados pesquisadores que a percepção generalizada no ambiente social de que a corrupção não é enfrentada na Justiça brasileira não é exagerada, sendo “razoável inferir que o desempenho judicial no combate à corrupção é tão baixo que atividades ligadas à corrupção devem ser altamente lucrativas e, portanto, ubíquas em nossa sociedade”<sup>281</sup>.

Tais constatações revelam a importância de se manter o controle administrativo da corrupção paralelamente ao sistema penal, ante a ineficiência deste último. Ademais, o fraco desempenho do sistema cível, menor ainda do que o do sistema penal, a despeito de sua maior flexibilidade probatória e consequentemente punitiva, permite concluir que teses minimalistas como as da Escola de Frankfurt, a que se aludiu no primeiro capítulo, a sustentar o retorno ao Direito Penal iluminista com a especialização de um sistema alternativo denominado Direito de intervenção, não se mostram eficientes, pois tal proposta assemelha-se à atual instância cível, que na mencionada pesquisa revelou-se menos eficaz que a instância penal e administrativa no enfrentamento da corrupção. Em efeito, antes de sugerir o recuo do Direito Penal ao passado com especialização de novo subsistema, melhor seria o reforço operativo dos sistemas hoje existentes, o que pode ocorrer mediante ressignificação contínua dos seus limites de sentido,

---

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 72. Recordam ainda os pesquisadores “mesmo esse baixíssimo desempenho na aplicação da lei não representa necessariamente tempo de carceragem, pois o regime prisional pode ser convertido em outros tipos de punição, dependendo do tempo de prisão imposta”. Deste modo, “a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero”. *Ibid.*, p. 72.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 73.

fortalecimento das fronteiras operacionais mediante o reforço de autonomia das instituições e desenvolvimento de novas e mais modernas redes de observação.

O estudo de Alencar e Gico Jr. debruçou-se sobre a corrupção funcional simples de servidores de escalões administrativos federais inferiores. Vale ressaltar que a esfera administrativa federal, em comparação com a estadual e municipal, ostenta grau maior de eficiência organizacional, mais impessoalidade e menos corporativismo. Mas tais dados são ainda mais desanimadores se forem confrontados com a realidade da corrupção política ou grande corrupção sobre os quais se volta a presente tese, eis que identificada com a criminalidade moderna, muito mais difusamente danosa e mais dificilmente alcançável pelo sistema judicial.

De qualquer modo, horizonte mais auspicioso se desvela ante o observador sistêmico, pois o estudo antes mencionado toma por base dados de 1993 a 2005 e foi elaborado nos idos de 2009. Seus resultados ajudam a entender a ruptura que inicia em 2012 com o julgamento da Ação Penal 470 do STF (Mensalão) e segue posteriormente com a complexa operação Lava-jato e suas múltiplas fases e desdobramentos, só para citar os exemplos mais emblemáticos, que se tornaram possíveis graças a mudanças mais profundas no plano legislativo e institucional.

Neste, o plano das instituições que operam no sistema de justiça, calha trazer a lume o caso do Ministério Público brasileiro que ostenta uma conformação constitucional e legal diversa da de seus congêneres no Direito comparado, especialmente por contar com grande amplitude de ação, instrumentos próprios de investigação e especialmente independência funcional e administrativa, garantias institucionais que aprofundam sua diferenciação funcional em face de outras instituições que operam no sistema de Justiça. Na próxima seção, pretende-se abordar, ainda que brevemente, a evolução histórica desta instituição em nosso país e demonstrar como ela reforçou suas operações no sistema de justiça penal a partir de decisões endógenas, que incrementaram a diferenciação em relação ao Poder Judiciário e produziram energia sistêmica, traduzida em prédios e corpos de pessoal próprios.

### 3.3 Ministério Público Brasileiro – Ampliação Sistêmica e Atuação em Matéria Penal

Mirna Goranski, em relevante estudo comparativo entre o Ministério Público argentino, chileno e da Promotoria do Bronx nos Estados Unidos, assevera que os

sistemas judiciais da América Latina, especialmente em matéria penal, estão transitando de um modelo inquisitivo para outro de cariz contraditório ou adversarial, inclusive no concernente às políticas criminais a serem adotadas. Esta transformação não raro vem sendo frustrada, seja pela recusa à aprovação legislativa, seja porque a cultura organizacional das instituições e dos seus operadores resiste à substituição dos modelos. E conclui com aguçada precisão: “en muchos casos lograr reformas normativas fue más sencillo que producir cambios en su aplicación en la práctica debido a los serios problemas que conlleva el reemplazo de modelos cuando se pretende un verdadero cambio cultural”<sup>282</sup>.

No caso brasileiro, de todas as instituições da República, uma das que mais logrou sistematizar espaços sociais nas últimas décadas, foi o Ministério Público. Uma constelação de fatores concorreu para esta evolução, consistente em novas e mais relevantes atribuições, com correlatas garantias institucionais e pessoais com assento constitucional. O mais intrigante dessa história, todavia, não reside em fatores exógenos, mas sim em operações endógenas de ressignificação de sentidos, que transformaram o Ministério Público, de uma instituição apagada e burocrática, em um ente de presença em quase todo o território nacional, com relação ao qual se voltam grandes expectativas da cidadania.

Outro paradoxo na história institucional do Ministério Público é que um aspecto próprio da atividade institucional que sempre foi entrevisto com suspeição e cautela é que parece ter sido causa da evolução institucional: o voluntarismo político dos membros do Ministério Público, que desde o Estado Novo<sup>283</sup>, revelaram seu interesse em transformarem-se em agentes políticos da cidadania. Esta vocação se traduziu no desenvolvimento de ações concretas que moldaram papéis pessoais e, depois, programas de atuação política de uma instituição jurídica.

Para Gadamer, uma hermenêutica adequada à “coisa em si” (*Dasein*) deve incluir a historicidade em seu pensar, a realidade da história na própria compreensão, a essa realidade chamou de história efetual. “Compreender é um

---

<sup>282</sup> GORANSKI, Mirna. **Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático**: un estudio comparado. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. xiii.

<sup>283</sup> Por Estado Novo se denomina a fase histórica do primeiro governo do Presidente Getúlio Dornelles Vargas, no período de 1930 a 1945. Nesse período, coincidente com a Segunda Guerra Mundial, o Brasil sofreu significativos câmbios socioeconômicos, de uma sociedade ruralista e conservadora, para uma sociedade crescentemente urbana e industrializada. Ademais, foi período de grande avanço nos direitos sociais, surgindo a legislação laboral – Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – e o início da previdência social, muito embora tenha sido período reconhecido como de redução das liberdades individuais, visto tratar-se de governo ditatorial.

processo de história efetual”. Embora, não se exija sempre uma averiguação desde o prisma histórico, como uma etapa metodológica necessária da hermenêutica clássica, tem-se de reconhecer os efeitos, conscientes ou inconscientes da história efetual em nossa compreensão, especialmente quando procuramos compreender fenômenos desde uma significativa distância temporal. “Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento”<sup>284</sup>.

Em sua cruzada contra o método, Gadamer lembra que a influência da história efetual sobre toda compreensão sequer depende de seu reconhecimento, pois ela impõe-se mesmo diante da negativa do método em admitir a historicidade da compreensão. A consciência da história efetual é consciência da *situação* hermenêutica. Não estamos diante da situação, mas já estamos imersos nela e por isso não dispomos de um saber objetivo sobre ela, temos, porém, a tarefa de elucidá-la, ainda que jamais o consigamos por completo, pois a história efetual não está ao dispor do intérprete, que a ela está mais submisso do que sua consciência pode inferir. Ser histórico é não se esgotar nunca no saber-se, mas iluminar a tradição, pois todo saber procede de um dado histórico substancial que “suporta toda opinião e comportamento subjetivo e, com isso, prefigura e delimita toda a possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica”<sup>285</sup>.

Reconhecer o nosso passado é fundamental para a compreensão e formação do conhecimento. A história efetual expressa, em seu primeiro nível, a exigência de tornar consciente a própria situação hermenêutica, isso para pretender maior nível de controle sobre a atividade interpretativa. Enfatiza Gadamer que a história não está em nossas mãos, nós é que estamos sendo conduzidos pelo seu fluxo incessante, pois “muito antes de que nos compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos”<sup>286</sup>.

A situação hermenêutica é uma posição limitativa das possibilidades de ver, a representar o *horizonte*, que encerra e abarca tudo o que pode ser visto desde

---

<sup>284</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004. p. 397-398.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 399.

<sup>286</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004. p. 368.



determinado ponto. O horizonte, quando aplicado à consciência pensante, reflete ideias como sua estreiteza ou amplitude, a finitude do presente e a possibilidade de ampliar novos horizontes. Sobre o horizonte do intérprete, pontifica o filósofo da Hermenêutica:

Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne à proximidade e distância, grandeza e pequenez<sup>287</sup>.

É certo que quando se fala em horizontes no âmbito da compreensão histórica, tem-se a pretensão de ver o passado em seu próprio ser, “não a partir de nossos padrões e preconceitos contemporâneos”. Isto equivale a um diálogo com outrem em que se busca somente colocar-se em lugar do outro para compreender sua posição e horizonte, tal diálogo, entretanto não é frutífero, pois não se procura um entendimento sobre um tema comum, mas apenas entender a posição do outro. O mesmo vale para a compreensão histórica, para quem pensa historicamente com o propósito apenas de conhecer o passado, “a tradição se torna compreensível em seu sentido sem que ele se entenda bem com ela e sem que se compreenda nela”. Tanto no caso do diálogo com outrem como no diálogo com o passado, “aquele que procura compreender se coloca a si mesmo fora da situação de entendimento”, não sendo atingível e, por isso, renuncia definitivamente à “pretensão de encontrar na tradição uma verdade compreensível que possa ser válida” para ele mesmo. E Gadamer questiona: “surge a pretensão de sabermos se essa descrição atinge realmente o fenômeno hermenêutico. Existirão aqui realmente dois horizontes diferentes, o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico a que este pretende se deslocar?” E intensifica a pergunta sobre a existência de horizontes fechados e se seria possível uma situação histórica do presente limitada por um horizonte fechado, para depois ele mesmo responder que assim como cada homem não está isolado em si mesmo, pois está sempre se compreendendo com os outros, “também o horizonte fechado que cercaria uma cultura é uma abstração”. A existência humana está em constante mobilidade, pois nega a vinculação absoluta a

---

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 400.

uma determinada posição e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. “O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho”. Os horizontes do passado, que se apresentam sob a forma da tradição estão sempre em movimento na consciência histórica do intérprete que se eleva a universalidades que transcendem nossas particularidades. Por isso, em uma fusão de horizontes, a história opera uma ampliação do panorama do intérprete e sua consciência permite um controle mais eficaz sobre os preconceitos, facilitando sua diferenciação entre legítimos e ilegítimos e forjando uma produção de sentido mais promissora e autêntica.

Com o propósito de facilitar uma fusão do horizonte histórico com o horizonte presente do intérprete, é que se fará a seguir um breve recorrido histórico do Ministério Público brasileiro, iniciando por afirmar-se que se identificam formas embrionárias do Ministério Público no Brasil Colônia e no Brasil Império, mas àquele tempo não possuía uma organização autônoma, garantias ou independência dos seus membros, então nomeados pelo Executivo e demissíveis *ad nutum*<sup>288</sup>. O *Parquet* brasileiro, a exemplo de outros países, trilha um caminho de evolução legislativa. Assim, legaliza-se na planície infraconstitucional, antes de alçar-se aos altiplanos privilegiados em que ora se situa no constitucionalismo contemporâneo, de modo que a primeira Constituição da República de 1891, não lhe fez qualquer alusão. Com o processo de codificação do Direito nacional, que se seguiu à Proclamação da República, o Ministério Público foi recebendo variadas atribuições, consolidando sua posição institucional nos mecanismos judiciais e legais vigentes<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> Não se reconhecia o Ministério Público como uma instituição, havendo menção apenas aos “promotores públicos”, de forma que, não referidos na Constituição Imperial de 1824, o primeiro Decreto, que regula a atuação destes agentes, é o de nº. 120, de 21 de janeiro de 1843, onde se constata a ausência absoluta de garantias e de independência em relação ao Poder Executivo, como segue: *Os promotores serão nomeados pelo Imperador no Município da Corte, e pelos presidentes nas províncias, por tempo indefinido; e servirão enquanto convier a sua conservação ao serviço público sendo, caso contrário, indistintamente demitidos pelo Imperador, ou pelos presidentes das províncias nas mesmas províncias.* BRAZIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.** Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de Dezembro de 1841. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Regulamentos/R120.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>289</sup> Convém registrar que o Código Civil de 1916 incumbiu ao Ministério Público, por exemplo, a curadoria das fundações (art. 26); a legitimidade para propor ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, inc. II), defesa dos interesses de menores (art. 394, caput), legitimidade para promover a interdição (art. 447, III) promover a nomeação de curador de ausentes, entre outras. Por outro lado, o Código de Processo Civil de 1973 deu-lhe tratamento sistemático no Título III, do Livro I, além de diversas referências esparsas. O Código de Processo Penal de 1941, já anteriormente, havia consolidado a posição do Ministério Público como titular da ação penal, a qual passou a ser a regra, e estabeleceu o poder de requisição de inquérito policial e de diligências à autoridade policial.

Foi o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, quem, no limiar da República, inaugurou uma caracterização institucional do Ministério Público no Brasil, porquanto, na exposição de motivos do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Justiça Federal, registrou que, “o Ministério Público é instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas de justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier”<sup>290</sup>.

O que se pode afirmar, desde um resumo da trilha institucional do Ministério Público brasileiro, é que, em que pesem os avanços e recuos de sua regulamentação constitucional ao longo da história, a instituição sempre manteve aquelas funções que, legal e socialmente, conquistara junto ao Poder Judiciário, firmando-se como uma necessidade da organização estrutural do Sistema de Justiça no Estado brasileiro, que ultrapassava sua condição legal momentânea, ditada ao sabor dos interesses políticos de cada fase histórica. A esse respeito, calha transcrever o seguinte escólio que sintetiza bem as conclusões ora adotadas:

Constata-se, portanto, que a evolução histórica do Ministério Público não pode, de maneira alguma, ser confundida com o tratamento a ele dispensado pelos vários textos constitucionais, decorrência de circunstâncias políticas e legislativas, sem uma repercussão direta na vida da instituição. Na mesma medida, o sensível progresso que representou o texto constitucional de 1988, em grande parte, apenas espelhou um crescimento institucional que já se verificara na prática na legislação infraconstitucional<sup>291</sup>.

Com efeito, foi na Constituição promulgada de 1934, durante o Governo Vargas, que a instituição ganhou regramento formal, integrada ao Capítulo VI, na condição de órgão de cooperação nas atividades governamentais, denominação que, em realidade é até mais precisa do que a adotada pela Constituição Federal de 1988, como se verá mais adiante. O Procurador-geral da República continuava sendo nomeado pelo Presidente da República, mas mediante prévia aprovação do Senado, ao passo que os demais integrantes ingressariam na carreira mediante concurso público e adquiririam

---

<sup>290</sup> BRAZIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em: 26 jun. 2019.

<sup>291</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28.

estabilidade, sendo esta a única garantia da classe, que condicionava a perda da função a um processo administrativo em que assegurada ampla defesa. Ademais, foi determinada a organização do Ministério Público nos Estados e Territórios, mediante lei federal. Para Gunter Axt, “as conquistas institucionais e funcionais asseguradas ao Ministério Público nesse momento inscrevem-se num movimento amplo de formação da sociedade burguesa, quando, simultaneamente, começam a serem reconhecidos os direitos coletivos e os interesses indisponíveis e conquista-se espaço também para os direitos individuais da cidadania”<sup>292</sup>.

Já na fase ditatorial do governo Vargas, a Constituição outorgada de 1937, regrediu em relação ao texto anterior, omitindo seu pretérito regramento e, apenas vagamente, mencionando a livre escolha do Procurador-geral da República pelo chefe da Nação, situando o Ministério Público como “agente do Poder Executivo”, função que viria a desempenhar com vigor no regime militar posterior a 1969. A expansão institucional que a carta anterior, em sua curta existência anunciava, acabou refluindo no Estado Novo. Acentua, todavia, o historiador gaúcho que:

[...] paradoxalmente, nos Estados, o Ministério Público não deixou de crescer, tanto em envergadura quanto em atribuições. O Código de Processo Civil, de 1939, e o Código de Processo Penal, de 1941, consolidaram atribuições e padronizaram procedimentos em todo o País. Nesse sentido, a instituição acompanhava as tendências de complexificação das relações sociais e de ampliação da esfera de intervenção do Estado na sociedade. Em contrapartida, houve um verdadeiro refluxo em matéria de garantias funcionais<sup>293</sup>.

A Carta de 1946, que coincide com o fim do primeiro governo de Vargas e com a redemocratização do país, deu ao Ministério Público um *status* equiparável apenas ao da Constituição de 1988, disciplinando-o em título próprio, sem vinculação a qualquer dos poderes do Estado. Como costuma ocorrer nas Cartas democráticas, na regulamentação de 1946, o Ministério Público passou a contar com as garantias de estabilidade e inamovibilidade, fixando-se regras de ingresso na carreira por concurso de provas e títulos.

O texto constitucional de 1967, e a Emenda de 1969, mesmo exarados no regime militar, mantiveram, em regra, a estrutura do Ministério Público de 1946.

---

<sup>292</sup> AXT, Günter. **Ministério Público no Rio Grande do Sul**: evolução histórica. Projeto Memória. Porto Alegre: Procuradoria Geral de Justiça, 2001. p. 84-85.

<sup>293</sup> AXT, Günter. **Ministério Público no Rio Grande do Sul**: evolução histórica. Projeto Memória. Porto Alegre: Procuradoria Geral de Justiça, 2001. p. 84-85.

Neste ponto, paradoxalmente, houve notável crescimento das atribuições do chefe do Ministério Público da União – o Procurador Geral da República –, porque nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República. Outorgou-se-lhe o monopólio da iniciativa do controle concentrado de constitucionalidade (ações de inconstitucionalidade *in abstracto*), atribuído ao chefe do Ministério Público Federal, que impedia o exercício de tal potencialidade por outros entes políticos ou sociais, tal como se possibilita na sistemática atual da CF/88. Tal exclusividade do chefe nacional do Ministério Público da União foi útil aos governos ditatoriais posteriores a 1964<sup>294</sup>.

A Carta Constitucional vigente, promulgada durante a reabertura democrática em 1988, inovou em relação às anteriores, porquanto definiu precisamente o Ministério Público (arts. 127 a 130A), assegurando-lhe autonomia funcional e administrativa; organizou a instituição, estabeleceu critérios formais para escolha do Procurador-geral da República e dos Estados, fazendo submeter a demissão do Procurador-geral da República à aprovação do Senado e a dos Procuradores-gerais de Justiça dos Estados às Assembleias Legislativas e consagrou garantias e funções. Deu exclusividade ao Ministério Público para a ação penal e ampliou sua titularidade para o inquérito civil e para a ação civil pública em relação a “outros interesses difusos e coletivos”. Tal evolução institucional foi testemunhada em depoimento do Ex-Ministro do STF, José Paulo Sepúlveda Pertence, Procurador Geral da República ao tempo da promulgação da CF/88:

Tenho podido repetidamente enfatizar – desde as vésperas da sua promulgação – que, na Constituição de 1988, nenhuma instituição do Estado saíra tão fortalecida e prestigiada como o Ministério Público, em relação aos textos constitucionais anteriores: deu-se-lhe, no texto fundamental de 1988 – reafirmei no Tribunal – ‘um tratamento constitucional de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, no Brasil e alhures, seja sob o prisma da organização e da autonomia da instituição em relação aos Poderes

---

<sup>294</sup> Insta frisar, por oportuno, que a ampliação da legitimidade ativa para o controle concentrado de constitucionalidade ocorrida em 1988, é outra causa do processo de judicialização da política no Brasil, enquanto monopolizado este controle pelo chefe do Ministério Público Federal, houve um represamento da contestação a diplomas legislativos acusados de inconstitucionalidade, cuja denúncia não chegava ao Supremo Tribunal Federal. A abertura da legitimidade ativa para o controle concentrado de constitucionalidade em 1988, estendida a outros entes além do Ministério Público, importou no rompimento da represa, deslocando o eixo de poder, centrado precipuamente no Executivo, para a jurisdição constitucional que passou a ser o palco de discussões sobre temas de grande repercussão social e política.

de Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições dos seus órgãos de atuação' (grifos do autor)<sup>295</sup>.

Registra-se, contudo, que a consagração do Ministério Público na Constituição Federal de 1988 representa o resultado de uma constelação de razões, especialmente, esforços endógenos da instituição por conquista de espaços sociais. Desde uma potente auto-observação e de uma visionária abertura cognitiva que compreendeu adequadamente o momento histórico, se saíram vitoriosos grupos ideologicamente voltados a uma atitude transformadora da sociedade brasileira e abarcadora de novas e imensas responsabilidades. Conexões bem planejadas e articuladas com o mundo político governamental foram selando avanços legislativos da instituição. Tal como ocorreu com os direitos fundamentais, a concepção atual do Ministério Público brasileiro nasceu no plano ideológico-filosófico de autênticos *founding fathers* da instituição, fortaleceu-se nas regulamentações internas, reforçado por práticas cotidianas dos seus agentes, avançou sobre os planos infraconstitucionais e, por fim, galgou o altiplano constitucional, especialmente em 1988.

### 3.3.1 De Exclusivo Acusador Criminal à Intervenção Cível, a Primeira Ampliação de Horizontes

Para explicar um pouco melhor as fundações históricas do Ministério Público, convém retroagir à sua tradicional função acusatória no processo penal, que o caracteriza na maioria dos países ocidentais e, não raro, é mesmo sua função exclusiva. Com efeito, promotores públicos alcançaram a tradicional função de titulares da ação penal pública, e, na sua esteira, um primeiro grande reconhecimento: o de advogados da sociedade nas causas de natureza criminal. Se de início esta acusação era em nome do rei, com o ideário burguês buscou-se limitar o poder central, o que justificava a transformação de procedimentos inquisitoriais para o processo acusatório, em que acusador e julgador são bem diferenciados.

Ressignificou-se a acusação como um papel institucional levado a efeito no interesse da sociedade, como parte do novo contratualismo, que transferia a noção de soberania do monarca para o povo. Eis a primeira guinada histórico-filosófica do Ministério Público que, de representante do rei no papel acusatório, passou a

---

<sup>295</sup> PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. [Prefácio]. In: ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 09.

assumir um discurso de elevado poder ideológico, tão propagado na sua atuação funcional, consistente em atribuir-se a si próprio a missão de defesa de interesse da sociedade, quando acusava criminalmente os infratores<sup>296</sup>.

Entretanto, conquanto figurasse como representante do “povo” no sistema criminal, por ser titular da ação penal pública, posição estrutural que lhe concedeu apreciável legitimidade social, o Ministério Público brasileiro via na simples atuação criminal limites sistêmicos que o diferenciavam em muito da complexa e hipervalorizada atividade jurisdicional, cuja similitude ansiava, como meio de justificar igualdade de garantias institucionais, funcionais e remuneratórias.

Oprimido historicamente nos estreitos limites de uma atuação penal burocrática entre a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário, o *Parquet* já não se contentava com a opaca atribuição formal de oferecer denúncias, elaboradas, exclusivamente, com base na poderosa e inquestionável atividade inquisitorial da polícia e acompanhar os processos dirigidos exclusivamente pelo Poder Judiciário com suas divergências interpretativas e distanciamentos da realidade social. Quando muito ganhava alguma repercussão social em processos de júri, sabidamente por crimes dolosos contra a vida, para os quais é mais acentuado o apelo emocional em nível coletivo. Opresso entre dois subsistemas muito mais socialmente fortes, e jungido à banal função de interlocutor entre eles, o Ministério Público era, no entanto, integrado por agentes que, na sua maioria, não se conformavam com esta modesta posição e pretendiam ganhar espaços do mundo, sistematizando problemas da crescente e complexa sociedade burguesa no Brasil, que tem seu limiar no Pós-Guerra. O espaço que então se descortinava era a atuação cível que permitiria uma pretendida equiparação, inclusive remuneratória, com a magistratura, a exemplo do Ministério Público europeu.

Como se sabe, atualmente, o Ministério Público brasileiro atua em duas frentes com características diversas: a) Na área criminal, predominantemente age como parte autora acusatória na ação penal pública e como “fiscal da lei” nas pouquíssimas ações penais privadas em andamento na justiça; b) Na esfera cível,

---

<sup>296</sup> Vale registrar que esta mudança de atitude do Ministério Público na sua atuação criminal é um traço ainda mais perceptível no Brasil dos últimos anos, quando a instituição passou a priorizar o combate aos atos criminosos contra o patrimônio e o interesse público, como ocorre nas demandas criminais em face de agentes públicos ímprobos, fenômeno que vem sendo denominado “criminalização da política”. Em tais casos, mostra-se patente a opção institucional pela defesa da comunidade e o bom uso que pode fazer da independência em relação aos demais poderes.

hoje denominada mais amplamente “não-criminal”, historicamente atuou como “fiscal da lei” (*custos legis*) acompanhando processos em que pela natureza da lide ou qualidade especial da parte fosse obrigatória sua intervenção. Em menor grau, o Ministério Público também propunha ações cíveis de interdição, extinção do pátrio-poder, alimentos etc. Atualmente, sobretudo a partir da década de 1980, a atuação cível do Ministério Público revolucionou a instituição através dos instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública para tutela dos chamados “novos direitos” ou direitos de segunda e terceira geração, também denominados coletivos e difusos, ou apenas, coletivos *lato sensu*.

Contudo, nem sempre, foi assim. O caminho para a consagração na tutela dos direitos coletivos em sentido lato tem origem na década de 1970, especialmente no Código de Processo Civil de 1973, que introduziu a regra de que o Ministério Público deveria intervir em todos os processos cíveis onde presente o interesse público, “evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (art. 82, III, do Código de Processo Civil). Inicialmente, a razão legal do dispositivo era vigiar a estrita observância das normas legais em casos de omissão ou negligência de procuradores de pessoas jurídicas de Direito público, ou seja, visava à proteção do interesse público da administração pública<sup>297</sup>. Ademais, o inciso I do art. 82 do CPC,

---

<sup>297</sup> ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Sumaré, Fapesp, 2002. p. 32 e segs. Segundo este renomado pesquisador da USP, o promotor gaúcho, Sérgio da Costa Franco, foi o provável formulador da proposta de inclusão deste inciso III ao art. 82 do CPC, em tese apresentada no I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo no ano de 1971, com o título “Sobre a Conveniência da Ampliação das Atribuições Processuais do Ministério Público como *custos legis*”. Nesta tese, Costa Franco defendia a presença do Ministério Público em todos os processos onde houvesse “interesse de pessoas jurídicas de direito público [...] para vigiar a estrita observância das normas legais, como também para coadjuvar a defesa do interesse público ameaçado, quando os procuradores dos municípios, do Estado ou de suas autarquias se mostrem omissos ou negligentes no desempenho do seu cargo”. Foi uma guinada relevante nas atribuições, pois a instituição tinha por missão evitar a corrupção em acordos judiciais ou defesas negligentes mal intencionadas. O Ministério Público estava em melhores condições de fiscalização do dinheiro público, por “sua independência e isenção, relativamente às alternativas da dominação político-partidária”. A tese resultou na proposição de iniciativa do Deputado gaúcho, Amaral de Souza, e restou aprovada no parlamento quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, assegurando competir ao Ministério Público “intervir em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. Sublinhe-se que o propósito de Costa Franco e Amaral de Souza era limitar esta intervenção excepcional do Ministério Público aos casos em que os litígios envolvessem interesses de pessoas jurídicas de direito público, mas como o legislador não definiu “interesse público”, nem deixou a tarefa para leis posteriores, “no final, a formulação genérica quase perdeu de vista a intenção original da proposta e autorizou o Ministério Público a atuar num raio muito maior do que a visada proteção das pessoas jurídicas de direito público”. Assim, “sob o argumento de que *mens legis* (intenção da lei) prepondera sobre a *mens legislatoris* (intenção do legislador), integrantes do Ministério Público advogaram a tese de que inciso III não só exigia a sua presença em todas as causas envolvendo interesses públicos, como caberia ao próprio órgão do Ministério Público interpretar a existência ou não desse interesse nos casos concretos”.



determinava a intervenção do Ministério Público em todas as causas cíveis onde houvesse interesse de incapazes.

### 3.3.2 De Interveniante em Processos Cíveis a Órgão Agente em Demandas Relativas a Direitos Transindividuais. O *Ombudsman* brasileiro – segunda evolução histórica

Esta intervenção extrapenal em processos cíveis, que se lhe oportunizava em razão de causas resumíveis às hipóteses de incapacidade individual de uma das partes ou indisponibilidade de certos direitos, era medida excepcional que deveria sofrer interpretação restritiva, pois importava intervenção do Estado na esfera privada de disponibilidade dos direitos, o que deveria ser evitado ante o virtual prejuízo do princípio da realização da liberdade individual no marco de uma concepção liberal do Direito e da sociedade, então vigorante<sup>298</sup>.

Contudo, se, por um lado, a concepção liberal que informou predominantemente a produção legislativa brasileira no século passado, inclusive o Código de Processo Civil de 1973, queria evitar dispositivos capazes de oportunizar um paternalismo estatal, por outro, um tal paternalismo pré-moderno, próprio do regime despótico-absolutista, é diferente da concepção jurídica da incapacidade individual ou da indisponibilidade de direitos determinados, que ainda remanesce no sistema jurídico liberal, pois, enquanto aquele se caracterizava pelo exercício desregrado e irresistível do poder, a atuação tutelar do Estado, mesmo nos regimes liberais democráticos, se submete ao princípio mais amplo do Estado de Direito e da limitação do poder político. Justificou-se, pois, a “excepcionalidade da intervenção tutelar do Estado na esfera cível, nos casos em que direitos individuais ganham dimensão de ordem pública, e por isso carecem de proteção especial<sup>299</sup>”. Destarte,

---

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Sumaré, Fapesp, 2002. p. 34.

<sup>298</sup> Para Arantes “deve-se lembrar que essa intervenção constitui exceção no processo judicial típico do Direito liberal clássico. Em outras palavras, o ordenamento jurídico moderno está baseado nos princípios da autonomia pessoal e da disponibilidade dos direitos individuais como formas de realização da almejada liberdade individual. Nesse sentido, no plano jurídico, somente situações excepcionais permitem que o Estado intervenha na esfera privada sem ser chamado. Como se viu, o art. 82, incisos I e II do CPC autoriza [autorizava] o Ministério Público a intervir na esfera cível, naqueles casos especiais, a despeito da vontade das partes envolvidas. Nesse sentido, trata-se de um princípio pré-liberal, mas que sobreviveu à fundamentação individualista do direito moderno”. *Ibid.*, p. 27.

<sup>299</sup> ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Sumaré, Fapesp, 2002. p. 27.

além das hipóteses clássicas de incapacidade da parte ou indisponibilidade de certos direitos, o Código de Processo Civil de 1973 introduziu, através do inciso III do seu art. 82, uma cláusula genérica para justificar a intervenção do Ministério Público nos feitos civis, qual seja a defesa do interesse público, “evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Neste ponto, convém retornar a Gadamer e sublinhar que, para compreender um texto não se deve fazer um simples retorno ao entendimento histórico predominante à época de sua elaboração. Ao contrário, “no redespertar, o sentido do texto já se encontram sempre implicados os pensamentos próprios do intérprete”. Destarte, o horizonte pessoal do intérprete é determinante, mas ele não se impõe sobre o texto, ajuda apenas a apreendê-lo, o que ocorre é uma **fusão de horizontes** entre o intérprete e o texto<sup>300</sup>. A tradição essencialmente é veiculada pela linguagem. Ao contrário de monumentos e artes plásticas, a tradição de linguagem, especialmente a escrita, se liberta do ato de sua realização, de sorte que todo o transmitido em textos escritos está simultaneamente presente para qualquer atualidade, fazendo coexistir passado e presente. A consciência em contato com a linguagem escrita amplia seus horizontes, pois o leitor pode partir para outros mundos criados pela linguagem, reservando sempre a possibilidade de voltar quando quiser, ao contrário de uma viagem real. A tradição escrita não é apenas uma parte de um mundo passado, mas já sempre se elevou acima deste, na esfera do sentido que ela enuncia. O texto não porta a tradição como parte do passado, mas como continuidade da memória de uma humanidade passada em sua relação universal e isto explica porque a influência da cultura greco-romana no mundo ocidental, posto que registrada em linguagem escrita, continua memória viva da cultura contemporânea e pontifica que “a escrita ocupa o centro do fenômeno hermenêutico, na medida em que, graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma, independente do escritor ou do autor, e do endereço concreto de um destinatário ou leitor<sup>301</sup>.”

Assim que, ante a abrangência hermenêutica da expressão *interesse público*, quando o autoritarismo militar engendrou mais desconfiança contra o governo, o

---

<sup>300</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004. p. 503.

<sup>301</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004. p. 507.

Ministério Público soube redefinir o conceito de interesse público modificando-lhe o sentido para, transcendendo aquele da administração estatal, compreender o interesse social, por vezes, até confrontado pelo interesse da administração pública. Como, no dizer de Luhmann, o sentido é inestável, inquieto e sempre representa uma coação para a mudança; partiu-se da premissa de que existissem interesses sociais diversos dos interesses do governo e a sociedade brasileira, pouco organizada e recém ensaiando seus primeiros passos democráticos, era um titular de direitos que demandavam proteção especial, como os incapazes do art. 81, I, do CPC.

Esta alegada incapacidade social – por falta de organização comunitária – para defender interesses comuns era outra razão para uma atuação ministerial mais ativa em prol do interesse público, situando-se aqui o ponto de inflexão na virada histórica do Ministério Público rumo à almejada posição de tutor dos interesses – difusos e coletivos – da sociedade.

Assim é que, na história institucional do Ministério Público, conceitos bastante latos como interesse público, qualidade da parte e interesse indisponível, inicialmente, restritos, respectivamente, às ideias de interesse da administração pública e interesse de incapazes, passam a significar interesses da sociedade<sup>302</sup>.

---

<sup>302</sup> Nesse sentido, “tem-se aqui, na transformação ocorrida no conceito de ‘interesse público’, uma demonstração de que o texto legal não vigora em si e por si de modo atemporal e absoluto, senão que só existe na cosmovisão significativa do intérprete, ou seja, limitada sua compreensão pela historicidade do aplicador [...] Compreende-se, pois, que o universo ideológico do início do regime militar de 1964, no qual foi produzida nossa última codificação processual civil, era diverso daquele que passou a prevalecer no final do regime, quando a desconfiança social para com o governo e, de resto, para com o próprio Estado, era visível na sociedade civil. O desgaste do regime ditatorial afigurava-se imenso e todas as suas instituições passavam pela mesma crise de legitimidade, enquanto a sociedade ansiava por alcançar sua independência no iminente processo de redemocratização, já de muito anunciado, mas sempre protelado. Neste contexto, inseridos nesta condição fática, integrantes mais ativos do Ministério Público assimilaram aquele momento histórico e passaram a defender uma noção de interesse público como interesse da sociedade e não mais como interesse da administração pública. Idêntica locução, no mesmo texto legal, passou a sofrer outra atribuição de sentido, por outros intérpretes, ou talvez pelos mesmos, mas receptivos ao novo horizonte significativo, o que revela o caráter pré-conceitual de toda compreensão. Deste modo, não há como estudar uma instituição como o Ministério Público somente a partir dos textos legais que acerca dele tratam, estes tão somente refletem realidades anteriores, pois as mudanças institucionais são concebidas no âmbito da história, que molda as consciências humanas e constitui os universos psíquicos individuais concedentes de sentido aos símbolos linguísticos. Assim, a locução ‘interesse público’ não vale por si mesma como se fosse imune ao inexorável fluxo do tempo, impondo-se-lhe moldar-se aos diversos panoramas significativos que o câmbio perene da história forja em cada intérprete” PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 155-156.

Em tal contexto, o discurso sobre a necessidade de independência/diferenciação do *Parquet* em relação aos poderes políticos foi ganhando projeção, pois, sendo o interesse social um interesse indisponível, requeria um tipo de proteção pública e, nesse caso, o único credenciado à função de tutor era o Ministério Público. Se o novo interesse público não se confunde com o interesse “particular” da administração, então o Ministério Público teria que se afastar dela, para tutelar esses interesses sociais, muitas vezes contrapostos aos interesses do Estado administrador, como ocorre em casos de proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, cultural e paisagístico e até mesmo em situações de improbidade administrativa e crimes de corrupção política.

A resignificação do conceito de interesse público de forma a abranger, prioritariamente, o interesse social e, só secundariamente, o interesse da administração pública, serviu de impulso para que a instituição invocasse, para si, um novo papel de tutora da sociedade mais vulnerável. Deste modo, em um momento histórico em que os poderes estatais eram fortemente criticados no Brasil, o Ministério Público soube abarcar espaços vazios de poder no âmbito da sociedade, embora, paradoxalmente, conservasse a condição de instituição estatal.

Goulart resume, com acuidade, que, se na sua origem, o Ministério Público desempenhou o papel de advogado da Coroa e da Administração Pública, à medida que foi se desenvolvendo o processo de abertura democrática nas sociedades modernas, ele foi ganhando autonomia, para afinal, protagonizar o exclusivo papel de defensor do povo<sup>303</sup>. Com tal inspiração e centrado no conceito que Gramsci elabora na sua teoria do Estado acerca deste como superestrutura, subdividida em “sociedade política” e “sociedade civil”, Goulart registra que nestas últimas décadas,

[...] o Ministério Público muda de função ao transitar da sociedade política para a sociedade civil. Ou seja, desvincula-se do aparelho coercitivo do Estado (do aparato burocrático responsável pela dominação através da coerção) para integrar, no âmbito da sociedade civil, a parcela das organizações autônomas responsáveis pela elaboração, difusão e representação dos valores e interesses que compõem uma concepção democrática de mundo e que atuam no sentido da transformação da realidade (os sujeitos políticos

---

<sup>303</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. Leme. São Paulo: Ed. de Direito, 1998. p. 95.

coletivos que buscam a hegemonia democrática na batalha ideológica que se trava no seio e através da sociedade civil) <sup>304</sup>

O papel institucional de “Defensor do povo” é mais antigo do que parece e tem primitiva origem na figura romana do “Tribuno da Plebe” que, com origem no Senado de Roma, tinha a seu favor determinadas imunidades, tidas como necessárias ao desenvolvimento de sua função. Como se verá na próxima subseção, a capacidade de observação social do Ministério Público habilitou-o ao desempenho desta atribuição na sociedade brasileira.

É claro que, no processo constituinte de 1988, havia também quem desconfiasse do Ministério Público, instituição que, sobretudo em seu grau federal, esteve fortemente atrelada aos governos militares<sup>305</sup>, daí surgir a ideia, nos bastidores da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, de importação da figura escandinava do *Ombudsman* ou do *Defensor del Pueblo* de diversos países latino americanos, figuras que, entretanto, não se situavam na tradição político-jurídica do Brasil. O propósito, contudo, não vingou, especialmente, por um labor que, nos tempos atuais, vem sendo pouco relevado dentre as funções do Ministério Público: o atendimento ao público. Foi precisamente o atendimento ao público, a atividade funcional que melhor habilitou o Ministério Público à missão de *Ombudsman* da sociedade brasileira.

A facilitação do tão apregoado acesso à justiça, mediante atendimento de pessoas humildes, carentes de esclarecimento; a solução de pequenos conflitos; o aconselhamento humanitário, enfim, a observação e ação social, foram outorgando legitimidade à instituição e desenhando um perfil próprio daquela figura escandinava entre nós brasileiros. O Deputado Constituinte e Promotor Paulista, relator do Projeto do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte, Plínio Arruda Sampaio, mencionou haver sido pressionado a introduzir a novidade do *ombudsman*

---

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 96. Porém, conforme alerta Gregório Assagra de Almeida, “observa-se que esse deslocamento da sociedade política para a sociedade civil é muito mais funcional que administrativo, pois administrativamente o Ministério Público ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condições de exercer o seu papel constitucional em pé de igualdade com os poderes por ele fiscalizados”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 509-510.

<sup>305</sup> Conforme já se sublinhou, durante o regime militar, o Procurador Geral da República, nomeado pelo Presidente da República mesmo fora da carreira do Ministério Público, era o exclusivo titular da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o único capaz de efetuar o controle de constitucionalidade da legislação de origem prevalentemente executiva, mediante os famigerados “decretos-leis”, que se transformavam em leis, por simples decurso de prazo sem deliberação legislativa.

no Brasil, mas que reagira negativamente a ela, afirmando, na época, que “o *Ombudsman* desse país é o Ministério Público. Tem um *Ombudsman* em cada cidade. Então um *Ombudsman* nacional não serve para nada. Não vai fazer coisa nenhuma, vai ser envolvido por dois ou três processos que interessam a algum grupo. Esse órgão não terá o *know-how* que o Ministério Público tem (entrevista concedida em 07/07/1995)”<sup>306</sup>.

O atendimento ao público de forma geral e irrestrita, com solução de miríades de pequenos problemas jurídicos, configurou uma exitosa abertura cognitiva ao ambiente, que aproveitou ao Ministério Público em face de outros concorrentes no projeto do constituinte de 1988 de criação do *Ombudsman* brasileiro. Ademais, permitiu legitimar suas pretensões mediante a conquista de uma série de garantias e prerrogativas que tornaram a instituição independente dos demais poderes de Estado. Não faltou quem, depois, se arrependesse de criar instituição tão forte, pois à diferença do *Ombudsman* e do *Defensor del pueblo*, integrantes do Ministério Público brasileiro nunca estiveram vinculados ao Poder Legislativo e, mesmo ao longo da história, embora com uma identificação mais real com o Poder Executivo, acabaram logrando, na Carta de 1988, uma condição independente situando-se apenas como “função essencial à atividade jurisdicional do Estado”, muito embora, na prática, não é essencial a toda atividade jurisdicional do processo, pois não intervêm em grande proporção de processos e ademais, não atua apenas em face da atividade jurisdicional ou judicial, mas tem relevantes atribuições ante órgãos do Poder Executivo (controle externo das polícias e das penitenciárias, fiscalização geral da administração pública, instauração de investigações civis e criminais etc.) ou da sociedade civil organizada (fiscaliza fundações públicas e privadas e quaisquer organizações não-governamentais com atuação em áreas de interesse público ou no abrigo de vulneráveis).

Kerche, em notável artigo sobre o tema<sup>307</sup>, expõe as razões pelas quais discorda da afirmação de que o constituinte de 1987/88 “cochilou” ao aprovar um Ministério Público tão forte e independente quanto o atual modelo brasileiro e, assevera que, ao contrário,

---

<sup>306</sup> SAMPAIO, Plínio Arruda *apud* ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Sumaré, Fapesp, 2002. p. 86.

<sup>307</sup> KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituição de 1987/88. *In*: SADEK, Maria Tereza (org.). **O sistema de justiça**. São Paulo: IDESP: Sumaré: Fundação Ford, 1999. p. 61-77.

[...] a Conamp [Confederação Nacional do Ministério Público] pode se sentir vitoriosa não porque ‘enganou’ os [alegadamente] sonolentos parlamentares, mas sim porque apresentou uma proposta que não era contrária aos elementos balizadores, que ia positivamente ao encontro dos aspectos conjunturais e de cultura política presentes na Assembleia Nacional Constituinte<sup>308</sup>.

Com base em estudos estatísticos acerca da composição partidária e ideológica da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, Kerche identifica três fatores presentes, naquele parlamento constituinte, que se apresentavam plenamente favoráveis ao desenho, deliberadamente outorgado, pelo poder constituinte ao Ministério Público, a saber: **1º) A negação do passado autoritário:** prevalecia o entendimento de que as garantias individuais de natureza liberal não eram suficientes para acabar com a crescente desigualdade social, de sorte que, além dessas garantias individuais, era necessário garantir os direitos sociais de cidadania, os quais acabaram por ser integrados no mesmo capítulo dos direitos individuais, assumindo igual *status*; **2º) O Estado continua um agente privilegiado de realização de justiça social:** tratar-se-ia de um “legado getulista” ou nacionalista, que preconizava uma ampliação dos direitos de cidadania e julgava a sociedade fraca e atomizada para a tutela de seus próprios interesses. Deste modo, o Estado não poderia ser dispensado da construção da cidadania e defesa dos interesses sociais; **3º) Necessidade de criar alternativas à participação política exclusivamente partidária:** havia um certo consenso em criar alternativas à representação político-eleitoral, ampliando o acesso ao poder judiciário de demandas coletivas.

Para Kerche, a proposta de Ministério Público ofertada ao poder constituinte de 1987/88 articulava todos os três fatores predispostos no ambiente constituinte, ou seja,

O Ministério Público, neste sentido, 1) é um agente privilegiado da defesa dos interesses coletivos (‘negação do passado’); 2) reforça o papel do Estado como agente privilegiado nas relações sociais, inclusive sob o aspecto paternalista (‘legado getulista’); e, 3) é um instrumento de reforço da cidadania, rompendo o modelo liberal clássico de representação política via partidos políticos. [...] O Ministério Público, deste ponto de vista, é uma espécie de síntese

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 61.

dos vários aspectos que marcaram a feitura da Constituição de 1988<sup>309</sup>.

Acrescenta-se que, antes mesmo da Carta de 1988, em um processo que testemunha a autocriação do Direito, o Ministério Público brasileiro, engendrando sua própria regulamentação futura, havia ocupado importantes espaços institucionais junto à vida cidadã, habilitando-se, de antemão, à atribuição de “defensor do povo” que iria reclamar para si no processo constituinte. Com efeito, em 1981, atendendo, sobretudo, ao interesse de uma unificação organizacional dos Ministérios Públicos Estaduais, entrou em vigor a Lei Complementar n. 40/81 – Lei Orgânica do Ministério Público – e não há como negar que a CF/88 praticamente repetiu a definição de Ministério Público então contida na LC 40/81, bem como consagrou, em assento constitucional, os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da autonomia funcional que já constavam daquele diploma.

A grande mudança em 1988 foi a independência institucional em relação aos outros poderes, o que facilitou ao Ministério Público, ocupar o vácuo existente entre Estado e sociedade, responsabilizando-se, cada vez mais, pela seleção das demandas sociais a serem resolvidas pelo Poder Judiciário. Esta independência em face dos demais poderes reforçou a diferenciação do Ministério Público em relação a outros poderes incrementando a energia interna do subsistema institucional. Pode-se afirmar que esta diferenciação/independência deu-se em duas dimensões: a) positivamente, por meio de mecanismos de autogoverno e de garantias contra outros poderes, e b) negativamente, por meio da exclusão de funções estranhas à instituição e da proibição a seus integrantes de exercerem funções desvinculadas da carreira.

Exemplificativamente, no Rio Grande do Sul, é a partir de 1988, que o Ministério Público começa a desocupar os foros judiciais, sediando-se em prédios apartados, visibilizando socialmente a diferenciação sistêmica que a legislação estava proporcionando. Ademais, a instituição passou a contar com servidores administrativos e com seus próprios processos burocráticos de *inputs* e *outputs*, incrementados pelos institutos do inquérito civil e das peças de informação, autorizadas no âmbito da Lei 7.347/87 e normativas institucionais.

---

<sup>309</sup> KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituição de 1987/88. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **O sistema de justiça**. São Paulo: IDESP: Sumaré: Fundação Ford, 1999. p. 69.



A regulamentação administrativa dos inquéritos civis, com possibilidade de tomada de compromissos de ajustamento de conduta às normas legais em matéria de interesses coletivos tanto em relação a entidades privadas quanto públicas, é um dos mais significativos passos de reforço sistêmico do Ministério Público nos últimos anos. Ela significa a dispensa de uma conexão, antes irrenunciável, ao Poder Judiciário. No momento em que se buscam alternativas à judicialização dos conflitos, a opção por sua solução administrativa, em casos a envolver direitos difusos e coletivos foi notável desenvolvimento que, conquanto tenha aumentado a complexidade interna do Ministério Público, exigindo-lhe rotinas burocráticas e de autocontrole mais efetivas, ampliação dos quadros de pessoal etc., também assegurou-lhe visível incremento de energia institucional.

O inquérito civil, como sabido, é um instrumento investigatório de largo uso pelo Ministério Público e de sua exclusiva legitimidade, que lhe permitiu mais acentuada diferenciação em relação ao Poder Judiciário. Com efeito, vitorioso no processo de redemocratização do país, a instituição não viu no Judiciário, ao menos de início, a necessária empolgação com os novos direitos coletivos, posto que o então conservador terceiro poder havia se acostumado, ao longo dos séculos, com operações sistêmicas simples de justiça comutativa, neutralidade liberal e com a rotinização dos ritos (*inputs e outputs de demandas individuais*), de sorte que, para muitos juízes, o direito formal prevaleceria sobre o material, e as inovações imprescindíveis em institutos jurídico-processuais como a *legitimatio ad causam* e os limites da coisa julgada para a criação de um modelo processual coletivo, insinuavam-se como heresias diante da tradição processual liberal do Poder Judiciário brasileiro.

Este contexto, agregado à tradicional morosidade da justiça, levaria ao fracasso a tutela dos novos direitos coletivos, forçando o Ministério Público a uma nova diferenciação: a atuação administrativa extrajudicial, reunindo a um só tempo, uma plêiade de sanções negociadas apenas sob a ameaça de outras sanções aplicáveis por diversos órgãos administrativos ou judiciais, diante da provocação do Ministério Público. O inquérito civil com seu aparato de coleta de provas, mediante requisições documentais e periciais e audiências, inclusive públicas, constituiu-se destarte em um mecanismo para observação de outros setores da sociedade (entidades e empresas) e da própria administração pública, além de conexões estruturais mediante ajustamentos de conduta, instrumentos institucionais que

permitem neguentropia sistêmica, aqui resumida, na conquista de legitimação política para a ação institucional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Ministério Público é um subsistema do sistema de justiça que ganhou energia sistêmica a partir de sua diferenciação em relação ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, operada legalmente nos idos da década de 80, especialmente com a Constituição de 1988. Como subsistema, atua na fronteira entre o sistema de justiça em sentido amplo e o ambiente sistêmico da sociedade organizada, captando demandas de setores sociais, especialmente grupos hipossuficientes, internalizando-as em operações próprias e, por vezes, canalizando-as ao Poder Judiciário, quando tal se mostre imprescindível ou viável em autênticos acoplamentos estruturais seletivos. Nesse sentido, ao selecionar demandas de maior interesse social, mediante procedimentos administrativos ou ações judiciais, a exemplo das ações civis públicas, ações de improbidade administrativa, processos criminais de repercussão, contra a criminalidade organizada do setor privado ou público, ou mesmo atuações tradicionais contra a criminalidade nuclear tradicional que no seu arcabouço revela interesse social (violência doméstica, tráfico de drogas), o Ministério Público vem reforçando o papel do sistema de justiça, esforçando-se por gerar-lhe energia sistêmica, traduzida em legitimidade política e social, ainda que tal esforço haja imposto a todo o sistema, a acusação de protagonismo ou ativismo judicial.

### 3.3.3 O “Protagonismo” do Sistema de Justiça Penal: a preponderância ativa do Ministério Público e a obrigação de *non liquet* do Poder Judiciário

O sistema de justiça tem, em seu centro, o Poder Judiciário, enquanto outras organizações, como o Ministério Público, situam-se na fronteira do sistema com o meio, assumindo funções mais evidentes de observação – abertura cognitiva – e conexões sistêmicas. A função de seletividade não é, então, do Poder Judiciário, como organização central, mas das instituições periféricas, as quais decidem sobre quais espaços do ambiente pretendem avançar. Desde este pressuposto, a própria expressão “ativismo judicial” representa uma contradição, na medida em que, referindo-se *judicial* a *juiz*, *juízo* ou *Poder Judiciário*, trata-se de organização passiva, que não faz seleções diretas no meio, impondo a constatação, já antes aludida, de que o Poder Judiciário, ao decidir demandas que versem sobre

conteúdos tradicionalmente políticos, não o faz como resultado de “vontades pessoais”, mas por *imposição* de *programas* organizacionais novos, gestados no interior dos próprios subsistemas, integrantes do sistema de justiça conglobante como Ministério Público, Polícias de investigação, organizações não governamentais legitimadas a ações coletivas *lato sensu* e advocacia em geral.

E é preciso atentar a outra operação sistêmica própria dos tribunais: o Poder judiciário *deve* decidir sobre as demandas que a ele são dirigidas, enquanto “no conceito de soberano [poder político] encontra-se implicado o fato de que não se tem necessariamente de decidir; é-se soberano também com relação ao assunto decidir/não decidir”<sup>310</sup>. Deste modo, carreado o *input* para o interior do sistema de justiça, iniciado o procedimento e, ultrapassados certos filtros seletivos, como a forma da comunicação própria da linguagem jurídica, prazos decadenciais/prescricionais, legitimidades ativa e passiva, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, além dos pressupostos processuais para desenvolvimento válido e regular do processo, é impositivo que se chegue a uma conclusão, mesmo contra a vontade pessoal do juiz, mas por força de atos de diversos atores que impulsionam o processo em direção ao seu *output*.

Destarte, mais razoável é qualificar de *ativistas* ou *protagonistas* iniciativas como as do Ministério Público que, a partir de decisões endógenas, vem direcionando *enforcements* na defesa de direitos sociais ou coletivos e no combate à corrupção, delimitando um novo sentido institucional a produzir seleções no ambiente, direcionadas à captação deste tipo de *input*. A exemplificar esta constatação, calha referir, como decorrência da pressão seletiva, consecutiva ao incremento da complexidade (saturação comunicativa no entorno institucional), a decisão *interna corporis* de reduzir a atuação intervencionista em matéria cível para priorizar a atuação ativa em ações civis (ações coletivas *lato sensu*) ou penais públicas, o que resultou, definitivamente, em maior protagonismo institucional, uma vez que a destinação constitucional do Ministério Público é a “defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis” e, portanto, a organização constrói um programa

---

<sup>310</sup> LUHMANN, Niklas **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger; Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 559-560.

operacional tendente a observar o entorno e captar questões que envolvam interesses supraindividuais, historicamente sob o domínio do sistema político<sup>311</sup>.

Esta transformação institucional do Ministério Público já se anunciava antes mesmo de 1988, de modo que a Constituição apenas consagrou uma situação que já vinha sendo construída estrutural e operativamente pela organização<sup>312</sup>. A doutrina especializada da época não apenas descrevia esta transformação como mesmo a preconizava<sup>313</sup>. Aliás, o protagonismo dos agentes de justiça na implementação dos direitos sociais/coletivos teve uma defesa entusiasmada na teoria hermenêutica como o meio de superação do modelo de solução de disputas individuais do tipo *Caio versus Tício*, em favor de um novo paradigma voltado a conflitos relativos à cidadania. Atribuía-se a crise do modo de produção do Direito à dogmática jurídica que, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continuava trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos.

Enfatizava-se um novo modelo de produção (ou, na teoria dos sistemas, de *poiesis* do Direito) que priorizasse a solução dos conflitos de interesses supraindividuais. A permanência de um modelo liberal-individualista era atribuída ao

---

<sup>311</sup> Já em maio de 2003, o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, reunidos em Ipojuca, Estado do Pernambuco, no documento denominado “Carta de Ipojuca”, havia deliberado dispensar dezessete hipóteses de intervenção em processos cíveis, que não apresentavam efetividade em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis, inseridos na evolução institucional do Ministério Público traçada pela Constituição da República (artigos 127 e 129), a engendrar outra expectativa da sociedade com relação à organização. Dentre os novos interesses estão, notadamente, os relacionados com a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de necessidades especiais, os idosos, os consumidores e o meio ambiente. Esta decisão endógena foi depois, resumidamente incluída no Código de Processo Civil de 2015, Título V.

<sup>312</sup> Nesse sentido, ver SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28.

<sup>313</sup> A exemplo de Streck e Feldens para os quais, o Estado evolui em simetria aos programas constitucionais, de forma que “o Direito não se imuniza aos saltos paradigmáticos do Estado” e, portanto, de um Direito de conteúdo não apenas ordenador (Estado Liberal) ou promovedor (Estado Social), o Estado Democrático demanda um Direito *potencialmente transformador*. Segundo os aludidos autores, “a revolução copernicana por que passaram o Estado e o Direito, não temos dúvida em afirmar, permeia o Direito penal, cujas baterias, sintonizadas ao fenômeno de incorporação constitucional de direitos coletivos e sociais, devem agora se direcionar para a *proteção de bens jurídicos de índole transindividual*. Dizendo de outro modo, deve o Estado, paralelamente à atividade que tradicionalmente vem desempenhar em face de condutas que atentam diretamente contra a vida e a dignidade humana, *priorizar o combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República*, inscrevendo-se nesse rol, dentre outros, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro nacional, a corrupção, a lavagem de dinheiro e os delitos contra o meio ambiente”, (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4-5.

mercado e às relações dele emergentes, nas quais predominavam direitos como propriedade, contrato e danos. Destarte, por engendrar um “individualismo [que] tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas”<sup>314</sup>. A observação das *estruturas socioeconômicas* em que travadas as relações sociais é o primeiro passo para uma produção potencialmente “ativista” do Direito, com o sentido negativo que atualmente se lhe quer imputar.

Esta mudança paradigmática que abriu cognitivamente o sistema de justiça às demandas coletivas, teve início na esfera não-criminal, com a introdução no Brasil das ações civis públicas, similares às *class action* do Direito norteamericano, e pelo conseqüente aprimoramento da legislação sobre direitos difusos e coletivos, primeiramente, acerca da tutela legal do meio ambiente. As *class actions* engendraram uma revolução processual e ampliaram o acesso à Justiça, modelando um Direito responsivo às exigências sociais de conformidade a uma ideia de justiça que o pragmatismo jurídico, com sua opção pelos resultados, e seu ceticismo em relação ao fechamento do sistema jurídico, vinha ensejando. Enfatizou-se a conexão do Direito com as ciências sociais, dando causa à dramatização das relações entre os três poderes<sup>315</sup>. As novas matérias carreadas ao Poder Judiciário forçaram interfaces com outros ramos altamente especializados como ecologia, sanitário,

---

<sup>314</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 34-35.

<sup>315</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. *In*: BURGOS, Marcelo; VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002. Referidos autores, são, entretanto, mais cautelosos em sua análise, alertando que o risco dessa tendência de autonomia do Direito em face da política seria a derrogação da regra republicana da maioria. Por outra, com base em Habermas, acreditam que a expansão sistêmica do Direito sobre economia, trabalho, mercado etc., aponta para a possibilidade de uma “colonização do mundo da vida”, forjando uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do Estado. Seguindo Teubner, alertam para a possibilidade de diluição do próprio sistema jurídico, que no seu ímpeto regulatório, abdicaria de sua dimensão formal em favor da material, perdendo sua identidade. A exemplificar o risco vaticinado, pode-se citar que no Rio Grande do Sul, atualmente, em primeiro lugar em número de demandas judiciais por medicamentos do Sistema Único de Saúde (segundo dados do CNJ de 2014 o TJRS tinha 113.953; enquanto no TJMG, TJSP e TJRJ, tramitavam, respectivamente, 66.751, 44.690 e 46.883) o risco de substituição de papéis entre a administração pública e o Poder Judiciário neste tema mostra-se evidenciado. Com efeito, no ano de 2014, para além da prevalência absoluta em número de demandas por medicamentos, o Poder Judiciário administrou 28% do dinheiro empregado pelo Estado do Rio Grande do Sul na prestação direta de saúde. No que se refere especificamente à prestação de medicamentos, o Judiciário determinou a aplicação, em 2014, de 62,5% dos recursos. Isso significa dizer que, atualmente, se verifica uma verdadeira transferência das tarefas de gestão da saúde pública, em nível estadual, do Executivo para o Poder Judiciário. Com efeito, estes riscos não devem ser descurados, recomendando permanente auto-observação sistêmica a fim de corrigi-los em tempo oportuno.

psicologia, sociologia, antropologia etc., o que poderia sugerir um movimento de esmaecimento das fronteiras sistêmicas do Direito, que preocupara Kelsen ao seu tempo. Tal constatação, entretanto, pode ser objetada na medida em que igualmente se percebe que o sistema de justiça continua operando exclusivamente nos seus limites, apenas servindo-se de conhecimentos especializados como apoio a atos decisórios.

As ações civis públicas (*class actions*), na maioria dos casos, são precedidas por procedimentos instrutórios (procedimentos preparatório e inquérito civil), mecanismos de hetero-observação do Ministério Público que lhe permitem valer-se de sua própria estrutura sistêmica para observar o ambiente social, em todas as suas áreas de atuação (direitos coletivos *lato sensu* e individuais indisponíveis), captando comunicações/informações/dados heterorreferentes necessários à tomada de decisões.

Tais instrumentos administrativos permitiram ao Ministério Público uma crescente diferenciação em relação a outros órgãos da Administração Pública e ao próprio Poder Judiciário, visto que, podendo conduzi-lo intrassistemicamente, já não necessitava de investigações formais advindas de outros subsistemas administrativos, e lograva decidir questões especialmente selecionadas no entorno sem ter de submetê-las ao Poder Judiciário, reforçando a autonomia sistêmica da instituição.

Tal instrumento de observação, exclusivo do Ministério Público, acabou sendo habilitado para investigações criminais, visto que o fato apurado, amiúde, tinha repercussões na esfera criminal. A organização passou a instruir ações penais ou complementar investigações vindas de outros órgãos com um instrumento próprio de investigação criminal. Mais recentemente, foi admitida pelo STF a constitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público<sup>316</sup>. Ademais, o

---

<sup>316</sup> Nesse sentido, o Agravo Regimental 1139086 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL em que Relator o Min. Roberto Barroso, Julgamento em 28 de setembro de 2018. Primeira Turma, do qual consta a seguinte ementa: *DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a ausência de repercussão geral da matéria, entendeu que o Ministério Público dispõe de competência para promover investigações por autoridade própria (RE 593.727-RG). Precedentes. 2. No caso, todos os elementos de provas colhidos pelo Ministério Público foram submetidos ao crivo do contraditório no curso da ação penal. Não há, portanto, nulidade a ser declarada. 3. Agravo interno a que se nega provimento. Aliás, a controvérsia a respeito da legitimidade constitucional do poder de investigação do Ministério Público já estava pacificada desde 14/5/2015, pelo Plenário do STF, o qual, ao concluir o julgamento do RE 593.727/MG, fixou a seguinte tese: “o Ministério Público dispõe de competência para*

Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou procedimento administrativo próprio para tal fim, acentuando a diferenciação em relação à polícia investigativa e incrementando a complexidade interna do Ministério Público, com poderes, inclusive, para realizar acordos de delação premiada a serem homologados pelo Poder Judiciário.

Em um país com uma população superior a duzentos milhões de habitantes, distribuídos em 26 estados e 5.570 municípios, com abismais diferenças regionais e culturais e pouco menos de duzentos anos de independência, é trabalho difícil o de simplificar a complexidade de todos os reais e potenciais arranjos que caracterizam a atuação de organizações como o Ministério Público, que conta em seus quadros com aproximadamente 2.270 Procuradores da República e 10.056 Promotores de Justiça e construiu uma tradição de isolamento funcional individual e atuação formalista e burocrática desde a ideia de que seus membros iniciavam suas carreiras como “homens sós”, amiúde em comarcas pequenas e distantes, tendo apenas a lei, ou sua interpretação dela, como limite de sentido para o desempenho de seu papel organizacional. O Ministério Público, estabelecido constitucionalmente como uma instituição una e indivisível, opera em um dilema entre a independência funcional do agente e a imposição de eficiência por uma atuação sistêmica que concretize o valor constitucional da unidade e indivisibilidade<sup>317</sup>.

---

promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo 1.139.086 Rio Grande do Sul**. Agravante: Alberto Fernandes da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Ministério Público Federal -Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, Julgamento em 28 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= TP&doc ID=748510354> Acesso em: 05 fev. 2019.

<sup>317</sup> O paradoxo entre unidade e indivisibilidade institucional, de um lado, e independência funcional pessoal de outro, já está assentado no art. 127, § 1º, da CF (“são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2019. A ideia de independência funcional deveria ter uma dimensão individual e uma institucional, de modo que, tanto o membro como a instituição não estão subordinados a outros poderes e devem estar salvaguardados de pressões para o exercício de sua função; quando no âmbito individual, porém, uma interpretação hipertrofiada da independência funcional poderia degenerar-se em solipsismo, isolando o agente da perspectiva sistêmico-organizacional. Já uma independência funcional absoluta em nível institucional também poderia conduzir a uma clausura operativa deslegitimadora em face das expectativas sociais.

O desafio imposto ao Ministério Público será conquistar uma atuação mais homogênea em nível nacional que supere a imprevisibilidade decorrente de contingências locais ou da “lente deformante da subjetividade” a que Gadamer se referiu<sup>318</sup>, ou seja, o Ministério Público assume um programa no qual a unidade institucional, representada em termos de atuação mais homogênea/previsível e menos contingente supere a independência funcional de cada agente, enquanto possibilidade de operações marcadamente individuais que incrementem o risco de desapontamento social. Nesse sentido, a própria Constituição estabeleceu programas gerais de atuação e remeteu à legislação infraconstitucional a obrigação de especificá-los<sup>319</sup>.

No caso do Ministério Público, a opção institucional por uma atuação mais proativa em defesa da cidadania, vem enfatizando a independência funcional não como uma imunidade do solipsismo, mas como uma barreira diferenciadora, pessoal e institucional, ainda que contra outros agentes políticos ou públicos ou forças intangíveis do mercado. Esta estratégia sistêmica vem sendo eleita internamente como prioridade, em detrimento de atuações clássicas como a intervenção meramente fiscalizatória em processos cíveis de pouca repercussão social, que não demarca acentuada diferença em relação aos poderes executivo e judiciário, mas que, ao seu tempo, constituiu também estratégia relevante para a organização.

Em pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), resultante de questionários aplicados a 899 membros do Ministério Público,

---

<sup>318</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004. p. 367-368.

<sup>319</sup> Em geral, o estabelecimento de prioridades e orientações de atuação foi objeto de discussão em congressos estaduais e nacionais. Ao longo do tempo, sujeito à tendência da diferenciação de novos subsistemas crescentemente especializados, esta prática acabou sendo paulatinamente substituída por discussões mais centralizadas entre membros com atuações temáticas particulares – criminal, ambiental, infância e juventude, patrimônio público etc. – capitaneadas por órgãos internos especializados – os centros de apoio temáticos (centro de apoio criminal, da infância e juventude, da defesa comunitária, tendo este mesmo sofrido novas subdivisões para atender exigências de maior especialização: meio-ambiente, urbanismo, direitos humanos, patrimônio público etc.). O desenvolvimento de uma maior complexidade interna do Ministério Público decorre da necessidade de mais eficiência no enfrentamento da complexidade crescente do meio em cujo contexto sobra pouco espaço para atuações individuais. Defendendo a vinculatividade dos planos de atuação institucional, Ronaldo Porto Macedo Júnior argumenta que, assim como o Promotor de Justiça é obrigado a posicionar-se frente a qualquer tipo de provocação externa (*input*) seria um contrassenso pudesse ele ignorar planos de atuação elaborados a partir de estudos prévios e consultas aos próprios membros, entendendo-os não vinculantes, ou seja, a auto-observação é tão vinculante como a hetero-observação, na medida em que também aquela é produzida desde *feedbacks*. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Ministério Público II**: democracia. São Paulo: Atlas, 1999. p. 136.



o enfrentamento da corrupção foi apontado como prioridade institucional por 62% dos entrevistados<sup>320</sup>. Em segundo lugar, foi apontada a investigação criminal, conclusão que, ao ser cotejada com o desinteresse institucional para com o controle externo da polícia, apontada como prioridade por apenas 12% dos entrevistados, revela outra tendência institucional: desistir do controle da polícia para abarcar processos investigatórios próprios, notadamente em matéria de criminalidade sensível a influências do poder político ou econômico, nas quais as garantias do Ministério Público compensem a maior permeabilidade da polícia a pressões ambientais. Esta decisão foi sendo tão valorizada que a instituição, incrementando a complexidade interna e sua rede de hetero-observação vem criando, nos estados, grupos de atuação especializada de combate ao crime organizado (GAECO), destinados especialmente a atuar em áreas pouco cobertas pela polícia judiciária estadual.

Esta opção sistêmica, na medida em que se realiza em operações concretas, problematiza ainda mais as relações entre Direito e política, porquanto capta, para o interior do sistema de justiça, questões relacionadas a operações entre parlamento, administração pública e mercado, historicamente imunizadas à atuação do Direito, mas possivelmente relacionadas ao histórico direito de resistência, apontado por Luhmann como uma das possíveis causas para o conflito entre Direito e política. Exemplo concreto do exercício deste “direito de resistência” pode ser a votação da denominada PEC 37/2011 que pretendia excluir qualquer possibilidade de investigação criminal por parte do Ministério Público, na medida em que era estabelecida, no projeto de emenda constitucional, como atribuição exclusiva da polícia judiciária. Inicialmente, os prognósticos apontavam a aprovação da PEC, já como possível reação de autoproteção do parlamento, mas em 25 de junho de 2013, a Câmara dos Deputados derrubou por 430 votos a 09, a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, que limitava os poderes investigatórios do Ministério Público. A derrota dos que defendiam a exclusividade da investigação criminal para as polícias judiciárias foi atribuída à “pressão das ruas”, durante as grandes manifestações de protesto que vinham ocorrendo nas capitais do país.

---

<sup>320</sup> LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila *et al.* **Ministério Público: guardião da cidadania brasileira?** Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC): Universidade Cândido Mendes, jul. 2016.

A própria CF/88, ao conceder, ao Ministério Público, verdadeiros superpoderes, como a defesa dos interesses sociais e do regime democrático, outorgando-lhe a titularidade da ação penal pública e do inquérito civil, criou um novo programa institucional, que pressionou por novos papéis pessoais e conduziu a diferente seletividade de operadores e operações. Este programa ainda dotou a organização de instrumentos de investigação que a habilitaram a abrir clareiras de observação com relação à responsabilidade de agentes públicos em geral e suas relações ilegais com o mercado. Seja mediante o aperfeiçoamento de instrumentos próprios de investigação, inclusive criminal, seja por efeito de conexões com outras organizações (polícias, corregedorias, tribunais de conta), a instituição passou a perceber situações que historicamente ficavam na clandestinidade ou eram aceitas como parte de uma subcultura entronizada nos meios políticos nos moldes de um sistema paralelo de funcionamento da política.

A percepção/observação destes sistemas subterrâneos de má governança, cotejada com um novo programa institucional do sistema de justiça, especialmente do Ministério Público, vem dando ensejo a um momento de crise entre o sistema jurídico e o político, que, entretanto, já era anunciada desde a Constituição de 1988 e seu sistema de prerrogativas institucionais do Ministério Público e do Poder Judiciário. A elevação da moralidade administrativa à condição de princípio constitucional e a admissão da investigação civil e criminal do Ministério Público são fatores que também contribuíram para incrementar a regulação jurídica do político.

No próximo capítulo propõe-se demonstrar ainda que, além da identificação de novos interesses sociais dignos de proteção penal e ademais do inédito protagonismo dos agentes independentes da Justiça, como o Ministério Público, outro fator concorreu substancialmente para os recentes logros regulatórios do Direito Penal em matéria de criminalidade moderna, especialmente da corrupção. Cuida-se dos novos mecanismos de obtenção de prova e, portanto, de observação ambiental sistêmica, dentre os quais se sobressai a colaboração premiada, que será objeto da primeira parte do capítulo que segue.

#### **4 OS NOVOS INSTRUMENTOS INVESTIGATÓRIOS QUE PERMITIRAM A AMPLIAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL E A DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA DESTE SISTEMA JURÍDICO ESPECIALIZADO CONSISTENTE NA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE, AINDA QUANDO AGREGADA A NOVAS SANÇÕES LEGAIS DESESTIMULADORAS DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA**

No capítulo que se inicia e que será o derradeiro desta tese, pretende-se conectar as pesquisas efetuadas nos capítulos anteriores com a identificação de outras causas da expansão do Direito Penal e que não o caracterizam como Direito Penal *simbólico*, no sentido daquele cujas funções latentes superam as funções reais e promulgado somente no escopo de satisfazer anseios populares, conforme diatribe comumente lançada aos avanços regulatórios penais próprios da contemporaneidade.

No primeiro capítulo, foram tecidas considerações sobre divergências na ciência jurídica quanto ao reconhecimento de que existem bens jurídicos a transcender o indivíduo e o Estado, situados para além daqueles interesses puramente privados de primeira geração, fortemente atrelados ao homem concreto e seus direitos fundamentais – a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio – ou puramente públicos, no sentido de interesses atinentes à Administração Pública. Estes direitos, sediados na clássica *summa divisio* “público – privado”, nem por isso são menos dignos de proteção ou, por conta da identificação de outros interesses intermediários, estariam destinados ao rótulo de “obsoletos” ou “fora de moda”. Tão somente há um consenso de que os instrumentos legais para sua proteção, mais especialmente no que concerne aos direitos de acentuada conotação individual, já são dotados de suficiente legitimidade, ao passo que aqueles outros, denominados interesses intermédios ou transindividuais, necessitam mais esforço para legitimar-se de forma a suplicar para si uma tutela altamente especializada e suficientemente forte como a do Direito Penal.

Estas pretensões transindividuais se agrupam melhor sob o designativo de “interesses” do que de “direitos”, já que esta última expressão foi cunhada historicamente em lutas pelos direitos humanos e, depois, direitos fundamentais, sempre com uma densidade antropológica intensa e indiscutível. O interesse já designa uma pretensão difusa e rarefeita, que por sua reduzida afetação individual

não motivaria defesas pessoais isoladas, a despeito de sua inegável relevância em nível social. Exatamente esta característica, a falta de vítimas concretas, expõe esses interesses a um risco maior de vulnerabilidade, só compensado pela tutela estatal. Os atentados contra estas aspirações difusas quase sempre são impulsionados por motivações puramente econômicas e, por derivarem de amplos e bem planejados concertos entre agentes e instituições, normalmente com a participação de coautores políticos ou públicos, o esquadramento dessa criminalidade econômica é uma tarefa hercúlea a demandar um esforço concentrado de agentes altamente capacitados e treinados no uso de mecanismos investigatórios modernos e eficazes, idôneos a romper a hermeticidade autoconstruída pelas organizações de criminalidade econômica.

Na próxima seção proceder-se-á a uma abordagem de um desses instrumentos investigatórios recentemente postos à disposição das instituições do sistema penal que ampliou excepcionalmente os limites de observação sistêmica do Direito Penal em matéria de crime organizado, especialmente de corrupção.

#### 4.1 Colaboração Premiada: instrumento processual para a ampliação eficaz da rede de observação das organizações criminosas por parte do sistema de justiça penal

Um dos instrumentos investigatórios mais revolucionários no processo penal brasileiro contemporâneo foi certamente a colaboração premiada e, conquanto, como se verá, não seja legalmente inédita, sua utilização incrementou-se, sobremaneira, a partir da Lei 12.850/2013, promulgada em meio a um período de grandes manifestações populares contra a corrupção no Brasil. Seu advento foi, destarte, impregnado de indiscutível legitimidade social, não obstante tenha sido recebido pela doutrina tradicional e por extensos segmentos da classe política com desconfiança e até com hostilidade. Um dos fatores dessa má receptividade certamente está em que a colaboração premiada não teve um ingresso lento e suasório, desde baixo, no sistema penal brasileiro o que permitiria sua melhor assimilação, mas, ao revés, entra em cena em casos rumorosos contra detentores do poder político e econômico, conduzindo a uma verdadeira revolução no processo penal contra a criminalidade econômica de alto escalão acostumada a beneficiar-se de imunidades penais, seja por meios formais ou informais.

Embora Direito e política estejam entrelaçados, seus códigos binários estão longe de serem iguais. Enquanto o Direito codifica o ambiente entre lícito e ilícito, a política já o faz levando em conta o exercício do poder estatal: isto capta ou não capta votos, o voto está para a política como o lucro para a economia liberal. Boas e honestas gestões captam votos, mas obras captam muitos votos, e dinheiro, como um meio de comunicação generalizado, também<sup>321</sup>. Nem por isso, obviamente, se pode simplificar a ideia de que todos os vilões estão operando na política e todos os heróis, no Direito. Longe de afirmar isso, sabe-se que, tanto um como o outro sistema, estão sujeitos a manipulações que contrariam os objetivos fundamentais da República, expressos na Carta Constitucional.

De qualquer modo, a colaboração premiada é uma realidade legal e jurisprudencial e todas as críticas que lhe sejam endereçadas situam-se no plano extralegal da política criminal, ou seja, pode-se criticar a opção anterior do legislador em adotar o instituto e, transposta a linha aquém da qual ficou o ato legislativo, só se pode criticar a maior ou menor aplicação concreta do instituto, isto tanto de parte das autoridades, em propor a colaboração, como de parte dos investigados ou acusados, em dela valer-se como alternativa de defesa. No mais, o instituto que, como se verá, tem origem internacional, veio para ficar e só é cabível o esforço em aperfeiçoá-lo e em evitar sua deletéria banalização. Portanto, como acentua Bombardelli: “deve-se abordar e tratar a questão ‘sem cair nos extremos do utilitarismo exacerbado ou de um garantismo que ignora a realidade’. Juridicamente,

---

<sup>321</sup> Luhmann, acompanhando Parsons, entende que os meios de comunicação simbolicamente generalizados superam a diferença e dotam a comunicação de elevadas perspectivas de aceitação, reduzindo, significativamente, o problema de sua improbabilidade naquelas situações em que a rejeição era o mais esperável. Para o teórico, o dinheiro é um dos meios de comunicação mais simbolicamente generalizados. A cunhagem de moeda atribuiu ao dinheiro uma forma de fácil reconhecimento, funcionalizando a economia para transcender o escambo primitivo, e outorgando ao dinheiro um sentido independente das mercadorias e das propriedades, que se pode utilizar de maneira acentuadamente genérica. A moeda conecta o comércio local com o distante e acopla política e economia por conta do necessário respaldo em valor metálico exigível para a credibilidade deste meio de comunicação. Com isto o dinheiro se torna acessível e indispensável para motivar e produzir negócios que de outro modo não ocorreriam. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 255. O teórico ainda acentua que “los medios simbólicamente generalizados transforman, de manera asombrosa, las probabilidades del *no* en probabilidades del *sí*; por ejemplo, al hacer posible ofrecer pagos por bienes o servicios que se desean obtener. Son ‘*simbólicos*’ en cuanto utilizan la comunicación para producir el acuerdo que de por sí es improbable. Pero son, al mismo tiempo, *diabólicos* en cuanto que al realizar este cometido producen nuevas diferencias. Así, un problema de comunicación específico se resuelve mediante un nuevo arreglo de unidad y diferencia: quien puede pagar obtiene lo que desea; quien no, no... *Ibid.*, p. 248.

isso pode significar o seguinte: sem se absolutizar a tutela dos bens protegidos pelo direito penal nem a tutela dos direitos individuais do investigado ou acusado”<sup>322</sup>.

#### 4.1.1 A Colaboração Premiada e suas Origens Internacionais

O fim da guerra fria e do bloco soviético com o suposto benefício de reduzir o risco de novos conflitos mundiais e, ao menos aparentemente, afastar a ameaça catastrófica de uma guerra nuclear, parece ter aberto os “portões do inferno” para a difusão da criminalidade organizada transnacional, colocando em risco os sistemas sociais compatíveis com o sentido de Estado Democrático de Direito. Para Manuel Castells, o crime organizado na Rússia pós-comunista e nas ex-repúblicas soviéticas resulta da transição brusca e descontrolada do comunismo para o capitalismo selvagem. Dada a importância estratégica, econômica e política da Rússia e em virtude de seu enorme arsenal militar e nuclear, sua nova e profunda ligação ao crime global organizado, especialmente o tráfico de armas e de material nuclear, tornou-se uma das mais preocupantes questões deste fim de milênio e um dos mais importantes assuntos da pauta das reuniões geopolíticas em todo o mundo<sup>323</sup>.

De outro lado, é conhecida a importância econômica e política do tráfico de drogas na América Latina, a atividade criminosa mais rentável no mundo do ponto de vista financeiro. A produção de drogas – cocaína e maconha – na América Latina, ao contrário dos padrões tradicionais de internacionalização da produção e do comércio na região, consiste em uma atividade orientada para a exportação, controlada por latinoamericanos e dotada de competitividade global comprovada<sup>324</sup>.

---

<sup>322</sup> BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 15.

<sup>323</sup> CASTELLS, Manuel. **Fin de milenio**. Versão Castelhana de Cármen Martínez Gimeno. Espanha: Alianza, 1999. v. 3: A era da informação, p. 127 e seguintes. Além de Castells, também Moisés Naim assinala que, após o fim da Guerra Fria e a queda do antigo Bloco Soviético, a hipertrofiada indústria de armas curtas de países pertencentes a este bloco “tuvieron que enfrentarse a una drástica reducción de los presupuestos de defensa por parte de sua tradicional cartera de clientes”, impondo-se a opção pela exportação, ainda que para clientes duvidosos, como países ou movimentos envolvidos em guerras ou conflitos civis. Además, “las mismas fuerzas que impulsaran las exportaciones del antiguo bloque soviético comenzaron a alimentar también un floreciente mercado de segunda mano basado en equipamiento de desecho o excedentes de los ejércitos de la era comunista, ahora diseminado por toda Europa oriental y los antiguos estados satélite de la Unión Soviética”. NAIM, Moisés. **Ilícito**: como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el Mundo. 1. ed. Buenos Aires: Debate, 2006. p. 74-75.

<sup>324</sup> Naim, após afirmar que “no hay negocio como el de la droga” justifica sua assertiva com aduzir que, não obstante a guerra contra as drogas, protagonizada em especial pelos Estados Unidos, o maior consumidor planetário, mediante prisões espetaculares de grandes narcotraficantes, eles não são mais que a ponta do *iceberg*, pois o mercado de narcóticos está entronizado na vida

Estas organizações criminosas alimentam, em grande escala, a crença de que podem controlar, especialmente pela corrupção, todo o sistema penal dos países onde sediadas suas atividades e, de fato, suas pretensões não podem ser negligenciadas, já que empiricamente pode-se observar o quanto já se constituíram em realidade<sup>325</sup>.

Em efeito, a formação de blocos econômicos e a consequente abertura de fronteiras, mais efetivos na Europa do que no restante do mundo, facilitou o fluxo do bem e do mal, pois a criminalidade organizada pode movimentar-se mais impunemente entre os Estados-nação, a exemplo das empresas lícitas. É possível estabelecer-se em países em que a atividade criminosa desfruta de maior segurança e menos repressão, na medida em que as más condições socioeconômicas facilitam a entronização de valores subculturais nestas sociedades e a corrupção de agentes estatais, e, desde estas localizações geográficas favoráveis, desenvolver, à distância, operações criminosas em outros países ou em outros locais do próprio país, nos quais a atividade resulte mais rentável.

Fatores históricos próprios da pós-modernidade, como a expansão da criminalidade econômica, abordados nos capítulos anteriores, tornaram ineficazes os instrumentos tradicionais de persecução penal e impuseram novos métodos de investigação criminal capazes de superar os bloqueios investigatórios produzidos pela organização das atividades ilícitas<sup>326</sup>.

---

econômica local e global, produzindo ameaçadoras implicações políticas, vez que generalizado entre miríades de pequenos traficantes que, por sua maior dissimulação social, são muito mais difíceis de enfrentar do que os notórios *narcos*. *Ibid.*, p. 91.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 91. Este quadro mundial, bem próprio do fim do último milênio, foi agravado pelo processo crescente de mundialização, diga-se de passagem, natural, na medida em que desde o início de sua história, a humanidade sempre esteve em busca de algum nível de globalização, ainda que por métodos contestáveis, como a guerra e o imperialismo; por meios mais razoáveis, como o comércio, ou plenamente louváveis, como a expansão cultural e científica. Um fenômeno, todavia facilitado pelos céleres desenvolvimentos tecnológicos, a evolução sem precedentes dos sistemas de comunicação, oportunizou esta última onda de globalização, trazendo consigo seus benefícios e também seus perigos, consoante já se expôs no primeiro capítulo, ao abordar-se o tema da sociedade de risco.

<sup>326</sup> Para Benitez Ortúzar, “dos han sido las principales razones que han llevado a los distintos Estados a plantear nuevas formas de afrontar la delincuencia organizada: la transnacionalidad real y virtual, propia de la globalización económica en la que se desenvuelve la sociedad del siglo XXI acelerada por una tecnología que permite actuar en tiempo real en cualquier economía local en cualquier momento desde cualquier local, y una abundancia de medios en la perpetración del delito y perfección en la estructura organizativa que en muchos casos hace inviables e insuficientes las técnicas de investigación tradicionales”. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **Colaborador con la justicia**: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykinson, 2004. p. 14.

Como se percebe, com meridiana clareza, o crime organizado já ameaça a própria estabilidade estatal, conforme exemplos que se colhem bem próximos, no México, na Colômbia e, obviamente, também no Brasil, e que se espalham ao redor do mundo, especialmente, em regiões pobres, ditatoriais ou com democracias desqualificadas, mais aparentes do que reais. A heterogeneidade legislativa em matéria penal, a corrupção, o despreparo, a ausência de cooperação internacional e a falta de instrumentos legais de investigação e punição facilitam, às organizações criminosas, a eleição de nichos de impunidade ao redor do planeta<sup>327</sup>.

Este contexto impôs a formulação de convenções, em âmbito internacional, para o enfrentamento da criminalidade organizada transnacional e da corrupção. Em 15 de novembro de 2000, em Nova York, as Nações Unidas adotaram a Convenção Internacional contra o crime organizado transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, que entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003 e foi ratificada pelo Brasil em 29 de janeiro de 2004, sendo promulgada internamente pelo Decreto 5.015 de 12 de março de 2004. Tal convenção é voltada à criminalidade organizada de caráter transnacional<sup>328</sup>, mas recomenda a adoção de legislação interna para criminalização da participação em organização criminosa como delito de perigo abstrato, combate à lavagem de dinheiro, à corrupção e à obstrução da justiça.

Pouco após, através do Decreto 5.687 de 31 de janeiro de 2016, o Brasil promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003, denominada “Convenção de Mérida”. No seu exórdio está registrada a preocupação dos Estados que dela tomaram parte com “as ameaças decorrentes da corrupção para a estabilidade e a segurança das

---

<sup>327</sup> Ainda, conforme Benitez Ortúzar, “las estructuras organizadas y permanentes con finalidad ilícita y con ánimo de lucro o de subvertir el orden democrático establecido, preexisten al momento actual de la globalización. No obstante, la mundialización de la economía sin una homogeneización previa de los ordenamientos jurídicos vigentes en los distintos Estados-nación que coexisten en este nuevo marco de relaciones económicas y sociales que permiten la intervención en cualquier economía nacional en tiempo real desde el rincón más remoto del mundo ha dado lugar a un proceso de expansión de este tipo de criminalidad traspasando las fronteras nacionales, haciendo ineficaces muchos de los instrumentos de investigación tradicionales existentes para afrontar, desde el Estado de Derecho, este tipo de delincuencia”. *Ibid.*, p. 13.

<sup>328</sup> Assim, entendida, conforme art. 3º, item 02, da mencionada Convenção, como aquela: a) cometida em mais de um Estado; b) cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.



sociedades ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”, assim como em razão dos evidentes vínculos entre a corrupção e o crime organizado e outras formas de delinquência.

Entre seus propósitos mais proeminentes estão promover medidas capazes de prevenir e reprimir, com mais eficácia, a corrupção e incentivar a cooperação internacional no seu enfrentamento. Dentre muitos outros indicativos, o artigo 37 desta convenção recomenda aos Estados Partes prover legislação premial apropriada que autorize a mitigação ou mesmo a isenção de pena aos envolvidos em crimes de corrupção e que “proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto”. Referida Convenção ainda recomenda se estabeleçam meios de proteção ao colaborador, nos mesmos moldes daquela indicada a testemunhas, peritos e vítimas. Ademais, sugeriu a realização de acordos internacionais para esta proteção, sempre que o colaborador estiver em um Estado parte e for prestar colaboração para autoridades de outro Estado parte.

#### 4.1.2 A Internalização das Convenções Internacionais Contra o Crime Organizado Transnacional e Contra a Corrupção no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em junho de 2013, uma onda de manifestações populares, estremeceu o Brasil. Os movimentos chamados às ruas nas principais cidades do país veiculavam inicialmente a indignação popular em relação ao aumento das tarifas dos transportes públicos, potencializada em razão dos altos gastos para com a Copa do Mundo e as Olimpíadas em cotejo com outras políticas públicas negligenciadas pelo governo. A repressão policial às manifestações foi violenta, transferindo o foco de um mero descontentamento com o valor das tarifas de transporte para um desprezo generalizado à classe política, e a temática da corrupção logo foi alçada a tema preferencial nos protestos ao longo de todo o País.

Ainda em 2013, com o escopo de oferecer respostas aos reclamos da sociedade civil e na esteira das convenções internacionais antes aludidas, às quais o Brasil já havia aderido, o Governo Federal lançou um pacote legislativo

anticorrupção com inspiração em mecanismos adotados em países de origem anglo-saxã, fundados especialmente na utilização da consensualidade com o objetivo de estabelecer instrumentos de cooperação e transação entre o Estado e os agentes infratores da lei.

Nesse sentido, no âmbito penal, foi instituída a Lei 12.850/2013, denominada “Lei de Combate ao Crime Organizado”, que, entre outras disposições, tipificou os crimes de organização criminosa e obstrução da justiça, previu novos e antigos meios de obtenção de prova, como a infiltração de agentes em organizações criminosas, as interceptações telefônicas e disciplinou o instituto da colaboração premiada, constituindo-o no instrumento destinado às pessoas físicas dispostas a: a) reconhecer os atos ilícitos praticados; e b) colaborar com as investigações e ressarcir os prejuízos ocasionados pelos seus atos. Como benefícios, o colaborador poderá receber imunidade penal, perdão judicial e redução das penas.

No âmbito do Direito Administrativo, veio ao mundo jurídico a Lei 12.846/2013, denominada “Lei Anticorrupção”, com especial atenção na figura do “corruptor” e, em última análise, beneficiário dos atos de corrupção, ou seja, as pessoas jurídicas. Além de inovações importantes, como o estabelecimento da polêmica responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados por seus prepostos/representantes, inclusive o delineamento dos caminhos a serem adotados para uma política de integridade empresarial, a Lei Anticorrupção contemplou o acordo de leniência, instrumento de cooperação e transação destinado àquelas empresas que estiverem dispostas a: a) colaborar efetivamente com o esclarecimento das investigações e identificação dos responsáveis por possíveis ilícitos econômicos em seus respectivos âmbitos corporativos b) ressarcir os prejuízos causados à Administração Pública por tais ilícitos; e c) adotar políticas de integridade com o objetivo de prevenir a ocorrência de novas condutas irregulares. Entre os benefícios da colaboração da empresa com o Estado, a pessoa jurídica que firmar acordo de leniência poderá deixar de sofrer a aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública e poderá obter uma redução de até dois terços da multa aplicável, além de não ter a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Tanto o acordo de leniência quanto a colaboração premiada, a despeito das acerbos críticas contra esta endereçadas, estão na trilha do denominado

Direito Penal premial e ainda de uma justiça criminal menos conflitiva, mais colaborativa e efetiva, como se verá nas próximas subseções.

#### 4.1.3 O Recurso ao Direito Penal Premial

O Direito pretende normatizar comportamentos sociais com desestímulos operados mediante sanções e com estímulos produzidos por prêmios. Já Norberto Bobbio pontificara que, “encontrando-se num mundo hostil, tanto em face da natureza quanto em relação aos seus semelhantes, segundo a hipótese hobbesiana do *homo homini lupus*, o homem buscou reagir a essa dupla hostilidade, inventando técnicas de sobrevivência com relação à primeira, e de defesa com relação à segunda. Essas últimas são representadas pelos sistemas de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas, ou estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios”<sup>329</sup>.

A própria expressão “Direito Penal premial” sugere *prima facie* uma contradição lógica por contemplar com um benefício penal exatamente aquele que afrontou a norma penal, tradicionalmente protegida mediante sanções punitivas. O prêmio consiste na redução ou exclusão do mal traduzido na pena, representando em um mal menor ou mesmo na impunidade do indivíduo que, após a comissão de uma conduta punível, realiza uma contraconduta idônea a diminuir ou elidir a pena prevista para o injusto penal originariamente levado a efeito. Este recurso excepcional de que lança mão o Direito sancionatório, ao menos em aparência, não seria conciliável com a concepção retribucionista clássica da pena, em relação à qual a retribuição penal é uma exigência dogmática incompatível com a aplicação de um mal menor ou de um prêmio penal<sup>330</sup>.

Isto impõe uma reserva ao sistema de acordos penais de que resulte uma redução da pena para o réu, objeção que tem origem em tradições muito antigas da *civil law*. Em efeito, para um observador externo ainda remanesce muito sólida a identificação entre crime e pecado que enaltece uma concepção retributivista da

---

<sup>329</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 55.

<sup>330</sup> Para Pereira, “conquanto o alegado paradoxo, o fato é que as normas premiais encontram no quadro penal, terreno propício ao seu desenvolvimento, assumindo particular relevo tanto pelo seu significado complementar, como principalmente, pelo reforço que permitem infundir na eficácia preceptiva do sistema de delitos e sanções, ao menos pelo aspecto de incentivo geral e especial”. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 27.

pena e, por conseguinte, não justifica que qualquer crime reste sem a necessária expiação. A perspectiva utilitária da colaboração premiada, em que alguém negocia sua pena por conta da prestação de informações relevantes que permitam alcançar resultados maiores e mais eficazes é deveras incompreendida pelo cidadão comum<sup>331</sup>. Ademais, em sentido bem oposto, a própria colaboração é criticada, por outros, sob o fundamento de que suas origens “remontam, à evidência, a uma ideia de expiação pelo mal cometido”<sup>332</sup>.

A despeito das restrições invocadas, o uso de prêmios em matéria penal não é novidade no Direito brasileiro. Os artigos 15 e 16 do Código Penal preveem figuras típicas premiaias da desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior, já largamente utilizados na atividade jurisdicional cotidiana, especialmente, no que toca à desistência voluntária, em julgamentos do tribunal do júri<sup>333</sup>. Ademais,

---

<sup>331</sup> Nesse sentido, Gómez, Magistrado do Tribunal Supremo de Espanha, prefaciando obra de Juan Carlos Ortiz Pradillo, acentua que a identificação entre crime e pecado faz com que “la completa impunidad de hechos delictivos especialmente censurables aparece así como contraria à la expiación bíblica por las malas acciones”, por isso o recurso a meios de investigação como a colaboração que tornam mais fácil a apuração destas modalidades criminosas de difícil esquadrinhamento, deveria vir acompanhada de uma explicação ao público de que “es mucho más lo que se gana con el perdón – condicionado, claro es, a la aportación de datos que haga posible la prevención y el castigo de otros delitos – que lo que se pierde con la ciega retribución”. GÓMEZ, Manuel Marchena. [Prefácio]. *In*: PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Los delatores en el proceso penal**. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018. p. 17.

<sup>332</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado (art.). *In*: SCHMITD, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 304.

<sup>333</sup> Segundo o mencionado art. 15 do Código Penal, “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 jul. 2019. Exemplificam-se as hipóteses legais, por exemplo, se alguém deu início ao ato de matar outrem, mas sem ser obstaculizado por nenhum fator alheio à sua vontade, deixa de consumir o crime, quando ainda não esgotada sua potencialidade lesiva, ou quando esgotada esta, prestar socorro eficaz à vítima, impedindo o resultado. Em tal caso, a lei, por autêntica ficção jurídica, para incentivar o recuo na ação delitiva, responsabiliza o sujeito ativo apenas pelo ato já praticado, ou seja, no caso exemplificado de tentativa de homicídio, resta-lhe apenas ser responsabilizado por lesões corporais. Embora tenha havido o dolo de matar, a lei premia o agressor como incentivo para poupar a consumação do dano ao bem jurídico. Este sempre foi citado como um importante exemplo de direito penal premial, porém, ele não coincide perfeitamente com o exemplo da colaboração premiada, já que esta tende a ocorrer em âmbito processual e não diretamente nos limites espaço-temporais da própria conduta. Escreve Barra que, “as figuras premiaias de teor puramente penal-material incentivam um retrocesso no desenvolvimento da conduta ofensiva de bens jurídicos, cuja lesão ou perigo de lesão ainda esteja em andamento, ou seja, estimulam um ‘regresso ofensivo’ executado pelo próprio agente da conduta delituosa, durante o curso da ação, legitimando a inclusão de figuras delitivas premiaias no Código Penal”. Assim, a técnica recompensatória da colaboração premiada, mesmo com efeitos substanciais, especialmente no que toca à fixação da pena ou extinção da punibilidade, “encaixa-se ontologicamente com mais facilidade no âmbito do Direito Processual Penal do que no Direito Penal”. (LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal (art.). *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo

podem-se citar outros exemplos de estímulos premiais em matéria de Direito Penal ou Processual Penal: a) retratação do autor no crime de falso testemunho como hipótese de extinção da punibilidade (art. 342, § 2º, combinado com o art. 107, VI, CP); b) extinção da punibilidade em caso de quitação integral do débito tributário (art. 9º da Lei n. 10.684/2003); c) reparação do dano no peculato culposo como causa de extinção da punibilidade ou diminuição da pena (art. 312, § 3º, CP); d) prestação de socorro à vítima de acidente de trânsito como hipótese de proibição da prisão em flagrante do condutor ou do arbitramento de fiança (art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro). Em sede de execuções penais, também ocorrem prêmios como a remição pelo trabalho, pelo estudo ou até mesmo pela leitura de livros, esta última hipótese, admitida extralegalmente.

A atual colaboração premiada, com os contornos que lhe foram dados pela Lei 12.850/2013, também contava com diversos precedentes legislativos. O mais antigo é a atenuante da confissão espontânea<sup>334</sup>, já prevista no Código Penal de 1940 e ampliada em favor do confidente na reforma penal de 1984. Posteriormente, dentro do atual contexto constitucional, ingressa o antecedente mais remoto da colaboração premiada, com característica de causa de diminuição de pena, já não mais sob critério judicial exclusivo como a mera atenuante, mas mediante limites minorantes em frações, fixados legislativamente. É o caso da delação premiada instituída pela Lei 8.072/90<sup>335</sup>.

---

(coord.). **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 277). De qualquer modo, o arrependimento posterior, previsto no art. 16 do CP, é outra modalidade premial que se aplica por conduta posterior à prática delitativa e que representa um incentivo à reparação do dano, mediante redução da pena.

<sup>334</sup> A confissão espontânea ingressou como atenuante no Código Penal de 1940 apenas para aqueles casos em que o agente confessava crime cuja autoria fosse ignorada ou imputada a outrem, mas a nova parte-geral do Código Penal limitou-se a assegurar o benefício com a simples espontaneidade da confissão e a jurisprudência vem admitindo à larga a aplicação da atenuante, havendo evolução da interpretação do STF que até 2003 exigia que a confissão viesse acompanhada de arrependimento moral do confidente e, atualmente “pode-se afirmar que o STF reconhece a finalidade instrumental e utilitária da confissão. Em vez de se averiguar a finalidade que move o agente, deve-se perquirir apenas se a confissão trouxe resultados úteis ao processo, entendidos como o reconhecimento, na decisão judicial, que a confissão serviu de base para a sentença condenatória”. BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à colaboração no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lavajato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, Brasília, DF, n. 122, p. 363, set./out 2016.

<sup>335</sup> Prevê o mencionado Art. 8º da Lei 8072/90 que: “Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”. Já, especificamente no tocante à delação premiada seu parágrafo único, estabelece que: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. 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

Cinco anos após a Lei dos Crimes Hediondos, outro diploma legislativo, a Lei 9.034/95, o primeiro diploma legal brasileiro destinado ao enfrentamento do crime organizado, anterior à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, já previa redução de um a dois terços para todo colaborador que, em crimes praticados por organização criminosa, prestasse informações que levassem ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. Ademais no mesmo ano, a Lei 9.080/95, modificando as redações da Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e da Lei 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Financeira, Tributária e contra as Relações de Consumo), prevê o mesmo tipo de incentivo à colaboração nos respectivos âmbitos legislativos. A história da colaboração premiada no Brasil prossegue com a Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) que previu o benefício, até de forma mais benéfica ao agente colaborador, permitindo a substituição da pena prisional por outra pena restritiva de direitos ou mesmo a isenção total da pena. Ademais, ingressou na fase da execução, admitindo o cumprimento da pena em regime mais benéfico do que aquele a ser originalmente aplicado. Posteriormente, a Lei 9.807/99 também previu o benefício do perdão judicial ou da redução da pena ao réu colaborador<sup>336</sup>.

Mas tais dispositivos legais não criaram estruturas, no sentido luhmanniano de repetição de operações/comunicações, capazes de ensejar uma significativa evolução do sistema jurídico penal no enfrentamento da criminalidade. Eles estavam mais voltados à criminalidade organizada clássica, especialmente aos crimes

---

providências. Disponível em: [http:// www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>336</sup> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. 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. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

hediondos, para os quais, o prêmio ofertado não é suficientemente vantajoso, a ponto de justificar a delação, em face das consequências práticas previsíveis para o delator envolvido com organizações criminosas voltadas à ilicitude nuclear. Destarte, é possível reconhecer que, em se tratando da criminalidade organizada clássica (tráfico de drogas, associações criminosas para crimes contra o patrimônio) possivelmente não houve necessidade ou interesse no recurso investigatório da colaboração de parte das agências públicas, como se verificou ao depois, no tocante à criminalidade econômica, notadamente, à corrupção.

Na realidade, a colaboração probatória de agentes envolvidos com o ilícito sofre significativos preconceitos na tradição penal da *civil law*. Até mesmo institutos premiais clássicos como a desistência voluntária e o arrependimento eficaz não são bem compreendidos pelo público, a despeito de sua evidente utilidade e mesmo da sua justiça. Na próxima seção, iremos discorrer sobre as principais críticas contra a colaboração premiada, ofertadas em âmbito dogmático ou de política criminal.

#### 4.1.4 Principais Objeções à Colaboração Premiada

O processo penal no Ocidente pode ser classificado, simplificada, em dois modelos historicamente diferenciados: o sistema anglo-saxão ou norteamericano e o continental europeu. O procedimento norteamericano mantém mais intactas as características primevas do processo de partes em que originalmente a vítima ou seus familiares patrocinavam a acusação. Neste modelo, ainda que como decorrência de princípios iluministas que advogam a racionalidade acusatória, a vítima ou seus representantes tenham sido substituídas por um acusador técnico e profissional, o Ministério Público e a defesa se enfrentam perante um tribunal imparcial, no qual as partes devem trazer as provas a juízo enquanto o tribunal assiste suas apresentações e razões para chegar a um veredicto sem participar da produção probatória. Nesta estrutura autenticamente adversarial, o acusado pode prescindir do processo e confessar o crime, dispensando a produção de provas. Schünemann assevera que desta forma se desenvolveu nos Estados Unidos, há pouco mais de um século, o procedimento penal do *plea bargaining*, pelo qual o Ministério Público e a defesa negociam, através do reconhecimento da culpabilidade, uma redução da pena. Esta prática teve origem jurisprudencial, mas acabou reconhecida na maioria dos Estados norteamericanos e nos processos

federais e já foi confirmada pela Suprema Corte americana em numerosas decisões<sup>337</sup>.

O processo penal continental europeu adveio do procedimento inquisitivo que desconsiderava, em grande medida, o papel da vítima no rito penal, e no qual o acusado era o único objeto da instrução levada a cabo por juízes estatais que, originalmente, concentravam as funções de acusar e julgar e que posteriormente, primeiramente em França e depois nos outros países europeus, vieram a ser divididas entre acusador e julgador. “En este procedimiento el juez tiene encomendada la tarea de buscar, como ocurría también en el viejo procedimiento inquisitivo, la llamada ‘verdad material’ y, de oficio, impulsar la acción penal del estado, una vez interpuesta *la* acusación, sin que la fiscalía o el acusado tengan ya ningún tipo de derecho de disposición”<sup>338</sup>. Para Schunemann, tal sistema seria incompatível com o *plea bargaining* porque “la práctica de la prueba y la determinación de la sentencia, por tanto, no pueden ser reemplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado”<sup>339</sup>.

Chama atenção do citado autor que, a despeito de que até poucas décadas atrás, o processo penal europeu continental fosse considerado mais moderno e eficaz para combater o crime, especialmente a criminalidade organizada, em poucos anos ele entrou em crise, face o ingresso triunfal da prática de acordos em matéria penal na maioria dos países europeus, inclusive na Alemanha, com o escopo de reduzir o alto número de processos penais e os problemas relativos à prova em processos volumosos ou complexos e assim enfrentar o incremento muito especialmente da denominada criminalidade econômica<sup>340</sup>.

Igualmente Espanha e Itália, países europeus conflagrados pelo crime organizado e pela corrupção, também introduziram o sistema do *plea bargaining* em

---

<sup>337</sup> SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Tradutora Silvina Bacigalupo. Madri: Tecnos, 2002. p. 289. Schunemann considera que os dois sistemas são “rivais”, no que ousamos discordar, já que o que ocorreu foi uma aproximação e compatibilização de ambos os sistemas.

<sup>338</sup> SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Tradutora Silvina Bacigalupo. Madri: Tecnos, 2002. p. 290.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 292. Schunemann diz que em 1980 realizou entrevista pessoal com um número significativo de juízes, promotores e advogados e que estes referiram que os acordos ocorriam entre 25 e 35% dos casos penais e que 95% dos juízes e promotores e 83% dos advogados consideravam que os resultados obtidos eram satisfatórios. Desde então ele não realizou nenhuma pesquisa com maior amplitude, mas com base em informes práticos que ele próprio recolheu está seguro de que os acordos ocorrem em pelo menos 50% dos processos penais alemães.



seus procedimentos penais, não obstante fossem fortemente arraigados à tradição inquisitiva. Para Schunemann não se pode duvidar que a introdução do *plea bargaining* constitui uma ruptura com as tradições centenárias do processo penal europeu continental, que afeta nosso conceito de Direito Penal e, com isso, de certa forma, a separação fundamental para nossa sociedade entre sistema jurídico e sistema econômico. E assim o conclui, entre outras razões, porque os acordos parecem ser, à primeira vista, uma forma de desonerar o sistema judicial da enorme sobrecarga de processos acumulados em seus escaninhos. O pesquisador alemão considera enganosa a conclusão de que a inserção do *plea bargaining* tenha retirado o processo penal europeu de sua crise, mas, ao revés, sustenta que precisamente a adoção do procedimento norteamericano aguçou a crise preexistente<sup>341</sup>.

Schunemann reconhece que os acordos penais podem “descargar a la justicia de la enorme cantidad de procedimientos y de la elevada duración de los mismos” e que permitiriam substituir a ideia de retribuição por “un concepto racional de prevención, a través del cual se acentua la necesidad y la legitimidad de formas de solución basadas en la economía procesal y orientadas al consenso”, pois devido ao concerto dos participantes, parece possível um fortalecimento das normas e da dinâmica da ressocialização, incrementando uma legitimação não alcançável pelo rito processual tradicional. Todavia, alerta que estas utilidades do *plea bargaining* não se sobrepõem à ausência de medidas cautelares capazes de conter os seus abusos, contra alguns princípios basilares do Direito Penal europeu, como a presunção de inocência. Para o autor, ademais, não há como desprezar outro princípio central do processo penal continental: a busca da verdade real como um dever judicial que fica comprometido no sistema da *plea bargaining*, porquanto, no jogo de negociações, o vencedor nem sempre está na melhor posição jurídica, mas comumente conta com mais poder econômico ou político. Schunemann, que se perfilha à tutela dos interesses intermediários mediante uso do Direito Penal e que, portanto, sustenta uma visão expansiva do sistema penal, censura a admissão do sistema negocial em matéria penal, por antever riscos, precisamente, para a

---

<sup>341</sup> SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Tradutora Silvina Bacigalupo. Madri: Tecnos, 2002. p. 293.

efetividade do Direito Penal econômico, no qual acusados mais poderosos, poderão se valer de sua influência, para obterem acordos mais vantajosos<sup>342</sup>.

Para o catedrático de Munique, ainda é necessário pôr de manifesto a falta de concordância entre os acordos penais e os fins do Direito Penal, pois, na obtenção de acordos, mais por adesão do mais fraco ao mais forte do que por um consenso substantivo, não há qualquer garantia de que se tenha alcançado a verdade real, na medida em que a justiça do caso concreto se perde pelo caminho e a culpabilidade do apenado, condição de legitimidade da pena, é deixada de lado em troca da praticidade da transação penal. A dosimetria, enquanto determinação “séria” da pena é substituída por avaliações subjetivas não fundamentadas e, desde que se admitam atenuações significativas da pena em acordos penais, a própria prevenção geral integradora estaria comprometida, já que ao regressar hipoteticamente o autor do delito ao momento anterior à sua comissão, é forçoso concluir que a ameaça de uma pena essencialmente atenuada para o caso em que esteja o agente disposto a confessá-la para reduzir a duração do processo e da sanção, “sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto de los ciudadanos frente a tales prácticas”<sup>343</sup>.

Este grupo de críticos, justamente representados por Schunemann, aferram-se às tradições inquisitoriais do processo penal continental europeu, para sustentar a incompatibilidade da colaboração premiada com o sistema da *civil law*. Esta crítica, por veicular conteúdo jurídico relevante, merece um enfrentamento mais cuidadoso, pois institutos como o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, a aplicação da sanção penal prisional a partir de um acordo sem o processo penal clássico, a própria voluntariedade do acordo, são questões que demandam indagações profícuas e complexas.

As diatribes contra a colaboração premiada, todavia, não se limitam a argumentos jurídicos densos como os antes citados. Por viés diverso, mediante razões de ordem moral e até sentimental, invocando o caráter “antiético” da delação, situam-se outros observadores internos que condenam a delação ou a colaboração premiada sob o rótulo da “traição”<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>343</sup> SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Tradutora Silvina Bacigalupo. Madri: Tecnos, 2002. p. 299-301.

<sup>344</sup> Nessa toada, Penteado, embasando-se em Franco e Jesus, incompatibiliza a delação e a ética, interpretada como “antítese do utilitarismo”, pois não se justificaria, a pretexto de combater o crime organizado “deformar a sociedade, configurando-a como uma simples reunião de perversos”. Para o autor, mesmo que se denomine de colaboração, do ponto de vista ético, ela continua sendo a

Em efeito, parte da doutrina costuma tratar as hipóteses anteriores à da Lei 12.850/13 sob o designativo de delação premiada, ao passo que o meio de obtenção de prova desta lei é denominado, inclusive literalmente, colaboração premiada. A expressão delação, preferida pelos detratores do instituto, já veicula em si o sentido depreciativo que colimam intensificar<sup>345</sup>. O delator lembraria em sua imagem, figuras desprezíveis para a cultura cristã, como Judas Iscariotes ou, para a cultura clássica, como os traidores de Viriato<sup>346</sup>, os acusadores de Sócrates, ou mesmo, na história do Brasil, a delação levada a efeito por Joaquim Silvério dos Reis contra os inconfidentes mineiros.

Embora a Lei 12.850/90 tenha optado pela expressão “colaboração premiada”, a “delação premiada” pode ser utilizada como sinônimo. O fato é que em cada uma delas predomina uma posição relativa no processo. A colaboração seria o termo mais adequado *ex parte principis* já que o Estado, no exercício do *jus puniendi*, resulta beneficiado pelas informações e provas apresentadas pelo colaborador. De igual modo, o próprio investigado/acusado que presta estas informações prefere ser denominado colaborador a delator, já que, em face do sistema legal, está cooperando com a Justiça, ainda que o faça com o propósito de beneficiar-se do prêmio oferecido. A conjuntiva “delação premiada” sugere o ponto de vista do terceiro indigitado pelo colaborador como coautor das práticas

---

consagração da traição. FRANCO, Alberto Silva; JESUS, Damásio de. Delação premiada (art.). In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 639.

<sup>345</sup> Neste sentido, Assunção cita Aras (2015), para quem “por rigor técnico, indicamos a correção da denominação ‘*colaboração processual premiada*’. Não é adequada a utilização do termo ‘arrependido’, porque nem sempre o colaborador arrependeu-se. Por outro lado, repudiamos o *nomen iuris* ‘réu colaborador’ porque nem sempre o agente colaborador é réu. Também deve ser evitado o uso da expressão ‘delação premiada’, pela sua carga simbólica carregada de preconceitos, e por sua incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que não se limita à mera *delatio*” (ARAS, Vladimir, 2015 *apud* ASSUNÇÃO, Bruno Barros de. Análise econômica da colaboração premiada – instrumento de investigação e estratégia de defesa (art.). In: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Sistema de justiça criminal**. Brasília, DF: ESMPU, 2018. p. 15, nota 01. Na mesma trilha, Pereira assinala que denominações como delação premiada e arrependidos não contribuem para definir o instituto da colaboração premiada, pois transmite a ideia de que bastaria alguém delatar seus parceiros de crime para ver-se beneficiado, assinalando o acordo de colaboração com uma conotação imoral, ignorando o conteúdo do instrumento que “abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação da organização criminosa, e ainda à recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações”. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31-32.

<sup>346</sup> Trata-se do assassinato do líder lusitano Viriato que resistiu ao cerco romano e foi assassinado por seus próprios companheiros, os quais teriam reclamado depois o recebimento de recompensa de Roma, mas foram executados pelo Império e ostentados em local público com os dizeres: Roma não paga traidores (“Roma traditoribus non premiae”).

criminosas relatadas, pois, sendo ele o objeto das informações prestadas pelo colaborador, é razoável que interprete toda a operação de que fora alvo como uma delação, de modo que, outra crítica que se levanta contra o instituto está em que a delação, isoladamente, não poderia servir de base à condenação do delatado, crítica que se revela impertinente como se verá, já que a lei apresenta esta ressalva.

Outra objeção que se faz à colaboração premiada é a de que o processo acabou por se tornar um luxo reservado apenas àqueles que estejam dispostos a enfrentar seus custos e riscos<sup>347</sup> e, considerando as circunstâncias em que ocorre, o *plea bargaining* “é a tortura reinventada, mesmo que nenhuma gota de sangue escorra do corpo do acusado”<sup>348</sup>, bastará que notícias sejam divulgadas de que alguém esteja por ser acusado formalmente para que, mesmo sem provas consistentes, a aversão contra o acusado inicie no meio comunitário, forçando a prática de acordos.

Por fim, objeta-se muito que as colaborações foram obtidas a partir de delatores presos preventivamente que, nesta condição, premidos pela angústia do cárcere, viram-se forçados a delatar coautores, forçando, deste modo, qualquer semelhança entre o procedimento de prender cautelarmente para obter delação, com a tortura admitida no passado para obter confissões<sup>349</sup>.

Estas e outras objeções não surtiram efeitos no processo legislativo que culminou por aprovar a Lei 12.850/2013 e traz em seu bojo a previsão da colaboração premiada. De qualquer modo, necessário apresentar contrapontos a

---

<sup>347</sup> Coutinho e Carvalho citam trecho da jurisprudência norteamericana, crítica ao instituto da *plea bargaining*, segundo o qual ele possibilita um elevado risco de que os acusados, ao optar pela barganha, “sejam impedidos de exercer seu direito a um julgamento”. Ainda invocam doutrinadores críticos nos EUA para quem “a verdade é a maior vítima do processo de *plea bargaining* [...]”. O terror e não a verdade são sua marca”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado (art.). In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos Rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 309.

<sup>348</sup> Os mencionados autores citam três réus norteamericanos que resistiram à acusação, enfrentaram a execução pública e não foram condenados, como exemplos dos problemas que a delação premiada pode ocasionar. *Ibid.*, p. 309.

<sup>349</sup> Neste sentido, Badaró alerta que, em determinados casos, um arcabouço de confissões e de recuperação de ativos milionários, pode engendrar uma versão oficial dos fatos que o delatado, isoladamente, não tenha como confrontar. “E esse investigado, normalmente preso cautelarmente, com todo seu patrimônio sequestrado, sem qualquer perspectiva de cessação de tais medidas a curto prazo, e diante de uma prognosticada condenação severíssima, mesmo sendo inocente, poderá optar por se autoincriminar, quase que aderindo a essa colaboração premiada que se transformou em um contrato de adesão, para garantir uma punição que, embora indevida, será mais branda e menos injusta que a condenação daquele que resistir”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 10.

estas críticas, a fim de apurar o acerto do legislador com regulamentar instituto que, ao depois, acabou por revolucionar as relações entre Direito e Política no país.

#### 4.1.5 Contraponto às Objeções à Colaboração Premiada

Não há como negar que todas as objeções apresentadas em âmbito doutrinário ao instituto da colaboração premiada estão instruídas por respeitáveis argumentos históricos, políticos ou jurídicos. Todavia, após a previsão legal da colaboração premiada, especialmente desde sua conformação legal pela Lei 12.850/2013, o sentido das críticas restou circunscrito ao âmbito da política criminal e, diante desta situação normativa consolidada, somente seria cabível cotejá-la com a deonticidade constitucional. De qualquer modo, não se pode recusar a discussão do tema, mesmo neste plano principiológico, enfrentando os argumentos de ordem moral esgrimidos contra o instituto, o qual já foi admitido nas instâncias superiores, inclusive no Supremo Tribunal Federal, produzindo resultados processuais e político-econômicos nada tímidos<sup>350</sup>.

Mas, se é verdadeiro que parte das críticas, especialmente aquelas formuladas antes da Lei 12.850/2013, brandiam argumentos emotivistas, atacando acerbamente o instituto, com razões ideológicas ou sentimentalistas, mais recentemente, a maioria das apreensões esboçadas não colima simplesmente revogar ou declarar inconstitucionais os novéis instrumentos investigativos já concedidos pelo legislador e inseridos nos ordenamentos jurídicos com a finalidade, ao menos em tese, de controlar as manifestações mais graves da moderna criminalidade. Estas fundadas apreensões concentram-se em dois aspectos de inteira pertinência referentes à pretensão de reforço nas técnicas investigativas: a relação custo-benefício na adoção de novos institutos jurídicos para o enfrentamento eficiente da criminalidade atual; e a definição dos limites à ampliação desse

---

<sup>350</sup> Pereira, invocando Luigi Seminara, para quem a colaboração premiada é um instrumento necessário ao Estado Democrático de Direito que, dele deve valer-se para observar internamente as organizações criminosas, sustenta que “a par de que seja um debate impregnado de fortes considerações políticas, e mesmo de valoração ética e ideológica, impõe-se ao menos a tentativa de seguir para além, com a inserção da questão no âmbito dos direitos fundamentais, procedendo-se a uma aferição quanto à legitimidade constitucional do instituto elaborada a partir da máxima da proporcionalidade, e de outros princípios constitucionais que se projetam no tema, buscando equacionar racionalmente os custos e benefícios, como refere Seminara: “*senza ideologismi o sentimentalismi*”. PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufergs**, Porto Alegre, n. 8, p. 99, 2013.

instrumental que pressupõe reforço do *jus puniendi* em face do *status libertatis* individual.

A colaboração premiada ingressa em nosso ordenamento após as manifestações populares de junho de 2013, antes referidas e, após a promulgação da Lei 12.850/2013. Ela foi a grande protagonista da Operação Lava Jato, na medida em que ensejou uma gama inimaginável de conhecimento das estruturas internas de organizações criminosas em ação no país, permitindo negociações complexas, com resultados impactantes sobre o sistema econômico e político do país, causando perplexidade para observadores externos e até surpresa para operadores do sistema judicial. A subsequente reflexão jurídica e democrática vem moldando o instituto no encomiástico escopo de equilibrar o propósito de eficiência da ação estatal no enfrentamento da criminalidade moderna com um *standard* normativo capaz de evitar um protagonismo negocial irrestrito com consequentes riscos aos direitos fundamentais.

Concorda-se com Rosa, quando assevera que “o momento é o de acomodação democrática de significantes inovadores do modo como se produz verdades, acordos, direitos e garantias, informada por lógica distinta” e que, a despeito de que o instituto possa produzir perplexidade em observadores externos, não iniciados nos novos mecanismos de investigação, quando se tratar de observadores internos, revela desatualização profissional, o jurista que insiste em “excluir o instituto da delação do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e a decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais”<sup>351</sup>. Parte da insistência em rejeitar a colaboração premiada se baseia em argumentação emotivista, incapaz de auto-observação da própria compreensão enquanto *a priori* hermenêutico que deve ser questionado antes de abrir-se à compreensão do novo mecanismo de obtenção de provas e de negociação em matéria penal.

---

<sup>351</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018. p. 338-339.

#### 4.1.5.1 A Argumentação Emotivista e a Estrutura Prévia da Compreensão em Gadamer

Como se viu na seção anterior, grande parte dos argumentos manejados contra a colaboração premiada têm natureza emotivista, ocultando razões ideológicas mais profundas, relacionadas à forma como a colaboração ingressa no Brasil, já atingindo, desde seu limiar, altos escalões governamentais, capazes de mobilizar parte da opinião pública contra o instituto. Em efeito, as críticas não tinham maior ênfase no caso das transações penais ou suspensões condicionais de processos, aplicadas desde a Lei 9.099/95 em casos penais relativos a crimes de menor ou médio potencial ofensivo<sup>352</sup>. Tampouco as pretéritas previsões legais de delações nas Leis 8.072/90, 9.034/95, 9.080/95 e 9.613/98 causaram maior reação no marco doutrinário. A aversão veio com o advento e efetiva aplicação da Lei 12.850/2013 e, para tanto, lançou-se mão dos mais variados argumentos, especialmente aqueles de natureza moral e emotiva.

Embora não seja vedado valer-se de argumentos emocionais em debates científicos, seu peso deve ser avaliado com parcimônia, pois a função dos argumentos emotivistas não é descrever fatos tais como eles são simplesmente, mas antes a de influenciar pessoas gerando atitudes, ou seja, “eles têm uma função emotiva além da sua função cognitiva”. Emotivismo, deste modo, pode ser definido como a tese metaética segundo a qual o discurso moral, em lugar de explicitar valores objetivos, expõe o pensamento subjetivo do orador com o escopo de levar a assistência a agir consoante os interesses expostos no discurso. Alexy sumariza o pensamento de Charles Stevenson, autor de uma das mais relevantes versões do emotivismo, aduzindo que por significado emotivo da palavra, este autor entende “o poder que a palavra adquire, levando em conta sua história em situações emocionais, para evocar ou diretamente expressar atitudes”, diferentemente de descrever fatos ou enunciar argumentos de modo técnico, objetivo e imparcial. Deste modo, buscam-se mecanismos flexíveis de sugestão com relação aos quais a

---

<sup>352</sup> As principais críticas contra a justiça penal negociada, introduzida no Brasil pela Lei 9.099/95, se deram em um âmbito deveras repressivo em que praticamente se adotou e se adota uma política criminal de Direito Penal máximo ou de tolerância zero que é o que ocorre na violência doméstica e familiar contra as mulheres. No marco da violência de gênero, a política criminal adotada, inclusive com o suporte do STF, foi a de afastar qualquer possibilidade de negociação – transação penal e suspensão condicional do processo – ou de decisão da vítima acerca do seguimento do processo.

maioria dos ouvintes sequer está consciente da pressão psicológica exercida pelas palavras emocionais. No caso da colaboração premiada, designá-la por “traição” ou adjetivá-la de “antiética”, tem naturalmente o propósito de recorrer ao emotivismo, não raro inconsciente da sociedade, para influenciar negativamente a opinião pública<sup>353</sup>. A tese básica desta teoria de argumentação moral emotivista é a de que, na maioria das hipóteses, as relações entre as razões aduzidas a favor ou contra uma norma e a norma em si mesma “não são razões lógicas (quer dedutivas ou indutivas), mas apenas *psicológicas*”<sup>354</sup>.

E quanto a estas razões psicológicas, que predominam nas pré-compreensões intérprete, é necessário atentar à reflexão já levada a efeito por Gadamer, para quem é imprescindível uma constante correção da autocompreensão que atua permanentemente na compreensão. Necessariamente, a compreensão da linguagem vertida em um texto requer a elaboração prévia de um projeto que será constantemente renovado para que se tenha avanço na apreensão do sentido. A proposta é manter um constante interpretar até que os conceitos prévios deixem de sê-lo, e ao longo da comunicação, sejam substituídos por outros conceitos novos mais sintonizados à temporaneidade. É necessário afastar-se do círculo fechado das opiniões prévias, abrindo-se para a opinião do outro ou do texto, mostrando-se receptivo à alteridade textual<sup>355</sup>.

Mas como escapar ao circuito fechado das próprias opiniões prévias ou auto-pré-compreensões? Para Gadamer, aquele que quer compreender, fazer uma interpretação correta, adotar um comportamento reflexivo diante da tradição, tem de proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”. Não pode entregar-se de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, mas deve estar disposto a deixar que estas lhe digam algo. Tal se dá com a abertura para a opinião do outro ou do texto, colocando-a em relação com a própria. Quem quer

---

<sup>353</sup> Bombardelli relaciona inúmeras expressões de conteúdo emotivista utilizadas em artigos doutrinários para depreciar a colaboração premiada, indicando em seu texto seus autores e respectivas obras, são elas: “extorsão premiada”, “pacto macabro”, “suave inquisição”, “pandemia virótica” a contaminar membros do Ministério Público, “caixa preta do processo penal brasileiro”. BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 21, nota 16.

<sup>354</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchin son Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 51.

<sup>355</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004. p. 358.



compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso uma consciência formada hermeneuticamente deve ser receptiva à alteridade, sem neutralidade, mas com apropriação dos próprios preconceitos a fim de que o texto possa apresentar sua alteridade, confrontando sua verdade (do texto) com as opiniões prévias do intérprete<sup>356</sup>.

Estas opiniões prévias integram um potente arcabouço de comportamentos, opiniões, crenças e atitudes que apreendemos do mundo desde que iniciamos nossos processos sociais de aprendizagem. Ele impõe um compromisso de coerência com cada nova informação (*input*) advinda do ambiente e introduz os conceitos de consonância e dissonância cognitiva. Toda nova informação que estiver de acordo com o conjunto de pré-compreensões será consonante com nossa condição de ser no mundo, já o *input* que destoar de nossos preconceitos, revelará uma dissonância cognitiva, impondo ao sujeito que manipule (consciente ou inconscientemente) as razões para manutenção de suas crenças primevas, “em geral, o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita etc.) o que não convém. O **efeito do compromisso** se manifesta, justamente porque a premissa é mantida, mesmo com o incremento de informação contrária” (grifo do autor)<sup>357</sup>. Deste modo, nossa memória de trabalho e seu tempo de ação são limitados e, para reduzir esforços, necessitamos criar mecanismos de decisão prontos e ágeis, que produzam padrões de comportamento decisório. Estes mecanismos são denominados “heurísticas” que costumam ser muito úteis no cotidiano, estando atrelados à ideia de rotina, mas que, podem ensejar armadilhas cognitivas, desde que não sujeitas à devida reflexão.

Eis a dificuldade que se impõe de antemão ao enfrentamento de um tema como a colaboração premiada: ela rompe com pré-compreensões arraigadas acerca da tradição de indisponibilidade do processo penal. O ideário penal da tradição da *civil law* não imagina como alguém possa cumprir uma pena por vontade própria, quando isso lhe parecer conveniente. Há um conjunto de conhecimentos prévios – legais, doutrinários e jurisprudenciais – que produzem uma dissonância cognitiva em relação ao assunto, alçando toda a sorte de argumentos em contrário do instituto com o propósito de desqualificá-lo, a despeito de se tratar de instrumento para

---

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>357</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018. p. 53-54.

obtenção de provas previsto em lei, ou seja, produzido sob auspícios de legitimidade democrática, que já produziu efeitos significativos no exterior e mais recentemente em nosso país.

Assim, primando invocarem-se razões de ordem moral, recita-se o mantra da analogia entre colaboração ou delação, como preferem os críticos, e traição, aludindo-se a figuras históricas como Jesus Cristo, traído por Judas; ou Tiradentes, delatado por Joaquim Silvério dos Reis, só para citar os mais conhecidos. Todavia, estes exemplos não se prestam à analogia com a figura da colaboração premiada, pois os “traídos” ou delatados não eram criminosos, mas líderes religiosos, filosóficos ou políticos, perseguidos por tais razões. Ainda que se considerasse a delação, uma traição, no sentido literal da palavra; no caso das organizações criminosas, há uma traição pretérita bem mais grave – os crimes praticados e ainda por praticar – que representam uma particular visão de mundo do agente criminoso, o qual se nega a acatar as limitações à liberdade pessoal impostas no contrato social<sup>358</sup>.

Admitir-se que a revelação de dados internos à organização criminosa seja um comportamento eticamente reprovável, é reconhecer como legítima e defensável socialmente, a ética do crime, representada na *Omertá*, a lei do silêncio que vige em toda criminalidade minimamente organizada e que se materializa na fidelidade entre os desviantes e no silêncio em face das autoridades encarregadas do enfrentamento ao crime. Se a ética, representa um arcabouço de conhecimentos e práticas sociais, de fundo eminentemente axiológico, fundado na ideia do bem e do justo, o dever de lealdade do associado criminoso para com sua organização, quando presente, encontra sentido em sistemas próprios, presididos por subculturas criminosas, dado que as ações são voltadas justamente à destruição de bens e valores assegurados em lei à comunidade jurídica dominante. Daí porque a violação de segredos da organização criminosa não deve ser considerada eticamente reprovável<sup>359</sup>.

---

<sup>358</sup> Ademais, é preciso convir que o prêmio penal não é expressão de um valor moral, mas sim o reflexo de um propósito político-criminal, de modo que “não responde a uma racionalidade concernente ao valor, mas a uma racionalidade relativa ao propósito” que interessa em concreto à investigação estatal, tendo pouca relevância os propósitos morais que supostamente conduzam o colaborador a desistir da organização criminosa. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 28.

<sup>359</sup> Mesmo assim, parte da doutrina insiste na ilegitimidade da colaboração premiada, entre outros motivos por conta da alegada falta de ética do colaborador para com seus comparsas. Por vezes parecem extrapolar qualquer racionalidade e ingressar sem reservas no plano da emotividade. É o caso de Bittencourt que, ao apresentar obra de Marcos Paulo Dutra Santos, assim se expressa: “no entanto, questionamos nós, poder-se-á chamar de ‘justiça negocial’ ou *acordo espontâneo*,

Outra crítica, comumente aduzida contra a colaboração premiada, é a de que alguns cúmplices, encurralados pelas evidências que potencialmente os submeterão à pena criminal, esforçam-se por delatar outros cidadãos, até mesmo inocentes, no propósito de criar entraves processuais ou afastar a culpa de si próprios. Tal argumento, entretanto, não sobrevive à regulamentação legal, contida na Lei 12.850/2013 do benefício em pauta, pois: a) o prêmio está condicionado à efetividade da colaboração; b) não se pode condenar ninguém apenas com base na colaboração e, c) está tipificado no art. 19 da Lei 12.850/13, o crime de falsa colaboração<sup>360</sup>.

Por outro lado, os sentimentos que, no âmago da alma, levam alguém a delatar seus comparsas são irrelevantes para o Direito, podendo ensejar apenas julgamentos morais. Aqui cabe proceder à clássica distinção entre ação espontânea e ação voluntária, que a dogmática penal há muito sacramentou para as hipóteses premiais excludentes de tipicidade da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Basta que a delação seja voluntária, não se exigindo seja espontânea, isto é, a motivação que inspira o ato não importa, sendo suficiente que a ação não tenha resultado de coação externa ou de erro induzido por terceiros. A confiabilidade da delação, portanto, não requer uma avaliação psicológica para prospectar os sentimentos que o delator nutre em relação aos delatados, se de inveja ou vingança, por exemplo; o critério para avaliar a idoneidade do ato será a corroboração

---

como exige nosso texto legal, a ‘opção pela *colaboração premiada*, após o cidadão estar encarcerado por longo período – quando já exaurido, deprimido, esgotado e desprotegido, pressionado pelas misérias do cárcere (Carnelutti) ‘aceita’ *dedurar* seus comparsas, aliás, como acontece na cognominada ‘operação Lava-Jato’? Pode-se sustentar a legitimidade da *deslealdade legal*, como favor legal ao delator nessas circunstâncias? Mesmo naquelas que os ‘negociadores do estado’, ao contrário do que ocorre com a Lava-Jato, não impõem renúncia a direitos e garantias asseguradas na constituição federal como cláusulas pétreas? A resposta a essas indagações o Supremo Tribunal Federal um dia terá que dá-las”. BITENCOURT. Cezar Roberto. Apresentação. In: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 13-14.

<sup>360</sup> A crítica em referência foi apresentada, entre outros, por ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **A prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, baseando-se em argumento de autoridade do doutrinador Carl Mittermayer, escrito na primeira metade do Século XIX. Como acentua Bombardelli, “atualmente, com a vigência da Lei 12.850/13, não restam dúvidas quanto à existência desses dispositivos de segurança para a técnica da colaboração premiada, pois além de inviabilizar condenação lastreada em mera palavra de colaborador e exigir efetividade da contraconduta para concederem-se os prêmios, ela também criminaliza declarações mendazes”. BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 22.

probatória, enquanto o móvel subjetivo, obviamente, é a obtenção do prêmio, que constitui “um dos fulcros do funcionamento desta técnica de investigação”<sup>361</sup>.

Na esteira das críticas de traço moral esgrimidas contra a colaboração premiada, outro argumento repisado contra o instituto está em dizer que sua adoção seja a admissão do vituperado brocardo segundo o qual, “os fins justificam os meios”. Na realidade, em se fazendo justiça à lógica mais trivial, sempre os fins justificam os meios, pois para alcançar seus fins o homem racional precisa eleger meios, mas não “quaisquer” meios, senão apenas aqueles que se revelem proporcionais à gravidade dos fins, impondo-se uma proporcionalidade moral entre meios e fins. Se o combate eficiente às organizações criminosas, com todos os seus conhecidos prejuízos sociais, não é um fim suficientemente relevante para a sociedade se comparado à preservação da fidelidade entre os membros de organizações criminosas, então há que dar razão àqueles que se opõe ao uso da colaboração premiada, alegadamente antiética, porque fragilizaria a solidariedade entre os componentes do grupo criminoso, e, em tal caso, efetivamente não se poderia lançar mão da mencionada técnica investigatória. Mas, para os que entendem que as organizações criminosas podem crescer tanto a ponto de colocarem em risco os próprios Estados Democráticos de Direito, sendo inadiável o seu eficaz enfrentamento, então o uso da colaboração é um meio proporcional ao fim perseguido. Neste ponto, concorda-se plenamente com Mendroni no sentido de que o bom manejo da colaboração premiada importa em investigações mais céleres e eficientes, ademais é lícito supor que “a ‘ética’ seja um valor moral de menor agressividade do que a prática de um crime, ou melhor, do crime que comporta a aplicação da medida de delação premiada” de modo que, “na hipótese de confronto de ambos, não parece incoerente sacrificar tópicos de ética em troca da restauração da ordem pública abalada pela prática de crime grave”<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 27. A esse respeito Benitez Ortúzar já assinalou que, além dos benefícios processuais da atenuação da pena por conta da confissão espontânea ou do arrependimento posterior, os quais têm requisitos e benesses deveras limitativos, o legislador pode ir mais além, estabelecendo prêmios maiores sempre que julgar convenientes, “en estos casos, siempre se exige el requisito de la voluntariedad de la contra-conducta realizada por el reo, pero no en todos los casos se requiere la espontaneidad de la misma”. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **Colaborador con la justicia**: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykinson, 2004. p. 38.

<sup>362</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 152.

A interpretação do instituto depende das pré-compreensões que vicejam no íntimo do intérprete. Efetivamente muitos autores de textos doutrinários, por conta de suas historicidades individuais, atuações profissionais ou simpatias políticas, somente divisam o horizonte individualista dos investigados ou acusados, enquanto a grande massa de vítimas reais ou potenciais permanece para eles enevoadada, quando não eclipsada, e a responsabilidade por apresentar provas para a condenação remanesce com um problema do Estado-administração, que deve suportar todos os bloqueios e obstruções passivamente, como se o imputado fosse sempre uma parte hipossuficiente.

A proposta aqui esboçada pressupõe sejam conjugados no processo penal, além da defesa das garantias e liberdades, outros bens de dignidade constitucional, tais como a operatividade instrumental da persecução penal, oriunda de uma imposição de resposta eficiente à criminalidade, sem prejuízo de uma defesa individual projetada a partir dos deveres de proteção estatal dos direitos fundamentais. Enfim, “o sistema judiciário penal não tem unicamente a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos acusados, mas também se move pelo propósito de fazer valer imposições de investigação e acerto dos fatos delituosos, bem como de punição dos criminalmente responsáveis”<sup>363</sup>.

A argumentação emotivista insiste no apelo à ideia de traição, invocando exemplos históricos ou bíblicos antes referidos, como se ética fosse um conceito aplicável igualmente entre atividades lícitas e ilícitas<sup>364</sup> e fosse justo, ao menos moralmente, reforçar ou estabilizar os vínculos de fidelidade entre criminosos, embora a fidelidade ao Direito seja considerada um valor irrelevante. Critica-se, deste modo, a lógica da colaboração como um ato racional, no sentido matemático, capaz de produzir “danos à ética”, os quais sequer são bem esclarecidos<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufergs**, Porto Alegre, n. 8, p. 97, 2013.

<sup>364</sup> Se tomarmos como referência a ética como um valor exclusivamente intrassistêmico, então é possível concluir que existe uma ética interna para as organizações criminosas ou para subculturas criminais, mas esta ética não pode ter um valor externo, imponível perante o Estado democrático de direito que tem, entre suas funções, a de impor sua legislação e enfrentar estas organizações criminosas.

<sup>365</sup> “O fascínio desse jogo – simples, mas de implicações amplas – é que permite conduzir aos domínios matemáticos questões como castigo, vingança, culpa, perdão, traição, cooperação, isto é, propicia que a ética deixe de ser considerada como reação emocional e passe a ser uma postura racional. Do ponto de vista da vantagem individual, nesse jogo, a não-delação é a opção irracional e o dilema dos agentes reside no desconhecimento da conduta de seu co-imputado, restando ambos influenciados reciprocamente pelo silêncio ou delação do outro na dosimetria de suas penas (lançando-se a métrica da culpabilidade penal num tabuleiro de apostas

Bombardelli refuta o argumento, indagando se os danos à ética seriam os propósitos previstos em lei, tais como: a redução da pena do colaborador, a identificação dos demais agentes, a localização da vítima com sua integridade física preservada, a recuperação do produto do crime ou a devida punição àqueles que se mantiveram na ação criminosa até o último momento?<sup>366</sup>

Na sequência, a despeito da crítica pertinente de Schunemann, para quem a colaboração é um instituto próprio da *common law*, pretende-se mostrar que o instituto não é incompatível com a *civil law*, sendo suficiente sua adequação legislativa tal como já ocorreu em países de legislação bastante adiantada como Alemanha, Espanha e Itália.

#### 4.1.5.2 A Compatibilidade Jusfilosófica entre o Plea Bargaining e a Civil Law

Quanto ao argumento de que o *plea bargaining* é próprio da *common law*, deduzido por Schunemann entre outros e acima delineado, é conveniente lembrar que o uso de prêmios é comum também no Direito Penal ocidental como se demonstrou acima e inclusive ocorre de longa data. Ademais, não se vislumbra incompatibilidade entre o prêmio em questão e o sistema acusatório que também é adotado no regime da *civil law*, na medida em que o direito ao contraditório não pode ser considerado indisponível. Entre outros motivos, a disponibilidade do processo tradicional já foi admitida em nossa legislação no tangente aos crimes de menor ou médio potencial ofensivo em que se aplicam os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo desde que haja conformidade do acusado e de sua defesa técnica com a proposta do Ministério Público, os quais, assim, renunciam ao contraditório. Em tais casos, o acusado não admite culpa, por se tratar de delitos de menor ou médio potencial ofensivo. Já a colaboração pressupõe a admissão de culpa e inclusive negociações sobre a pena, que pode ser prisional, e o regime de cumprimento, mas é preciso convir que sua aplicação ocorre em crimes de maior gravidade, praticados no seio de organizações criminosas. Como exemplo do que já

---

matemáticas). Justificados, pois, os brados do corifeu do humanismo penal no Brasil, René Ariel Dotti, para quem 'o processo penal não pode ser um jogo'. Mas é. A dano da ética e da culpa penal, mas é." BALDAN, Edson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. *Boletim do IBCCrim*, v. 13, n. 159, p. 4, fev 2006 *apud* BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 32.

<sup>366</sup> BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 32-33.

se disse sobre a decisão de praticar um crime como uma escolha calculada, ainda mais quando se trate de criminalidade econômica, também a decisão de colaborar com a justiça é uma deliberação livre e racional do colaborador que pode procedê-la tão somente por conta dos benefícios que possa obter<sup>367</sup>.

Ao longo desta tese, tem-se usado os termos *plea bargaining* (barganha) e colaboração premiada como sinônimos; a colaboração premiada, todavia é uma espécie do gênero barganha, porquanto, como alerta Bombardelli, a colaboração tem a confissão do suspeito como um meio para a investigação de provas contra outros agentes, e, portanto, não colima economizar recursos da atividade persecutória (tempo e trabalho dos investigadores), mas ampliar a eficácia do aparato repressor do Estado alcançando maior número de processados e, possivelmente, condenados, logrando maior êxito na suspensão das atividades criminosas e na tutela do bem jurídico. Ao contrário, “a confissão é mero requisito para iniciar a atividade colaborativa e esta, potencialmente, aumenta a carga de trabalho da polícia, do ministério público e da magistratura”<sup>368</sup>. Destarte, criticar a colaboração premiada a partir do *plea bargaining* com o argumento de que o mecanismo se destina a reduzir trabalho não é justo, pois, em realidade, e a experiência o vem demonstrando à saciedade, a colaboração aumenta sobremaneira o trabalho dos órgãos de justiça penal.

O sistema processual penal brasileiro adota princípios compartilhados em todos os ritos provenientes da *civil law* como a presunção de inocência e o direito do investigado/réu ao silêncio e até a falsear a verdade sem que isso lhe cause qualquer prejuízo no julgamento. Tais garantias situam o acusado em posição inicial vantajosa e só se espera que ele venha a colaborar com a justiça, no escopo de alcançar alguma redução punitiva, se concluir que estará sujeito a uma acusação eficaz, instruída por convincente carga probatória. A histórica ineficiência do sistema penal não justificava atitudes como a colaboração premiada, pois os acusados

---

<sup>367</sup> Leciona Benitez Ortúzar que “un hipotético ‘derecho penal premial’ se caracterizaría por el establecimiento de unas expectativas de obtención de un premio que incentive al sujeto responsable de un determinado delito de tal modo que le seduja más la confesión de su participación en el mismo y su colaboración activa con la justicia, que la utilización del derecho constitucional a no declarar-se culpable y a la presunción de inocencia, con la consiguiente carga de la prueba procesal por parte del que otorga. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **Colaborador con la justicia**: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykinson, 2004. p. 40.

<sup>368</sup> BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019. p. 61.

estavam na cômoda situação de negar os fatos e, diante da repetida ausência de provas, restarem absolvidos: à medida, entretanto, em que as acusações se tornam mais eficientes, o risco de condenações se eleva e a colaboração premiada pode ser outra alternativa à disposição do investigado/réu, como técnica defensiva. Em lugar do silêncio tradicional, a escolha racional do investigado pode ser optar pela colaboração, e como isso o Estado não apenas pode identificar outros envolvidos na organização criminosa, mas recuperar o produto do ilícito e inviabilizar o prosseguimento de atividades ilícitas.

O acusado ponderará que tem um benefício – não ser ou não permanecer preso, não ser processado ou receber uma pena baixa – e um custo (confessar e perder os bens adquiridos ilicitamente). Presume-se uma decisão lógica em colaborar desde que isso literalmente “valha a pena”. Conforme a análise econômica do Direito, o réu vai sopesar os custos e benefícios de fazê-lo, obviamente desde uma perspectiva individualista. De outro lado, o benefício de dismantelar a organização criminosa e recuperar o produto do delito distribui-se para toda a sociedade, especialmente as classes sociais mais vulneráveis. Em contrapartida, os custos privados de não colaborar podem ser elevados para o réu/investigado, ainda mais se este se encontrar preso preventivamente e forem robustas as provas contra si apresentadas.

Neste contexto fático, o investigado/acusado forçosamente avaliará se “o benefício de ser solto, colocado em prisão domiciliar, ou ter a pena reduzida, supera os custos privados de delatar um esquema do qual participou, reconhecendo sua culpa, indicando seus bens ilícitos e apontando os comparsas”. A abordagem antes citada leva em conta a Teoria Econômica do Crime, segundo a qual o agente, por ser racional e maximizador de seus interesses privados, sopesa, em conjunto com a defesa técnica, cuja obrigação é dar-lhe plenas informações sobre as provas existentes e os resultados a que está sujeito, todas as variáveis de riscos decorrentes do crime (probabilidade de sua condenação ou absolvição) em cotejo com os benefícios que o enfrentamento do processo podem lhe trazer (ocultar seus comparsas, resguardar o produto do crime). Assim, a probabilidade de condenação e a quantidade de pena a ser aplicada constituem um custo a ser considerado pelo



agente quando se dispõe a negociar uma colaboração premiada e esse fator é imanente à ideia de um Sistema Judiciário célere e eficiente<sup>369</sup>.

Rosa aplica os aportes epistemológicos da Teoria dos Jogos para o tema da colaboração premiada (que ele prefere denominar delação premiada), lembrando, já de início, que tal teoria tem origem na matemática e, portanto, ela é “profanada”, ou seja, seus conceitos ganham novos sentidos no campo do Direito e especialmente no processo penal, diante de uma mudança de perspectiva desde uma ciência absolutamente exata, para outra que tem por objeto as interações humanas. Alerta, pois, que jogamos desde pequenos, pois é “no jogo e pelo jogo que a civilização surge e se desenvolve”. O autor adverte que a voluntariedade do indivíduo, assim como a observância de regras, são algumas das características formais dos jogos. Assim, o indivíduo decide se quer jogar ou abandonar a mesa de negociação, porém quando está no jogo pode ser “engolfado pelo jogo sem que queira jogar, mas sua alienação sobre o *status* que ocupa pode ser prejudicial”. Assim, não se trata de jogo no sentido trivial de brincadeira ou jogos de azar, pois, embora algum fator aleatório possa estar presente, prevalece a perícia, a estratégia, a informação dos jogadores sobre a pura álea<sup>370</sup>.

A Teoria dos Jogos parte da noção de indivíduo como sujeito situado no mundo, estabelecendo comunicações sistêmicas e suscetível a emoções e apreensões. Neste marco, “a noção de indivíduo otimizador é o ponto de partida da análise econômica”, o qual “faz suas escolhas visando maximizar seus benefícios, obtendo maior utilidade e satisfação em detrimento do menor custo”. Ele realiza uma ação se e somente se os benefícios advindos forem, no mínimo, iguais aos ônus. Não se trata necessariamente de um indivíduo egoísta ou “maquiavélico”, pois a recompensa não sugere nenhum julgamento moral, podendo ser econômica, hedonista ou até filantrópica. Trata-se de análise de microeconomia que explica as

---

<sup>369</sup> FONSECA, Cibele Benevides Guedes; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar. **A colaboração premiada compensa?** Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>. Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>370</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico.** Florianópolis: EModara, 2018. p. 43-45. Lembra o autor que “o preconceito contra o jogo envenena a possibilidade de compreensão adequada da aposta, motivo pelo qual será preciso uma certa dose subjetiva de aposta”, o jogo de que aqui se cuida não é um jogo sujo, uma interação mundana eivada de preconceitos. “O novo ponto de vista – a partir da teoria dos jogos – causa certa repulsa porque rompe, aparentemente com a tradição de ‘seriedade’ dos trabalhos no campo do processo penal. A proposta é levar a sério a interação humana, nada tendo de jocoso, brincalhão ou mesmo abusivo, buscando ser realista”. *Ibid.*, p. 46.

expectativas de comportamento dos indivíduos, desde escolhas racionais, ou seja, parte-se “do pressuposto de que cada jogador/negociador, caso tenha a informação adequada, tomará sempre a decisão que melhor corresponder às suas expectativas de recompensas”<sup>371</sup>.

A corroborar a ideia de jogo e de estratégia, a colaboração premiada frequentemente é cotejada com o famigerado “Dilema do Prisioneiro”, originalmente formulado por Merrill Flood e Melvin Dresher, que consistiria na seguinte proposição: dois suspeitos são presos, mas as provas coletadas para condená-los são insuficientes. Os investigadores separam os prisioneiros, propondo-lhes idêntico acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou resultará perdoado enquanto o cúmplice silencioso cumpre dez anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a seis meses de cadeia cada um. Se ambos reciprocamente se delatarem, confessando e relatando os fatos praticados pelo coautor, cada um suportará cinco anos de reclusão. O dilema está em que cada prisioneiro delibera desconhecendo a decisão do outro. O caso hipotético, mas factível a despeito das enormes diferenças de apenamento, comporta três possíveis soluções (I) ambos os suspeitos confessam a prática delitiva envolvendo-os e recebem uma punição mais branda de cinco anos; (II) apenas um dos suspeitos confessa o crime e delata o comparsa que optou pelo silêncio, restando aquele isento de punição, enquanto o recalcitrante suportará dez anos de reclusão; e (III) ambos os suspeitos permanecem em silêncio e recebem a pena mínima de seis meses. Com certeza, a melhor decisão possível seria ambos ficarem em silêncio, mas a insegurança em relação à decisão do comparsa, com o qual está incomunicável e as consequências do silêncio individual sem idêntico comportamento do coautor, fazem com que a situação realmente configure um dilema de difícil decisão, que, transferido para a colaboração premiada, força a compreensão de que a melhor estratégia de defesa seja colaborar antes dos demais, ensejando maior ganho individual, e, em relação ao Estado, maior avanço nas investigações e eficiência da administração pública.

Desde a perspectiva do indivíduo acusado de um crime Rosa busca desmistificar a ideia de Teoria dos Jogos como ‘má’, demonstrando que o

---

<sup>371</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 49-51.

fundamento da delação reside na dinâmica de incentivos e ganhos a que se submete o sujeito racional, maximizador de suas recompensas, ainda que isso signifique “um comportamento traidor, inescrupuloso, tolerável pelo Estado porque se está falando de trair criminosos e de ser inescrupuloso com comparsas de relações ilícitas” e porque o Estado se autorizou a realização do negócio processual em questão, destinado a ampliar os meios de obtenção de provas, “com base em legítimo interesse de persecução penal”. Há uma superação do processo penal tradicional, onde predominam relações adversariais, por uma interação cooperativa entre delator e Estado, de sorte que a boa-fé deve nortear as condutas e suas interpretações<sup>372</sup>.

Destarte, a constatação de que o *plea bargaining* se desenvolveu primordialmente no *common law* nas últimas décadas não significa necessariamente seja ele incompatível com a *civil law* e com os aspectos tradicionais do devido processo legal. Pode até representar uma revolução paradigmática, mas, tanto formal quanto informalmente, o instituto já era aplicado nos sistemas continentais, havendo, pois, todas as vantagens em trazê-lo para o plano da legalidade com a devida regulamentação e competente aperfeiçoamento.

Nesse sentido, a disponibilidade da ação penal em casos de colaboração premiada se constitui a partir de simples alteração legislativa já procedida na Lei 12.850/13. Não se trata de importar o sistema quase arbitrário da ação penal na *common law*, mas de adotar um sistema regrado e excepcional de disponibilidade da *persecutio criminis* em juízo. Outrossim, atualmente, o sistema processual acusatório ou adversarial é predominante também na *civil law*, sendo até mais compatível com a colaboração premiada.

É natural e previsível a resistência contra o instituto em questão no sistema da *civil law*, porquanto a colaboração premiada contrapõe dois polos tendencialmente opostos, refletindo o conflito latente entre liberdade individual e *jus puniendi* que permeia o Direito Penal. De um lado, está a pretensão de eficiência do sistema penal, que o mecanismo está endereçado a fortalecer e que encontra guarida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; de outro, a legitimidade do sistema, ponderada por sua conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de Direito. Pereira sintetiza com acuidade esta dicotomia histórica do Direito Penal:

---

<sup>372</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018. p. 337.

A experiência histórica e as pretensões latentes nas searas repressiva e de liberalismo demonstram que garantismo e operatividade repressiva estão contínua e estruturalmente em equilíbrio precário, podendo-se mesmo visualizar um ‘pendolarismo’ da legislação e da práxis processual ao refletirem historicamente a exigência de contemplar interesses em potencial conflito, combinando sucessivamente sucessos e excessos nessa tarefa. Constatação que, muitas vezes, passa pela perspectiva oposta de análise: aos defensores das garantias de defesa do indivíduo, há excesso de rigor; na visão do polo oposto, destaca-se uma incapacidade da justiça penal de funcionar em modo adequado<sup>373</sup>.

Não se pode negar que o enfrentamento da criminalidade, seja de massa<sup>374</sup>, econômica ou organizada<sup>375</sup>, emerge como um empreendimento imposto ao Estado e à sociedade em geral, que desafia o emprego prévio de meios não penais. Esta conclusão já concentra elevado consenso e ninguém seria capaz de contestá-la, mas quando já ocorreram ou estão ocorrendo fatos criminosos, tem-se de tratar do assunto enquanto investigação e processo. Em nossos corpos, diariamente temos de prevenir as enfermidades físicas e mentais com práticas saudáveis como oportunizar-se boa e balanceada alimentação, praticar exercícios e atividades que estimulem o raciocínio e a criatividade, mas, se algumas doenças principiam a manifestar-se, será necessário recorrer às medicações mais modernas e eficientes.

---

<sup>373</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufergs**, Porto Alegre, n. 8, p. 98, 2013.

<sup>374</sup> Com acerto Silva-Sanchez quando recorda que a “a globalização como fenômeno econômico não se limita, efetivamente, a produzir ou facilitar a atuação da macrocriminalidade. Também incide sobre a microcriminalidade enquanto criminalidade de massas”. E no ponto acentua que o fenômeno migratório, como uma das consequências da globalização incrementará as camadas de população mais pobre, resultando em crescimento da criminalidade e do punitivismo. Este fenômeno já ocorreu com as migrações do campo para as cidades por conta da industrialização e agora ocorre entre países. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.

<sup>375</sup> Quase toda criminalidade econômica é organizada, pois é ínsito ao conceito de criminalidade moderna, ao menos uma aspiração a organizar-se, dividindo tarefas, cooptando agentes públicos, valendo-se de pessoas jurídicas, despersonalizando a ação criminosa que é praticada com distanciamento temporal ou espacial entre o centro de decisão e o de operação. É possível, naturalmente, que ocorra alguma criminalidade econômica menos organizada por conta de uma atuação mais individual, como a comercialização de produtos impróprios ao consumo por iniciativa de pequenos comerciantes ou danos ambientais praticados isoladamente por pequenos agricultores ou microempresários. Já no que toca a criminalidade de massa, a nota característica mesmo é a ausência de organização em casos de furtos ou roubos, mas existem quadrilhas especializadas em tráfico de drogas, armas e roubos. Em tais casos, enquanto não se trate propriamente de criminalidade moderna, no sentido especificado neste trabalho, porquanto se cuide da tutela de bens jurídicos clássicos e tipos de previsão legal mais antiga, a finalidade econômica da atuação situa este tipo de criminalidade em um *tertium genus* entre a delinquência de massa ou de rua e aquela a que denominamos econômica ou moderna. Se de um lado a organização a diferencia da tradicional criminalidade de rua, por outro, o emprego costumeiro de violência real ou psicológica contra pessoas, a distância da criminalidade moderna, em que esta violência é apenas excepcional.

Em tais casos, ninguém pretenderia tratar uma enfermidade grave, valendo-se de medicação ultrapassada, mesmo apesar do agravamento do quadro, apenas por respeito ortodoxo às tradições medicinais. De igual modo, uma vez apurada a ocorrência de infrações penais em níveis elevados, isto significa que os meios preventivos – educação, políticas públicas, controles administrativos e civis – não surtiram efeitos e que a investigação e o processo penal serão chamados à sua atuação sistêmica, desenvolvendo operações que lhes são próprias, impondo-se-lhes uma atuação ao menos eficiente, ainda que não resulte necessariamente eficaz quanto ao efeito punitivo.

Ainda que não seja possível uma harmonização estável desses valores em conflito – pretensão de eficácia do sistema penal e preservação das garantias individuais do investigado/acusado –, pode-se almejar uma moderação possível destes interesses em constante oscilação, levando em conta a regra de sopesamento entre princípios constitucionais antagônicos, mas não inconciliáveis. Como se afirmou alhures, a modernização dos mecanismos de investigação, outrora questionada sob argumentos de política criminal, atualmente só desafia validação constitucional em face de alguns setores da doutrina, ainda que reiteradamente reconhecida nos tribunais pátrios, a exemplo da colaboração premiada<sup>376</sup>. Deste

---

<sup>376</sup> Em artigo publicado em 2014, pouco depois da publicação da Lei 12.850/2013, Miguel Wedy critica argumentos em prol do sopesamento dos princípios, que estaria enervando o conteúdo das garantias, como decorrência de campanhas midiáticas que abonam a “tendência populista do legislador penal”. Para este crítico das propostas de incremento da eficiência do sistema penal, “as garantias, assim, passam de uma condição de estabilizadoras do sistema para meros obstáculos”. E invoca uma analogia com o sistema psíquico freudiano para aduzir que em “uma perspectiva psicológica, o *superego* representado pelas garantias vem sendo esmagado pelo *id* da justiça, num desequilíbrio que vem se estabilizando no sentido da refutação e da fragilização de princípios fundamentais”. Por derradeiro, apela para argumento histórico que não disfarça um matiz emotivo, ao asserir que, “um caminho que se sabe como começa, mas não se sabe onde poderá terminar, ainda mais numa sociedade esquecida dos sacrifícios do passado”. WEDY, Miguel Tedesco. Eficiências, garantias e justiça no processo penal (art). **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v.12, n. 52, p. 171, jan./mar. 2014. De início, ressalta-se que, como se demonstrará na sequência, o sopesamento entre princípios e as restrições internas e externas a direitos fundamentais são recursos hermenêuticos amplamente albergados na melhor doutrina e jurisprudência. Toda aplicação do Direito se vale deste procedimento heurístico e, ao desenvolver argumentação jurídica para ponderar interesses e princípios, o aplicador do Direito renova seus votos de obediência à racionalidade lógica que outorga sentido a todo o Direito moderno. O Direito Penal não está imune ao sopesamento, pois lhe é imanente o conflito original entre a liberdade individual e a segurança pública ou o interesse social na repressão à criminalidade. Destarte, ao revés, ele próprio, na medida em que deduzido em argumentação racional decorrente de amplo debate com igualdade de posições e meios, alça-se à elevada estatura de uma garantia do acusado. Por outra, a analogia com o sistema psíquico permite entrever que para Wedy a realização da justiça, em uma perspectiva retributivista, que colima não deixar o crime sem resposta, é o *id* do sistema penal, ou seja, seu instinto natural, seu estímulo mais bruto e atávico, ao passo que as garantias constitucionais do acusado representariam o arcabouço de valores morais que foram sendo aglutinados com o sacrifício pessoal de diversas pessoas contra a



modo, privilegiando-se a ideia de que, nos sistemas do constitucionalismo moderno, a hipótese possível de impugnação de preceitos penais e persecutórios está na conclusão pela incompatibilidade constitucional dessas normas, na sequência, pretende-se dar seguimento à demonstração de que não há incompatibilidade entre a colaboração premiada e os preceitos constitucionais.

#### 4.1.5.3 A Ponderação entre Valores Constitucionais e a Colaboração Premiada. A vedação da proteção insuficiente de direitos fundamentais coletivos

Os modernos Estados constitucionais integram em suas constituições rígidas ou semirrígidas, quase todas as garantias penais e processuais de liberdade consagradas como princípios jurídicos fundamentais, impondo ao agir estatal, não apenas condições de regularidade formal, mas também de validade substancial. Direitos fundamentais, individuais ou sociais, estão catalogados em quase todos os ordenamentos nacionais e até os transcendem, na medida em que aspiram uma

---

irracionalidade primitiva da justiça penal. A analogia é deveras gráfica, mas indubitavelmente não resiste a algumas observações. O próprio esquema freudiano, destinado a explicar o sistema psíquico, já sofreu erosão crítica ao longo das últimas décadas, imagine-se então sua aplicação a um sistema social muito mais complexo que o sistema psíquico individual como é o caso do sistema jurídico moderno. Parece lógico que a razão primeva do Direito Penal foi a ordenação social conforme aludir-se-á na seção 4.2, quando se discorrerá acerca da fundamentação da pena. Nesta fase “arqueológica”, denominada sinteticamente de Talião, a proporcionalidade absoluta e sem sopesamentos entre o crime e o castigo poderia caracterizar um Direito Penal primitivo aos olhos de um observador atual, o qual, negligenciando o distanciamento histórico e incorrendo no erro alhures apontado por Gadamer de desconsiderar a histórica efetual, poderia julgar aquele momento como um *Id* do Direito, uma fase instintiva e irracional, uma espécie de complexo reptiliano do sistema jurídico. A pena era uma consequência exigida pelos Deuses como Sófocles dramatizou em Édipo. Mas a crítica substancialista, exemplificada no discurso de Antígona em favor de um direito natural contra o direito da *polis* e a subsequente evolução ao longo dos séculos não se erige em um antagonismo ao Direito. É o próprio Direito que evolui já no seu conteúdo mais elementar, donde extrair-se sua característica autopoietica. Destarte, o *Id* do Direito moderno já não é apenas a regulação social em benefício do Leviatã Hobbesiano ou do príncipe de Maquiavel, ainda que necessários ao seu tempo histórico. A evolução posicionou soberana a proteção de bens jurídicos no centro do sistema jurídico para entronizá-la como sua inspiração mais profunda e radical. E se no momento histórico “efetual” gadameriano do Iluminismo esta tutela se limitava a interesses limitados à esfera individual, na era do Estado Democrático e Social esta proteção se amplia para interesses coletivos em sentido lato. Este desenvolvimento autopoietico da função mais radical do Direito Penal por acaso também não é resultante de um aperfeiçoamento moral deste sistema social, que se deu através da contínua ressignificação de sentidos, papéis e valores? Neste sentido, é preciso reconhecer que muitos aspectos da evolução significativa dos valores e “papeis” do moderno sistema jurídico, resultantes da abertura cognitivo/axiológica aos novos cânones sociais, não se manifestam apenas no escopo de reconhecer novas garantias ou fortalecer aquelas já sacramentadas, mas também e em igual relevância no desiderato de identificar novos interesses sociais com mérito à tutela efetiva, e não apenas aparente, do Direito Penal, ou seja, o *superego* do Direito Penal não é exclusivamente garantista.

validade universal. A primeira dificuldade será a interpretação desses catálogos em face da previsível e inafastável colisão entre direitos fundamentais.

Já no preâmbulo de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy enfatiza seu propósito de dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas aos direitos fundamentais. Mesmo na era das Constituições plenas de direitos substantivos, a controvérsia persiste nas objeções normalmente erigidas, que (des)qualificam os direitos fundamentais como “estruturas normativas de menor intensidade regulatória”, a sintetizar uma “aglomeração de cláusulas gerais e conceitos maleáveis”, em ausência de “suficiência conceitual” e em “fórmulas vazias, sob as quais qualquer fato pode ser subsumido”<sup>377</sup>.

Após apresentar seus conceitos fundamentais de regras e princípios e classificar a ambos como normas, Alexy aduz que, rejeitados os modelos puros de regras assim como os modelos puros de princípios, a resultante é o acatamento de um modelo misto ou combinado de regras e de princípios e, no tocante às disposições de direitos fundamentais, defende seu caráter dúplice de regras e de princípios simultaneamente. Para Alexy, “as normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como ‘princípio’”, ainda que de modo indireto, quando se faz referência a valores, objetivos programáticos etc., e, “por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aposta também para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais”<sup>378</sup>.

Como os princípios igualmente possuem deonticidade normativa, ou seja, tanto como as regras, são normas, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas, que pode ser feita com base em diversos critérios como o da generalidade ou no fato de que os princípios comumente são

---

<sup>377</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 26. Alexy não se considera um positivista, visto que admite a correção do direito pela moral, tese rechaçada pelos positivistas em maior ou menor medida, todavia nele se surpreende uma preocupação positivista em sua teoria dos direitos fundamentais, quando consigna cuidar-se de uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã” e “não se trata, portanto, nem de uma filosofia dos direitos fundamentais, desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou politológica”, mas sim uma “parte geral da dogmática dos direitos fundamentais”. Seu credo positivista inclusive ainda é confirmado quando, na conclusão de sua obra, demonstra que “a positividade de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais”. *Ibid.*, p. 26-29.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 86.

razões para regras que apenas os determinam melhor. O critério que Alexy considera mais adequado é aquele segundo o qual a distinção entre regras e princípios é qualitativa, mais até que gradual (norma mais ou menos genérica, por exemplo). Assim, preceitua que,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou princípio<sup>379</sup>.

No que diz respeito a restrições de direitos fundamentais, necessário repassar sumariamente a doutrina de Alexy no tocante aos conflitos entre regras e entre princípios e à *lei de colisão*. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”, neste caso, *v. g.*, com recurso a regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.<sup>380</sup>

No caso de colisão entre princípios, um deles cede sem que resulte inválido para casos futuros ou que seja necessário introduzir-lhe uma explícita cláusula excepcional. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.<sup>381</sup> Por isso, o conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, cujo propósito é definir qual dos princípios, *abstratamente* iguais, tem *maior peso no caso concreto*.

<sup>379</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p. 92-93.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 94.



Alexy sustenta que a irradiação das normas de direitos fundamentais, contidas em Constituições que apresentem uma fundamentalidade mista do tipo formal-material, inclusive perante terceiros para além do próprio Estado, a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, produz três consequências com especial significação. A primeira delas é a de limitar os possíveis conteúdos do direito ordinário, de modo que, “embora a constituição, enquanto constituição mista material-procedimental, não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis [inconstitucionais] e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários [inconstitucionalidade por omissão]”<sup>382</sup>, o que produz um sistema jurídico *substancialmente determinado* pela Constituição, em cuja abertura/irradiação reside precisamente a maior ou menor vitalidade constitucional de uma nação.

A segunda consequência deriva do tipo de determinação constitucional que, considerando a abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, jamais é suficientemente clara para evitar a necessidade de sopesamento. Este, embora seja um processo racional, nem sempre leva a uma única solução admissível para o caso concreto, o que transforma o sistema jurídico em um sistema mais ou menos *aberto*.

O tipo desta *abertura* relaciona-se, pois, à terceira consequência da irradiação dos direitos fundamentais no sistema jurídico. “A vigência de normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da moral*”, o que se percebe já nos conceitos materiais básicos: igualmente, liberdade, dignidade, que derivam da Filosofia prática para o direito positivo. “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico, inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do direito”<sup>383</sup>.

Mas mesmo os direitos fundamentais podem sofrer restrições, ainda que por outros direitos fundamentais. Se existem restrições e a realidade empírica nos revela isso, então há três categorias deônticas, a saber: um direito em si, não restringido e a restrição como um ente jurídico autônomo e, conseqüentemente, ainda uma

---

<sup>382</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchin son Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 543.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 544.

terceira, qual seja, o que sobra do direito após a restrição: o direito restringido. A esta concepção, denominada *teoria externa*, a restrição é autônoma em relação ao direito fundamental, de modo que, operando-se a restrição na forma de uma norma de exceção ou na prevalência exegética do interesse coletivo sobre o individual, por exemplo, resta apenas o direito restringido. Nesse caso, pressupondo-se, em tese ao menos, que possam existir direitos fundamentais irrestringíveis, a relação entre direito e sua restrição não é uma relação lógica necessária<sup>384</sup>.

Já no marco da *teoria interna*, a restrição não é externa, mas imanente ao direito fundamental, de modo que é, na verdade o *limite* imposto ao seu próprio conteúdo. Quando se fala em restrições no lugar de limites, pressupõem-se *restrições imanes*.

A predominância de uma ou outra teoria depende da concepção dos direitos fundamentais como regras ou como princípios. Se entendermos os direitos fundamentais como regras, ou seja, como normas definitivas, é difícil compatibilizá-los com a teoria externa, visto que a definitividade da regra, estabelecendo direito fundamental, inviabiliza restrições autônomas. Se o direito fundamental está exposto em uma regra de caráter definitivo, então não haveria como admitir restrições externas. Mas se adotarmos o entendimento de que os direitos fundamentais estão expostos, ainda que nem sempre, na forma de princípios, ou seja, *prima facie*, resulta adequada a teoria externa, pois pode haver algo de excedente que possa ser restringido (liberdades, propriedade etc.), todavia “esse excedente não é algo externo ao ordenamento jurídico – como, por exemplo, um direito natural, uma liberdade natural ou uma situação natural –, nem algo localizável abaixo da Constituição, mas algo que pertence ao acervo de normas constitucionais”<sup>385</sup> e acrescenta-se: que ao menos possa ter lastro em matéria constitucional.

Alexy sustenta que os direitos fundamentais estão previstos em um modelo dúplice de regras e princípios em que ambos os níveis estão reunidos nas normas de direitos fundamentais<sup>386</sup> do que resulta a possibilidade de restrições internas e externas. Disso extraem-se posições cidadãs ou institucionais *prima facie* (não

---

<sup>384</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchin son Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 278.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 141. Este caráter dúplice decorre da própria estrutura das normas de direito fundamentais que são construídas de modo a que os dois níveis – regras e princípios – estejam nelas contemplados, pois em face da norma com característica de regra pode ser incluída uma cláusula restritiva com estrutura principiológica que, por isso, está sujeita a sopesamentos.

definitivas) e, portanto, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. Nesse sentido, as restrições são *normas* que somente podem restringir um direito fundamental quando compatíveis com a Constituição. Se inconstitucional, a restrição pode até constituir uma intervenção, mas não uma restrição. É possível que a própria Constituição, ao estabelecer a competência para a elaboração de leis, autorize a restrição a direitos fundamentais por meio de reservas legais constitucionais, no entanto, tais reservas legais não são elas próprias restrições a direitos fundamentais; elas apenas fundamentam a *possibilidade jurídica* dessas restrições, visto que se pode outorgar ao legislador a competência para produzir a legislação potencialmente restritiva e o legislador dela não fazer uso. Advindo, porém uma *regra* (compatível com a Constituição) – proibitiva, mandatória ou restritiva/eliminatória de competências cidadãs – ela será uma restrição a direito fundamental “se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”<sup>387</sup>.

O princípio do devido processo legal que se concretizaria, na interpretação tradicional, pelo exercício irrenunciável da ampla defesa e do contraditório é um direito fundamental devidamente catalogado nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Trata-se de norma com características de princípio que, por isso, poderia sofrer restrições externas na legislação infraconstitucional. O próprio texto constitucional já autoriza estas restrições quando estabelece que a ampla defesa será exercida com os “meios e os recursos a ela inerentes”, já que não se admite, mesmo à defesa, a apresentação de provas ilícitas e a legislação prevê pressupostos processuais e prazos para a dedução de defesas. Até mesmo o direito ao duplo grau de jurisdição pode deixar de ser exercido e por vezes é estrategicamente mais interessante deixar de recorrer. Deste modo, tem-se que a possibilidade jurídica de deixar de fazer uso do contraditório não significa renunciar ao processo legal, já que este contém aquele, mas aquele não contém este, ou seja, em uma visão mais moderna do processo penal, pode-se afirmar que o contraditório

---

<sup>387</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchin son Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 281-283. Como exemplo poder-se-ia citar: a Constituição de 1988 estabelece como direito fundamental a presunção de inocência, mas o CPP prevê hipóteses de prisão preventiva e de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, nos arts. 312, 313 e 319 do CPP.

é um direito imanente ao *due process of law*, mas não é uma imposição ao acusado, senão um dever imposto ao Estado de assegurar-lhe esta prerrogativa. É preciso compreender e aceitar no âmbito de nossas pré-compreensões que a ampla defesa é irrenunciável, mas ela necessariamente não se realiza através do contraditório, podendo sê-lo, mediante a negociação da pena. Esta possibilidade se insere no melhor conceito de liberdade pessoal que engloba, obviamente, a possibilidade de deixar de valer-se do contraditório e exercer a defesa por meio do *plea bargaining*<sup>388</sup>.

A Lei 12.850/2013, ao prever diversos instrumentos de investigação, ou meios de obtenção de prova, representa indubitavelmente um conjunto de regras, assim reconhecidas por sua maior densidade e especificidade normativa, que introduz, direta ou indiretamente, restrições a direitos fundamentais<sup>389</sup>. Como se viu, o princípio do devido processo legal não tem o caráter de regra definitiva, mas de princípio que estabelece uma posição *prima facie*, a qual pode ser restringida por regras legais infraconstitucionais desde que essas sejam conciliáveis com o texto constitucional.

Desde um ponto de vista estatal (*ex parte principis*), a colaboração premiada é reconhecida em geral como um meio de obtenção de prova, quando serve à identificação e coleta de provas indicadas pelo colaborador, sendo esta sua natureza jurídica prevalente. Há ainda quem nela reconheça um caráter misto ou eclético de meio de obtenção de prova e meio de prova, neste caso, quando se trate das

---

<sup>388</sup> Sobre o tema em pauta, Fonseca sustenta que “de acordo com o brocardo latino *Volenti non fit injuria* (a vontade não causa dano), aquele que consente não causa mal a si mesmo. Desse modo, o réu colaborador, ao expressar a vontade de realizar acordo de delação premiada, renunciando a determinados direitos em troca de benefícios proporcionais, sempre assessorado por advogado, sendo pessoa capaz e não estando sob coação física ou moral, apenas exercita o seu direito à liberdade de realizar a melhor escolha para sua situação processual e penal. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 131-132.

<sup>389</sup> Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 06 mar. 2019.

próprias declarações do colaborador que têm um peso probatório similar ao de um testemunho contra o delatado.

Em matéria de Direito Penal, especialmente, da criminalidade moderna e, agora, da colaboração premiada, naturalmente emergem conflitos entre os direitos fundamentais individuais do acusado e o interesse coletivo na responsabilização do culpado e na redução e controle eficaz da própria criminalidade, mormente da criminalidade organizada. Dentre as garantias fundamentais apontadas como em colisão com os direitos sociais tutelados pelo Direito Penal moderno elencam-se, entre outros: o direito ao silêncio, o papel do interrogatório como meio de defesa, a proporcionalidade entre pena e delito, a ampla defesa e o contraditório.

De início, não há dúvidas de que o direito ao silêncio ante uma acusação criminal, embora sem expresso assento constitucional, é reconhecido de fato como um direito fundamental, defluente da explicitação infraconstitucional da ampla defesa. Por outro lado, a *ratio* da colaboração premiada é o esquadramento, no sentido sistêmico de observação das estruturas internas de organizações criminosas, pois o instituto foi introduzido no ordenamento jurídico para aplicar-se apenas à criminalidade organizada ou, anteriormente, nos moldes da Lei 8.072/90, aos crimes hediondos, ou seja, não se trata de um *medium* de observação generalizado para toda e qualquer tipicidade delitiva, mas apenas àquelas hipóteses que, em termos de proporcionalidade, colocam em maior risco os fins da República. Nesse caso, o Estado se vale da cooperação de pessoa que, como decorrência de haver operado internamente em tais organizações, pode fornecer informações relevantes para a identificação de outros autores e para a cessação da atividade criminosa, inclusive a libertação da vítima em casos de sequestros. Isto, contudo, tem por pressuposto que o agente colaborador confesse os fatos nos quais haja atuado o que, para alguns, representa a violação do direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo<sup>390</sup>.

Mas, a suposta inconstitucionalidade da colaboração premiada por violação ao *nemo tenetur se detegere* implica em considerar-se a confissão como um ato proibitivo ao acusado/investigado e, conseqüentemente, a não-confissão,

---

<sup>390</sup> A alternativa de dispensar-se a confissão do colaborador, para evitar-se a crítica aduzida e conferir maior eficácia às colaborações, foi tentada em Espanha por meio da Lei Orgânica 15/03, que retirou a necessidade de confissão dos fatos pelo delator nos casos de tráfico de drogas. Segundo Valdez Pereira, tal faculdade causou problemas nos processos penais, tendo em conta o discutível valor probatório que podem ter declarações gratuitas do delator. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 35.

manifestada pelo silêncio ou pela apresentação de versão incompleta ou inverídica, a que tem direito o acusado, seria um dever irrenunciável. A confissão, desde que voluntária, entretanto, consta como uma possibilidade, desde muito tempo, no sistema legal ocidental, constituindo, entre nós, como já referido, uma atenuante genérica.

De outro lado, poder-se-ia replicar que o prêmio acenado para o colaborador conspurcaria a voluntariedade, por vulnerar a esfera de liberdade do imputado e, assim, consubstanciar um estímulo à confissão, o que, ao menos em parte dos casos, seria igualmente um estímulo à autoincriminação, implicando a violação de direitos fundamentais. O argumento já parte de um pressuposto equivocado, pois a iniciativa de confessar e colaborar deve advir de uma atitude voluntária do acusado. Como salienta Mousquer, “se não existir nenhuma atitude proativa por parte do imputado, no sentido de colaborar com as investigações, não partirá do Estado a iniciativa de oferecer prêmios ou benefícios em troca de cooperação”<sup>391</sup>. Ademais, o argumento em tela resta vencido desde os aportes da teoria da escolha racional, ou mesmo da teoria dos jogos, pois se pressupõe que a voluntariedade em colaborar esteja presidida por uma escolha calculada entre custos e benefícios, de modo que a perspectiva de beneficiar-se do prêmio só vencerá a resistência à colaboração caso se afigure igual ou maior que os riscos que se assomam no horizonte deliberativo do investigado/réu/condenado. Em tais casos, conforme já mencionado, não é necessária a espontaneidade, que estaria limitada a motivações mais nobres de arrependimento, sendo suficiente a voluntariedade, em cujo marco não se prospectam razões profundas para o ato, mas apenas a inexistência de coação ilícita ou de promessas que conduzam ao erro. Nesse caso, o que pode prejudicar a voluntariedade é a ausência de informações e, nesse sentido, a prova coletada deve estar ao alcance da defesa técnica que terá de esclarecer plenamente o cliente sobre a escolha a ser feita<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> MOUSQUER, Shaiane Tassi. Breves considerações sobre a conformação ética e jurídica da colaboração premiada (art.). In: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Sistema de justiça criminal**. Brasília, DF: ESMPU, 2018. p. 327.

<sup>392</sup> Nesse sentido, Pereira cita posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol: “*ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere*”. E, na mesma linha transcreve excerto da Suprema Corte norte-americana ao apreciar a constitucionalidade do *plea bargaining*, considerando que o *privilege against self incrimination* da 5ª emenda garante ao acusado fazer opção por colaborar ou não com a acusação: “*Waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely*



Como já se salientou o *plea bargaining* é uma espécie de transação penal que tem origem na *common law*, estando sintonizado com a ideia de processo penal acusatório e indissociável de alguns pressupostos básicos de sua conformação: aumento da autonomia das partes em face do Estado-juiz, separação entre acusador e julgador e ampliação dos meios de defesa. O fato de não termos entre nós uma tradição de justiça negociada não significa que o sistema seja incompatível com o da *civil law*, tanto que o germen do sistema já vinha sendo adotado desde 1995, mediante a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), sem maiores traumas à tradição penal brasileira.

Em efeito, pode-se afirmar que há dois modelos de Justiça Penal no mundo ocidental e, em qualquer deles, a garantia de defesa é preservada como dogma. De um lado, o modelo continental europeu, de origem inquisitiva, tradicional entre nós, legitima o poder de punir estatal como um mecanismo cognitivo para a verificação factual da imputação acusatória, além de qualquer dúvida razoável, de que decorre a aplicação da norma penal adequada e a sanção correspondente. Como enfatiza Gustavo Badaró, no caso do modelo em questão, “o resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso se assente em três premissas: uma correta atividade epistêmica e uma adequada atividade hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal”<sup>393</sup>. Nesse modelo de origem inquisitiva, a verdade é um propósito que o processo penal deve perseguir obstinadamente, traduzindo-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, de modo que não se pode considerar justa uma sentença de que resulte a aplicação de sanção penal, que não tenha sido precedida de um processo justo e igualitário, desenvolvido com o propósito de conhecer a verdade sobre os fatos.

Mesmo assim, a verdade não é único fim do processo penal, mas o pressuposto para uma deliberação correta na aplicação do Direito. Nesse caso, o processo terá que desenvolver uma estrutura e uma dinâmica que lhe permitam funcionar como um instrumento cognitivo, apto a exercer uma função epistêmica. A epistemologia judiciária compreende os critérios e os instrumentos usados pelo julgador para obter o material fático sobre o qual recai a escolha decisória.

---

*consequences*”. PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufergs**, Porto Alegre, n. 8, p. 104, 2013.

<sup>393</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de Justiça Penal não epistêmica? (art.). In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 07.

Em uma epistemologia garantista, informada por um princípio de estrita jurisdicionalidade, efetivamente estão pressupostas as condições de verificabilidade ou refutabilidade das proposições acusatórias, que, necessariamente vêm veiculadas em assertivas hipotéticas apresentadas pelo órgão acusatório ao tribunal, as quais podem ser confirmadas ou rejeitadas, após o curso de um processo “de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, *afirmações* ou *negações* — de fato ou de direito - das quais sejam predicáveis a *verdade* ou a *falsidade* processual”<sup>394</sup>.

Este é o modelo processual penal iluminista ideal, mas é preciso reconhecer que a supersaturação na prática de crimes, que produzem danos sociais e demandam apuração, inclusive no marco da criminalidade moderna, assim com a carência de instrumentos de cognição, impõem à justiça, sob pena de frustração de expectativas e entropia sistêmica, a adoção de outros modelos de justiça penal como o da negociação e da colaboração premiada aqui referenciado.

Se o fato de este modelo estar em uso nos países que adotam a *common law* representa, concretamente, algum motivo de inconstitucionalidade, então será forçoso admitir que se deveria refutá-lo. Ao revés, se não se verificam razões que determinem sua incompatibilidade constitucional, o só fato de estar em uso em países mais avançados do ponto de vista do controle da criminalidade e, paralelamente, da preservação dos direitos fundamentais, deveria representar uma razão a mais para sua adoção e não uma causa de preconceito injustificável contra o instituto.

Como se salientou alhures, o paradigma de justiça penal negociada e a delação premiada foram introduzidos de longa data no sistema legal brasileiro. Mais especificamente, quanto a esta, referiu-se acima que o Brasil perfilhou-se a convenções internacionais que recomendaram o uso do mecanismo no enfrentamento do crime organizado e da corrupção, sempre que ostente as características daquele. Estes grandes pactos internacionais não colimam impor sistemas processuais da *common law* desprezando, para tanto, as tradições processuais da *civil law*, mais adequado é pensar que, ante a insuficiência dos

---

<sup>394</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002. p. 32.



métodos tradicionais para a investigação da criminalidade moderna, o escopo das citadas Convenções de Mérida e de Palermo seja sugerir mecanismos eficazes e idôneos a uma universalização sistêmica de procedimentos que facilitem, inclusive, a cooperação internacional no enfrentamento da moderna macrocriminalidade econômica.

Nesse sentido, vale lembrar que, dentre outras características do crime organizado, encontram-se a “lei do silêncio”, imposta pela violência ou ameaça, a cultura de destruição de provas e a prática dos crimes envolta em absoluta clandestinidade, de modo que “a periculosidade e a impenetrabilidade das organizações criminosas indicam que há grave risco de disfunção repressiva minimamente eficiente, pelo bloqueio investigativo que o referido tipo de criminalidade geralmente demonstra”<sup>395</sup>.

Para superar a saturação de processos penais, o legislador já havia introduzido, em 1995, o modelo de justiça consensual para os crimes de menor e médio potencial ofensivo, modelo que foi introduzido sem significativa oposição no sistema penal brasileiro e que, a despeito de eventuais dificuldades, trouxe para o Poder Judiciário parcela significativa da pequena delinquência que anteriormente integrava cifras negras<sup>396</sup>. No concernente à violência doméstica, em 2006, houve sua exclusão do regime consensual, por uma decisão de política criminal, positivada por meio da Lei 11.340/06 e sua consequente interpretação pelo STF. A quebra paradigmática introduzida pela Lei 9.099/95 permitiu o vaticínio de que o sistema consensual seria ampliado na legislação posterior, como de fato o foi recentemente, pois além das hipóteses de delação e colaboração premiada, a Lei 13.964/19, introduziu o Art. 28-A no Código de Processo Penal, estabelecendo que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e

---

<sup>395</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador seu valor probatório (art.). *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 233.

<sup>396</sup> Aqui vale registrar, como o fez Santos, que “a colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso” das já citadas composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo que são negócios jurídicos despenalizadores, “ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador”, ainda que excepcionalmente possa ser agraciado com o perdão judicial ou ministerial, bem como, de qualquer modo, reserva-se-lhe punição mais branda. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 29.

com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. O acordo deve prever, como condições cumulativas ou alternativas, a reparação do dano, exceto impossibilidade; a renúncia voluntária a bens ou direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária ou outra condição, proporcional e compatível com a infração, indicada pelo Ministério Público<sup>397</sup>.

A adoção de métodos epistêmicos para admissão, produção e valoração da prova, com o encomiástico propósito de engendrar um processo dotado de elementos estruturais com função cognitiva em que sempre se alcance a plena verdade a partir de uma reconstrução histórica dos fatos, é uma utopia. Exatamente no que toca à criminalidade organizada, sempre mais socialmente danosa, este ideal dificilmente será alcançado pelos meios convencionais de investigação, aptos ao enfrentamento da delinquência de massa, pois já se percebeu que sequer as instituições públicas conseguem tomar conhecimento dos crimes, quanto mais de apurar sua autoria e a magnitude dos danos perpetrados, incrementando a cifra oculta natural a este tipo de delinquência<sup>398</sup>.

E é preciso acrescentar que, nem somente a garantia constitucional de celeridade no processo, que por si só já é um direito fundamental catalogado no inc. LXXVIII do art. 5º da CF, mas a possibilidade de se apurar plenamente crimes que envolvam organizações criminosas, recomendam a adoção de hodiernos meios de obtenção de prova, a exemplo da colaboração premiada, que se assoma no horizonte do moderno Direito Penal como proporcional à gravidade dos crimes a cuja apuração está destinada. Propõe-se ainda o hercúleo desafio de compensar

---

<sup>397</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

<sup>398</sup> Defendendo o processo penal clássico como um instrumento epistêmico em que se busca alcançar a verdade como um pressuposto inafastável para a justiça, Gustavo Badaró, sustenta a autonomia de uma epistemologia judiciária, a qual “compreende os critérios e os instrumentos usados pelo julgador para obter o material fático sobre o qual recai a escolha decisória”. E enfatiza que “esse nos parece o modelo ideal. Mas, é de se reconhecer, dificilmente os sistemas judiciários darão conta de submeter toda e qualquer imputação penal a esse mecanismo, diante de suas limitações estruturais e também da necessidade de que todos os processos se desenvolvam em prazo razoável”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? (art.). In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 07.

uma histórica assimetria de tratamento entre a delinquência de massa e a de colarinho branco, que já não lograva dissimular a odiosa desconsideração ao princípio da isonomia, baluarte do Estado Democrático de Direito.

#### *4.1.5.4 A Colaboração Premiada e o Princípio da Proporcionalidade: a harmonização entre o prêmio e o resultado da colaboração*

Todavia, a inserção legal de meios negociais no processo penal que envolvam acordo sobre a própria pena e, simultaneamente, a delação de outros agentes com apresentação de provas, vem ensejando a objeção levantada pelos detratores do instituto em questão, relativa ao valor legal da proporcionalidade, segundo o qual a pena deve ser necessária e suficiente à repressão do delito cometido. Nesse rumo, há quem sustente que a possibilidade de acordos de colaboração premiada pode resultar em sanções menores para os agentes mais profundamente envolvidos na prática delitativa, enquanto os delatados, ainda que apresentem condutas menos nocivas, possam ser eles próprios mais severamente sancionados. Este é um risco que se corre pela opção legislativa, com amplo apoio democrático, pela adoção de uma política criminal premial. A rejeição deste mecanismo com insistência na adoção do processo tradicional também importava em riscos similares, até menos hipotéticos e mais factíveis, pois no processo tradicional era comum que os coautores de ações penais mais significativas resultassem impunes pelo manejo indefinido de recursos a ensejar a prescrição da pretensão punitiva do Estado ou mesmo a absolvição por falta de provas. Paga-se um preço pela adoção de mais uma alternativa premial, este preço é a redução da pena do colaborador por conta de sua colaboração. Neste caso, a proporcionalidade deve resultar do competente cotejo entre o grau de colaboração – sua eficácia, oportunidade etc. – e a redução de pena operada, que pode ir até o perdão judicial. De qualquer modo, devem se considerar os riscos a que se submete o colaborador ao fazer a delação de outros membros de uma organização criminosa. Este é um ônus que ele terá de suportar e cuja magnitude não há de ser negligenciada, tanto que, possivelmente por tais razões, em sede de criminalidade organizada violenta –

cartéis do tráfico, quadrilhas de assaltantes e facções criminosas – a delação é tão incomum<sup>399</sup>.

Calha sublinhar que a proporcionalidade não é um conceito que priorize a relação entre as penas aplicadas a diferentes coautores, mas sim, a relação entre a culpabilidade e a pena de um mesmo autor. A relação entre as penas de diversos autores é um problema de isonomia entre os diversos envolvidos em uma organização criminosa ou em um determinado crime hediondo. É forçoso convir que os benefícios premiaes legalmente introduzidos em prol do colaborador não são privilégios odiosos por irracionais, que revelassem uma repulsiva desproporção entre os benefícios e suas invocadas razões legais. A igualdade, como princípio constitucional, todavia deve considerar critérios de culpabilidade assim como outros fatores legais, tais como a confissão e, agora, também a colaboração, a qual encontra justificação racional na conhecida dificuldade, se não, impossibilidade, investigatória de delitos praticados por organizações criminosas, caracterizadas normalmente por sua periculosidade, fidelidade e impenetrabilidade. Cuida-se de autêntico “estado de necessidade investigatório”, decorrente do cotejo entre as garantias processuais dos investigados e o bloqueio investigatório para apuração de crimes graves que colocam em risco direitos fundamentais de elevada dignidade.

Como já se mencionou alhures, a colaboração, embora pressuponha a confissão, é muito mais do que ela, porquanto deve produzir algum ou alguns dos resultados mencionados no art. 4º da Lei 12.850/2013<sup>400</sup> e todos eles estão definidos

---

<sup>399</sup> Embora delações quanto à criminalidade organizada tradicional sejam raras, a tendência é que se tornem mais comuns se o Estado conseguir mecanismos eficazes de proteção aos delatores, isto porque a violência que determina a fidelidade neste tipo de criminalidade é, simultaneamente, uma razão para não delatar como um motivo para fazê-lo, quando já não se tem esperanças de escapar vivo da organização. O exemplo ocorreu no Rio Grande do Sul quando um ex-integrante da facção criminosa “Balas na Cara”, ao concluir que seria morto pela facção, resolveu procurar as autoridades e delatar seus antigos comparsas de crime. Pelo menos sessenta processos foram instaurados contra integrantes da facção, dentre os quais o próprio delator que participou de inúmeros assassinatos a mando da cúpula da organização. Zero Hora, Porto Alegre, 16 e 17 mar. 2019. p. 06.

<sup>400</sup> 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;

como favoráveis ao interesse social. Presume-se que, quanto mais resultados forem alcançados, em extensão e em profundidade, maior deve ser o benefício penal do colaborador. A lei vai mais longe e, no seu § 1º, determina que “em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”, denotando a preocupação do legislador em oportunizar uma avaliação não apenas objetiva, mas subjetiva para o deferimento e a extensão do beneplácito. Por fim, ressalva eventual arbitrariedade do Ministério Público na concessão de vantagens ao colaborador, exigindo, para que deixe de oferecer ação penal, que este não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar colaboração<sup>401</sup>.

Há ainda que se considerar que, para a compatibilização entre a pena e a culpa, traduzidas no princípio da proporcionalidade, predomina a função de garantia individual do autor, impedindo excesso de punição, não sendo o caso de alçar este princípio como exigência de limites mínimos à punição. Destarte, se argumentos de política criminal, mesmo focados em propósitos de prevenção geral ou especial, “não podem importar em majorações da pena para além da culpabilidade manifestada no fato cometido, o raciocínio oposto não se sustenta: o princípio garantista da culpabilidade não pode ser invocado para impedir ou deslegitimar a redução da pena aplicada em concreto ao réu”<sup>402</sup>.

---

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm). Acesso em: 03 fev. 2019.

<sup>401</sup> Art. 4º, § 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm). Acesso em: 03 fev. 2019.

<sup>402</sup> Mencionado autor, aludindo a comentário do doutrinador italiano Carlo Ruga Riva, menciona o curioso paradoxo da doutrina garantista, “que sustenta, em alguma medida, a utilização dos princípios da culpabilidade ou da proporcionalidade na aplicação da pena para censurar o tratamento sancionatório mais benéfico ao réu decorrente da colaboração premiada”. PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufers**, Porto Alegre, n. 8, p. 108, 2013.

Obviamente, não se trata de sustentar a possibilidade de punições insignificantes que representassem um risco à obrigação estatal de proteção de interesses sociais, ou seja, ao princípio de proibição da proteção deficiente de bens jurídicos penalmente tuteláveis. A legislação pertinente, que estabeleceu possibilidades de colaboração premiada, entretanto, trilha caminho inverso, pois, seu propósito – e a experiência o vem demonstrando à sociedade – é incrementar a proteção de bens jurídicos, especialmente de caráter coletivo, mediante o aporte de novos mecanismos de investigação, capazes de superar os bloqueios investigatórios tão frequentes quando se trata de criminalidade organizada. Esta constatação desvela outro paradoxo da doutrina doutrinária contra a colaboração premiada que conduz a um impasse insolúvel: argumenta-se contra a colaboração premiada, brandindo o princípio da proporcionalidade, com dizer-se que pode importar em sanções díspares entre os coautores, mas se oculta que a alternativa à colaboração resulta, amiúde, em obstáculo investigatório capaz de expor o bem jurídico tutelado à mais cruel vulnerabilidade<sup>403</sup>.

Por outro lado, desde o ponto de vista do coautor delatado também não se pode afirmar que a delação fragilize sua garantia constitucional de presunção de inocência. Tal conclusão deflui *in claris* do art. 16º da Lei 12.850/2013: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Isto porque, não há como negar-se razão aos que entreveem dúvidas nos interesses que presidem as declarações do delator<sup>404</sup>. Estes interesses, ainda que possam ser cogitados, são insondáveis em termos de certeza e, por isso mesmo, não podem infirmar a validade das informações prestadas, sempre que vierem corroboradas por outras evidências. Ademais, a possibilidade de interrogar-

---

<sup>403</sup> No ponto, Pereira anota que “a opção que se coloca não está entre afastar o recurso ao instrumento do prêmio pela colaboração, de modo a permitir a aplicação de uma pena minimamente adequada à gravidade do fato. A alternativa ao não uso do dispositivo premial será, muito provavelmente, a prevalência da situação representada pela obstrução investigativa, portanto, estar-se-ia argumentando com o princípio da proibição de insuficiência na proteção penal para, em última análise, manter a situação de impasse na apuração de crimes que se buscou superar pelo recurso à colaboração premiada: a contradição parece insuperável”. PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufergs**, Porto Alegre, n. 8, p. 110, 2013.

<sup>404</sup> Nesse sentido, já decidiu o STF que “os colaboradores são interessados no reconhecimento da responsabilidade penal dos delatados, por ser o fundamento da sanção premial que receberão – art. 4º da Lei 12.850/13. Suas declarações devem ser reforçadas por outros elementos de prova que as confirmem”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de arquivamento do inquérito 4005/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Invest: Fernando Bezerra de Souza Coelho. Relator Min. Edson Fachin. Rel. para acórdão, Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4731995>. Acesso em: 06 mar. 2019.

se o delator em audiência, assegurada no art. 4º, § 12º, da Lei 12.850/2013<sup>405</sup>, é condição legitimante da força probatória da delação, sem a qual não haveria como aquilatá-lo corretamente<sup>406</sup>. A imposição do contraditório e a exigência de corroboração impõem à colaboração, testes de validade intrínseca e extrínseca, indispensáveis à sua avaliação probante<sup>407</sup>. A validade intrínseca não é mencionada como requisito da colaboração no texto legal, mas é um filtro que sempre deve ser observado pelas autoridades pactuantes e pelo magistrado. Ela responde a duas perguntas: quem colabora? O que está dizendo? Quanto à primeira questão não será necessário avaliar os antecedentes criminais do colaborador ou sua vida pregressa, já que, exatamente por seu envolvimento com uma organização criminosa, esta pergunta já estaria respondida, mas sim a espontaneidade do seu depoimento, a fluidez de sua versão e das respostas aos questionamentos, a riqueza de detalhes relevantes, sua descrição processual e midiática, as possíveis motivações, a verossimilhança e univocidade do depoimento, a ausência de retratações. São, enfim, aspectos comuns à avaliação de qualquer depoimento judicial<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. *Ibid.*

<sup>406</sup> Referindo-se à jurisprudência e doutrina espanhola acerca da colaboração premiada, Pereira afirma que ambas “reconhecem que a declaração incriminatória de um coimputado é prova constitucionalmente legítima a ser utilizada para imputação no processo penal, no entanto, é inapta para se constituir como prova de acusação com força suficiente a enervar a presunção de inocência do acusado, pela natureza, em tese, suspeita das informações do colaborador. Isto não significa dizer-se que há exigência de outros meios de prova para permitir a condenação”, mas que o afastamento da presunção de inocência pressupõe que “a declaração premiada tenha suporte em circunstâncias, fatos ou dados externos, ainda que periféricas, que avalizem a veracidade das informações, o que, por certo, somente pode ser aferido caso a caso”. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 163-164.

<sup>407</sup> Mendonça refere que a jurisprudência italiana – umas das mais avançadas em matéria de colaboração premiada – definiu os seguintes critérios para avaliação do valor probatório de uma delação: a) ser intrinsecamente confiável (colaboração desnuda), quando se observa a conduta processual do colaborador e coerência interna de suas declarações; b) ser ainda extrinsecamente idônea (colaboração vestida), pois corroborada por outros elementos de prova, apresentadas pelo colaborador ou colacionadas nas investigações. MENDONÇA, Andrey Borges de. Criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador seu valor probatório (art.). *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 248.

<sup>408</sup> Quanto à espontaneidade da colaboração, já consta decisão do STF que homologou acordo mesmo “ciente do quadro clínico de depressão grave a que estava acometido o candidato a colaborador, sendo que assim se decidiu porque se entendeu que o quadro em questão não se mostrava suficiente para afetar o discernimento do interessado no período que antecedeu a formalização da avença, conforme retratavam atestados de natureza médica que instruíam os autos. Ademais, a decisão homologatória foi antecedida de todas as cautelas procedimentais previstas na Lei nº 12.850/13, momento a partir da inquirição do candidato a colaborador na presença de seu defensor, ato esse que confirmou a voluntariedade com que negociados os atos de disposição de vontade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação originária AO 2275**. Autor: Ministério Público Federal. Réu:



Já aqui respondendo a uma objeção comum contra a colaboração premiada, a que se aludiu acima, calha registrar que a colaboração exige voluntariedade do colaborador, mas esta necessariamente não fica viciada pelo fato de ele estar preso preventivamente. É crível que alguém se sinta motivado a colaborar, como estratégia de defesa e de minimização dos seus prejuízos, quando já se reúnem bastantes provas contra si. Esta condição também dá supedâneo à prisão preventiva, pois significa indícios suficientes de autoria. Assim, será comum a coincidência de elementos para a prisão preventiva e para a colaboração premiada, o que não significa que a prisão foi decretada preventivamente para coagir o colaborador, ou que a colaboração levada a efeito durante o recolhimento cautelar seja eivada de vício por coação<sup>409</sup>.

Por outro lado, o legislador estabeleceu expressamente que nenhuma sentença condenatória será proferida apenas com base nas palavras do colaborador<sup>410</sup>. Trata-se da regra de corroboração que significa um limite negativo ao valor probante a limitar o princípio do livre convencimento do julgador e que, portanto, além de forçar os investigadores a dar sequência ao esquadramento dos fatos serve de salvaguarda ao delatado, evitando condenações injustas<sup>411</sup>. No sistema da *common law*, a questão pode suscitar problemas mais graves, pois, sendo o julgamento do Júri Popular que decide por íntima convicção, há risco de decisões sem maior lastro probatório, razão pela qual, em alguns casos, se faz uma prévia advertência aos jurados para acutelarem-se contra o julgamento com base exclusiva em delação.

---

Ricardo Jose Meirelles da Motta. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, Julgamento: 23 de outubro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5239546>. Acesso em: 06 mar. 2019.

<sup>409</sup> Nessa direção já se pronunciou o STF, em voto do Ministro Dias Toffoli, no HC 127.485, julgado em 27/08/2015, ao sustentar que, para a validade da colaboração, não é necessária a liberdade física do colaborador, bastando sua liberdade psíquica, traduzida no consentimento informado e na presença de defensor ao ato. Pensar em sentido diverso implicaria impedir a colaboração de réu preso.

<sup>410</sup> Conforme art. 4º, § 16º, da Lei 12.850/2013.

<sup>411</sup> Não há meios para abstratamente definir quais seriam estas evidências de corroboração. Elas só podem ser avaliadas no contexto fático concreto, mas já existem algumas pistas na jurisprudência. Nesse sentido, o STF já decidiu que documentos produzidos unilateralmente pelo próprio colaborador, mesmo quando apreendidos anteriormente à colaboração, não servem de corroboração extrínseca à delação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Segundos Bem. Decl. no inquérito 3.994 Distrito Federal**. Embargante: Ministério Público Federal. Embargados: Benedito de Lira Arthur; de Lira e Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, Julgamento: 07 de agosto de 2018. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315188530&ext=.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.



Neste norte, é curial ter em mente que o acordo entre colaborador e Ministério Público ou autoridade de polícia judiciária não conduz de imediato à condenação do delatado. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito jurídico na esfera do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-lo, mas sim as imputações constantes do depoimento do colaborador” e nas provas por este apresentadas, o que poderia ocorrer antes ou mesmo independentemente da existência de um acordo de colaboração. Por isso, no seio dos processos criminais contra eles iniciados, os coautores ou partícipes delatados “terão legitimidade para confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor, com base naquelas declarações e provas”. Falta-lhes legitimidade, porém, para impugnar os termos do acordo de colaboração premiada levado a efeito por terceiro<sup>412</sup>.

Outra salvaguarda estabelecida em lei em favor do delatado foi a tipificação penal da “falsa colaboração”, contida no art. 19 da Lei 12.850, consistente em “imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas”, para o qual vem prevista pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa. O delito em pauta tem sujeito ativo próprio, na medida em que só pode ser praticado por quem se situa na posição de colaborador. A pena é exatamente a metade da imposta pelo crime de denúncia caluniosa<sup>413</sup>, e, embora a tipicidade seja bastante similar, no caso da colaboração

---

<sup>412</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e Outros. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> Acesso em: 06 mar. 2019.. Mais recentemente, ainda o STF reafirmou que “por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada, não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações por ela praticadas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1103435/SP. Agravo regimental no Rec. Extr. Recorrente**: Eloizo Gomes Afonso Durães. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, Julgamento em: 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5339922>. Acesso em: 06 mar. 2019.

<sup>413</sup> CP/Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

falsa, não há exigência de que seja efetivamente iniciada investigação, processo criminal ou ação de improbidade administrativa. O conflito aparente de normas entre a colaboração premiada falsa e denúncia caluniosa deverá ser resolvido através do princípio da especialidade.

A omissão de informações não tem tipicidade penal, ao contrário do crime de falso testemunho<sup>414</sup>, inaplicável ao colaborador, pois, este tecnicamente não é testemunha, salvo quanto a fatos de que não participou<sup>415</sup>. Todavia, costuma-se inserir, em acordos de colaboração premiada, cláusula segundo a qual, comprovado que omitiu fatos relevantes ou prestou declarações falsas, o colaborador perde direito ao prêmio, sem prejuízo de que suas declarações e provas apresentadas possam ser utilizadas contra ele próprio.

Ante tais considerações, pode-se afirmar que a colaboração premiada não é um mecanismo jurídico inconstitucional, ao revés, tanto sob o prisma do direito de defesa, que é por ele ampliado para admitir-se, como alternativa, uma defesa negociada, quanto desde a imposição de proteção eficiente de bens jurídicos, o instrumento de cognição processual, é compatível com a principiologia que preside as constituições democráticas, dentre as quais, a Constituição de 1988.

Mecanismos como o da colaboração premiada surtem um efeito expansivo do Direito Penal, pois concretizam um instrumento de observação sistêmica mais profunda das organizações criminosas que, por sua vez, também agem de forma sistêmica, desenvolvendo operações, forjando estruturas e conquistando espaços no poder.

Em se considerando a possibilidade legal e também constitucional do emprego de meios de obtenção de prova contemporâneos em harmonia com as Convenções de Mérida e de Palermo, firmadas pelo Estado Brasileiro, é lícito crer que as sociedades pós-modernas não estão dispostas a abrir mão das sanções penais ou, genericamente, do próprio Direito Penal, para a contenção do avanço da criminalidade organizada em níveis intoleráveis. Especialmente, no que aqui

---

<sup>414</sup> CP/Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

<sup>415</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador seu valor probatório (art.). In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 234.

interessa, a grande corrupção *lato sensu*, que aparece como um sustentáculo do crime organizado<sup>416</sup>, não está a ponto, em países com frágil institucionalização estatal como o Brasil, de restar imunizada à pena prisional, que emerge, nesse contexto, como elemento de diferenciação sistêmica do Direito Penal em relação a outros ramos do Direito, administrativo ou civil, igualmente relevantes, mas destituídos do mesmo potencial repressivo.

Deste modo, na próxima seção, deste capítulo, abordar-se-á o tema da sanção penal prisional, no propósito, deveras árduo, de dar-lhe supedâneo filosófico e sociológico, como causa da diferenciação funcional do próprio Direito Penal na contemporaneidade.

#### 4.2 Bases para um Fundamento Ético-Filosófico da Pena em Matéria de Criminalidade Moderna: a autonomia da vontade

No mundo antigo, a pena criminal não foi aplicada com um propósito ressocializador, que permitisse levar o próprio condenado a refletir sobre seu ato e, desde essa reflexão, mudar seus hábitos ou atitudes. Pode-se até entrever uma finalidade de prevenção geral, em que a pena tenha sido utilizada para dar exemplo aos demais membros do clã ou da comunidade e fortalecer a autoridade religiosa e estatal, mas, primacialmente, a função da pena foi mesmo a de vingança em favor da vítima ou em sua memória e restabelecimento do poder sagrado da lei.

Destarte, nossa investigação retorna às razões primevas da pena e seu princípio mais conhecido – o talião, em sua originária face privada –, a vingança

---

<sup>416</sup> O vínculo comum entre crime organizado e corrupção de servidores público veio revelado na própria tipificação de causa majorante do crime de organização criminosa, previsto no § 4º, inc. II, do art. 2º da Lei 12.850/2013, que determina aumento de 1/6 a 2/3 da pena “se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal”. Ademais, o §5º do mesmo dispositivo ainda estabelece que “se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”. E, por fim, o § 6º preceitua que “a condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena”. Enquanto o § 7º expressa textualmente que “se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

pura e simples aplicada pelo clã da vítima, sem mesmo uma limitação precisa na equivalência entre ofensa e pena. Mas, já nos domínios do antigo talião, pode-se vislumbrar uma evolução de um talião absolutamente privado para o talião público, quando se extrai da vítima ou seus familiares o poder de aplicar a pena, para endereçar esta faculdade a uma instância mais neutra e equilibrada, capaz de gerenciar a punição de um modo presumivelmente racional: a autoridade soberana, que então se confundia com a autoridade religiosa.

O Estado vai crescentemente assumindo-se fonte material e exclusiva da lei, a substituir os textos sagrados e a autoridade religiosa, como consequência do primado da razão e da emancipação do homem na Era das luzes. A nova visão instrumentalista do Estado transfere-se ao Direito que assume a função – outrora mística – de transformar as almas dos condenados. A prisão emerge como a pena por excelência e como o tempo-espaço da regeneração. Porém, nas crises do Estado, que promete muito, a ampliar desmesuradamente expectativas, e não logra cumprir plenamente suas promessas dentro e fora das prisões, reside a crise do Direito, em especial, do Direito Penal.

Propõe-se aqui sustentar um fundamento filosófico da pena, confrontando as propostas reducionistas ou abolicionistas que têm vicejado nos últimos dois séculos aproximadamente. Tais propostas, ao atribuírem à pena, exclusivamente, finalidades preventivas, julgam-na por suas consequências pessoais ou seus reflexos coletivos e, diante da incapacidade de alguns Estados em conter a criminalidade, increpam o Direito Penal, advogando sua extinção.

Mas será que a pena criminal, desde suas origens, esteve mesmo a serviço de razões preventivas, no sentido de prevenir crimes futuros – *punitur ne peccetur* – ou, ao revés, seu propósito originário foi mesmo a retribuição, como forma de pacificação social – *punitur quia peccatum est*? Na busca de uma resposta, pretende-se retornar às origens históricas do Direito Penal, desde a formação daquele que foi seu princípio primitivo: o talião.

#### 4.2.1 Breve Escorço sobre a História da Pena: por que punir, quem pune o corpo e quem pune a alma?

Sendo a pena um sofrimento, não é impositivo concluir também que seja um mal em sua concepção abstrata. Há sofrimentos que não são maus nem bons, como

os que derivam de fatores naturais como doenças, pandemias, catástrofes, ataques de animais ou quaisquer outros eventos da natureza e que sequer podem ser abrangidos por uma explicação racional. Os antigos compreendiam a pena como uma consequência inexorável do crime, uma exigência, primeiro dos deuses domésticos, depois da religião pública e, por fim, da própria cidade. Nesse sentido, ela era um evento determinista, uma condição inafastável da vida em sociedade, regida pelo princípio da igualdade. A punição acalmava os deuses e fazia a vida prosseguir, sendo, portanto, uma necessidade, a exemplo das colheitas que saciavam a fome ou das casas que abrigavam do frio e das tempestades.

Assim destituída de finalidades preventivas ou regeneradoras, a resposta à pergunta “por que punir?”, não era tão difícil de responder. Mais relevante fora solucionar as questões: “quem punir?”, a fim de evitar o extravasamento ilimitado da pena sobre os limites individuais do criminoso, e “como punir?”. A resposta a estas perguntas já veio sendo buscada nas primeiras fases do antigo talião.

#### 4.2.1.1 A Arqueologia da Pena: o talião privado e o talião público

O talião, do latim *talís* – “tal” ou “idêntico” –, reflete precisamente a lei física ou natural, ontológica, segundo a qual, a cada ação correspondente uma reação em igual proporção. É um princípio informador do Direito Penal primitivo que encontra formulação em inumeráveis obras sagradas influentes sobre a cultura ocidental e oriental. A mais conhecida e possivelmente mais antiga, datada do séc. XVI antes de Cristo, é aquela traduzida no aforismo: “olho por olho dente por dente” que já inspirava profundamente o Código de Hamurabi<sup>417</sup>. Ainda na Bíblia, Livro do Êxodo, Cap. XXI e XXII, constam diversas formulações legais acerca da retribuição punitiva para diferentes crimes bíblicos. Igualmente é encontrada na Lei Romana das XII Tábuas<sup>418</sup>, bem como no Corão<sup>419</sup>.

<sup>417</sup> Hamurabi, todavia, pronunciou sua legislação "para que o forte não prejudique o mais fraco, a fim de proteger as viúvas e os órfãos" e "para resolver todas as disputas e sanar quaisquer ofensas". Em uma de suas formulações mais conhecidas, ele preceitua que "*se um construtor edificou uma casa para um Awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto*".

<sup>418</sup> Tábua Sétima, lei 11 - Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.

<sup>419</sup> Segunda Surata: Ó fiéis, está-vos preceituado o talião(66) para o homicídio(67): livre por livre, escravo por escravo, mulher por mulher. Mas, se o irmão do morto perdoar o assassino, (68) deveis indenizá-lo espontânea e voluntariamente. Isso é uma mitigação e misericórdia de vosso

Gros põe em debate M.Mauss e M.S.R. Steinmert sobre estas primitivas origens da punição<sup>420</sup>. Para Steinmert, a pena é vingança de sangue das sociedades primitivas, não importando se o sangue é do verdadeiro culpado. Basta derramar sangue em sacrifício à vítima, para que o senso de justiça seja restabelecido. Esta versão da pena, aparentemente originária de aspectos do talião arqueológico, prevalece em dadas subculturas, especialmente contraculturas criminais, até nossos dias, na forma da retorsão aplicada diretamente pela vítima ou seus familiares. Em efeito, sendo uma “lei universal”, como já se demonstrou, o princípio do talião pode ensejar aplicações díspares, conforme interpretações ou aplicações mais ou menos extremas. Assim, quando se tratou, na aurora dos tempos, da vingança privada: “cega, desmesurada e virtualmente”, ela representa um “contraponto à instituição judicial”, externalizando-se como uma “[...] paixão funesta, um apetite furioso, um desejo de violência contagioso [...] sustentada por uma pulsão de morte, essa vingança reveste talvez uma aparência de justiça, tirada da reciprocidade a que recorre: na realidade ela continua a ser uma via de facto e aumenta a violência em vez de a apaziguar”.<sup>421</sup>

François Ost assim avalia esta primitiva forma de talião:

Falta-lhe totalmente o distanciamento necessário à reflexão e à mediação do terceiro sem as quais a acção da justiça não poderia existir. A vingança deriva da imediatez: ela surge de um impulso não refreado, exige uma retorsão imediata. Não há dúvida de que nem sempre consegue saciar-se e, nesse caso, alimenta-se de rancor como se a ofensa inicial tivesse feito nascer uma dívida que deveria ser cobrada com juros. Tudo se passa então como se os relógios tivessem parado na hora da ofensa e o futuro não apresentasse outra perspectiva que não fosse a ruminação neurótica do crime e a esperança da sua anulação simbólica. Na resolução vingadoura, o tempo imobiliza-se no espaço fechado do momento passado da ofensa cujo presente e futuro apenas permitem a repetição obsessiva<sup>422</sup>.

O talião, precisamente por seu intenso viés emocional, encontra-se tão arraigado na cultura que pode reivindicar um carácter de direito natural. Na

---

Senhor. Mas quem vingar-se, depois disso, sofrerá um doloroso castigo. Tendes, no talião, a segurança da vida, ó sensatos, para que vos refreeis.

<sup>420</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 15-17.

<sup>421</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?]. p. 131.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 131.

Oresteia<sup>423</sup>, o encontramos em profusão. A trilogia de Ésquilo revela o caráter obsessivo da vingança que os gregos perseguem obstinadamente em nada lhes relevando os excessos cometidos. O tempo transcorrido entre o rapto de Helena e a destruição de Ílion é um tempo suspenso; desde a ofensa até a vingança este tempo ficou fechado sem alternativa que não fosse o incêndio fatal de Troia. A vingança ultrapassou os limites da equivalência em todos os sentidos, como se a falta ao dever de lealdade para com o anfitrião justificasse todo o sangue de inocentes derramado em Ílion. E quando Orestes vinga a morte de Agamenon, após matar Egisto, nem o apelo sofrido de Clitemnestra, sua mãe, impediram-no de também matá-la.

Já em outra obra de igual dimensão, escrita mais de um milênio após, a vingança surge com uma medida mais equivalente em relação à ofensa, revelando maior racionalidade. Após perceber-se que “há algo de podre no Reino da Dinamarca”, enfatizando o crime como uma ofensa ao Estado e não apenas à vítima, Hamlet ouve do fantasma de seu pai, o antigo rei, o pedido de vingança – “vinga este desnaturado, infame assassinato” – e a naturalidade da vingança é então magistralmente acentuada: “se você tem sentimentos naturais não deve tolerar que o leito real da Dinamarca sirva de palco à devassidão e ao incesto”. O monarca morto, falando-lhe como um espírito penado no Purgatório, todavia, alerta-o contra os excessos da vingança que deve limitar-se ao tio, autor direto do assassinato: “mas seja qual for a tua forma de agir, não contamina tua alma deixando teu espírito engendrar coisa alguma contra tua mãe. Entrega-a ao céu e aos espinhos que tem dentro do peito”<sup>424</sup>. É verdade que, como Orestes, Hamlet restou obcecado pelo

---

<sup>423</sup> A história em que se baseia a *Oresteia* (*Agamenon*, *Coéforas* e *Euménides*), inicia com o rapto de Helena por Páris, depois de este ter sido acolhido pelo seu marido Menelau. Páris desrespeitou o dever da hospitalidade do seu anfitrião. Como forma de restaurar e castigar essa ofensa, Agamémnon reúne uma frota para recuperar Helena e trazê-la de volta à Hélade. A armada parte e Agamémnon, após dez anos intensos de luta, conquista a cidade de Troia e arrasa-a com absoluta crueldade e desproporção.

No seu regresso, Clitemnestra recebe-o no palácio com honras excessivas, que só aos deuses eram devidas. Depois de entrar no palácio, ela assassina o marido com o auxílio de Egisto, seu amante. Esta morte devia ser vingada, como anunciara Cassandra e o Coro anseia (*Agamémnon* 1667).

Nas *Coéforas*, a peça seguinte, aparecerá um justiceiro: Orestes, filho de Agamémnon e Clitemnestra, que vingará a morte do pai. Depois de matar Clitemnestra, Orestes é perseguido pelas deusas do remorso, as Erínias e, ao fim, enlouquece.

Na terceira peça, as *Euménides*, Orestes, suplicante, encontra-se em Delfos. Apolo promete protegê-lo da acção das Erínias vingadoras. O deus aconselha-o a pedir auxílio à deusa Atena. É acolhido pela deusa e defendido por Apolo contra as Erínias. ÉSQUILO. **Tragédias completas**. Espanha: La Nación, [19--?].

<sup>424</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 30-33.

desejo de vingança contra o tio, sendo este o único móvel de sua vida desde que tomou conhecimento do crime contra seu pai. Para ele também o tempo criativo resultou estagnado, como se apenas a vindita pudesse romper a represa de sua existência, eternizada e paralisada naquele diálogo com o espírito paterno.

Hegel, não obstante sustentar a pena como a negação dialética do crime, já havia identificado este paradoxo do talião como um obstáculo ao fluxo natural do tempo apaziguador. Ainda quando a vingança seja justa quanto ao seu conteúdo, ela é uma justiça sempre contingente, incerta, duvidosa, quando se lhe observa a forma, pois deriva de uma vontade subjetiva que, “em cada dano que se produz, insere o seu indefinido” e para os outros homens revela-se como uma vontade privada e, portanto, tendente a transmitir-se eternamente de geração em geração<sup>425</sup>.

Ao Estado, como instância equidistante dos envolvidos, cumpriria triangular o conflito, pacificando-o de modo durável a fim de evitar sua perenidade e a entropia que lhe é conseqüência<sup>426</sup>. Para solucionar esta contradição, Hegel preconizou uma “justiça isenta de todo interesse, de todo o aspecto particular, de toda a contingência da força; uma justiça que pune, mas não vinga” e aspira ao universal<sup>427</sup>. E, com efeito, desde que formas embrionárias de Estado passaram a avocar a si a intermediação da aplicação da pena, ainda que retributiva e equivalente à ofensa, nas sociedades antigas mais evoluídas não se entrevê uma atitude estatal que incentive vinganças desproporcionais e/ou incidentes sobre terceiros que não os próprios autores da ofensa. Indiretamente, entretanto, a punição extrema sobre o culpado – morte, desterro, confisco – sempre produziu efeitos nefastos sobre os familiares do condenado. Nesse sentido, a formulação do princípio da pessoalidade da pena é relativamente recente.

Mas é preciso admitir que, a despeito de toda crítica que o Direito Penal moderno, iluminista e garantista, elucubrou contra o princípio de talião, ele representou uma evolução significativa ao seu tempo em relação à vingança privada por duas razões básicas: i) o princípio de talião – em seu viés público – tencionava proteger o tecido social da desintegração que a vingança pura e simples, sem limite legal, alimentada pelo ódio emocional da vítima ou seus familiares poderia produzir; ii) A aplicação de leis inspiradas na regra da equivalência entre ofensa e sanção

---

<sup>425</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 92-93.

<sup>426</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?]. p. 132.

<sup>427</sup> HEGEL, *op. cit.*, p. 93.



passou a ser efetuada mediante o controle de um órgão externo às partes, destinado a aplicar a justiça. Nesse sentido, Ost situa sua distinção entre o *vindicativo* (desejo cego de vingança) e o *vindicatório* (a instituição de regras universais aplicadas por tribunais, ainda que embrionários, destinadas a conter a violência em limites aceitáveis)<sup>428</sup>.

#### 4.2.1.2 Os Interditos Religiosos e a Pena: a origem sagrada do Direito Penal

Para além da concepção da pena como pura retribuição, seja privada, como mera retorsão; seja pública, compensatória à vítima ou seus familiares, houve quem entreviesse nesta última uma origem religiosa e sagrada. É a punição pela desobediência de um interdito sagrado, a prevenir o contágio social que o mal é capaz de provocar como uma peste supurante. Apenas o culpado deve ser punido, pois transporta sozinho o horror de seu ato. “A sua existência ameaça todo o grupo; eis fundamentado o caráter individual da pena pública”<sup>429</sup>. Desde esse ponto de vista, não se pensa o sistema penal público como razão jurídica civilizada, desligada das paixões primitivas, mas sim com raízes emocionais: o horror fascinado, o terror sagrado. O crime não é então refletido como uma agressão exterior, mas como a transgressão por um dos membros do clã, que não constitui um ataque vindo de fora, mas um mal que ameaça o interior e que é preciso purificar. Assim, punir não é um ato de guerra, mas de purificação, havendo um *princípio de pertença* no punido e na punição ao próprio clã violado em sua sacralidade<sup>430</sup>.

Exemplo da pena como consequência da violação de um interdito sagrado, encontra-se na história de Caim e Abel, em que o assassino foi condenado ao banimento eterno<sup>431</sup>. De igual modo, na cidade grega antiga quem desobedecesse um interdito familiar sofria uma pena consistente na morte social, “tornava-se um lobo desapossado de tudo”, excluído mas não morto fisicamente, e sua punição

<sup>428</sup> OST, *op. cit.*, p. 132.

<sup>429</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 16.

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>431</sup> Gênesis 4:2: O sangue do seu irmão está clamando a mim desde o solo. <sup>11</sup> E agora você é maldito e será banido do solo que abriu a boca para receber da sua mão o sangue do seu irmão. <sup>12</sup> Quando você cultivar o solo, ele não lhe dará os seus produtos. Você se tornará errante e fugitivo na terra.” BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Editor responsável Russell P. Shedd; traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida Nova; Brasília, DF? Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. p. 10.

peçoal poderia regenerar ao menos sua família, esta punição seria a mais indicada quando um membro de um família causasse algum dano a outras famílias<sup>432</sup>. É Ulisses, vendo-se forçado a abandonar Ítaca, após matar os pretendentes de Penélope e humilhar suas famílias. No dilema entre, de um lado, a terra de que fora rei e para a qual ansiara por voltar após vinte anos de distanciamento e, de outro, sua família – Penélope e Telêmaco – Ulisses optou pela família, mesmo já alertado por Tirésias de que seria desterrado, como consequência de seu ato.

Quando a ofensa ocorresse no âmbito intrafamiliar, a punição menos radical seria obrigar o condenado a rituais de purificação ou sacrifícios que o regenerariam. O crime é um miasma a ser lavado e purificado, daí as penas de abandono-exclusão ou purificação-sacrifício-reintegração. Isto recorda a peste que assolou Tebas até que o duplo pecado de Édipo fosse punido<sup>433</sup> e os ritos purificadores de Orestes no Templo de Apolo<sup>434</sup>.

#### 4.2.1.3 O Dualismo Corpo e Alma. A pena para o corpo e a pena para a alma: a separação punitiva entre o político e o teológico

A explicação mítica do Mundo, evidentemente não poderia acompanhar a evolução do conhecimento humano, sobretudo o desenvolvimento da física enquanto ciência dos entes. O desenvolvimento da linguagem falada e, especialmente, escrita, foi impondo, pelo acúmulo geracional da episteme, o incremento de um novo saber que superasse as explicações mágicas, profundamente dogmáticas e crescentemente insuficientes. Assim, paralelamente, ao saber mágico/religioso, outro saber, pretensamente mais rigoroso quanto ao

<sup>432</sup> GROS, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>433</sup> Na conhecida tragédia, Sófocles registra que após tomar conhecimento da peste propagada em Tebas, que se debate em “uma crise de calamidades”, que “perece nos germens fecundos da terra, nos rebanhos que definham nos pastos, nos insucessos das mulheres cujos filhos não sobrevivem aos partos”, o Rei Édipo determina a Creonte que consulte ao Templo de Delfos, trazendo-lhe este o seguinte oráculo que determinava a punição ao assassino do antigo Rei Laio:  
*CREONTE: Vou dizer então o que ouvi da boca do deus. O rei Apolo, ordena, expressamente, que purifiquemos esta terra da mancha que ela mantém; que não a deixemos agravar-se até tornar-se incurável.*

*ÉDIPO: Mas por que meios devemos realizar esta purificação? De que mancha se trata?*

*CREONTE: Urge expulsar o culpado, ou punir, com a morte, o assassino, pois o sangue maculou a cidade.* SÓFOCLES. *Rei Édipo*. Tradução J. B. de Mello e Souza. São Paulo: eBookeBooks Brasil, 2005. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/68878291/sofocles-rei-edipo>. Acesso em: 19 maio 2019.

<sup>434</sup> ÉSQUILO. **Tragédias completas**. Las Coéforas: parte final. Espanha: La Nación, [19--?].

método de obtenção do conhecimento e preciso quanto aos resultados, emergiu da curiosidade humana: a metafísica.

Em sentido aproximativo, inicial e genérico, metafísica é um saber abstrato, universalista e paralelo ao conhecimento acerca dos entes em sua realidade meramente física e sensível. É consenso que, situado na fronteira entre a tradicional linguagem falada e a linguagem escrita emergente e, portanto, inserido existencialmente na primeira revolução linguística, Platão foi o fundador da metafísica ao confrontar o relativismo dos sofistas e sustentar a existência de uma realidade superior à realidade natural, então explicitada por aqueles que se limitavam a explicar o mundo a partir apenas de seus elementos físicos<sup>435</sup>.

É na metafísica platônica que se encontra o dualismo entre mundo sensível ou das formas imperfeitas, e o mundo das ideias ou das formas perfeitas, do qual defluiu a dicotomia entre corpo e alma, compreendido aquele como o “cárcere da alma”, que, imortal, anseia por fugir do corpo e voltar ao mundo das formas perfeitas de onde é originária. Destarte, as modalidades antigas de punição – exclusão/abandono e purificação/sacrifício – irão persistir na cultura ocidental clássica da pena, a partir da dualidade corpo e alma. O Estado pune o corpo como violação exterior da lei civil; a Igreja registrará o mal como um pecado, como uma transgressão interior do mandamento divino, que sujeita o pecador à regeneração.

A função do Estado não seria assim a regeneração do criminoso, mas apenas garantir a segurança pública e para isso atribui-se-lhe a função repressiva, consistente em eliminar, neutralizar, aterrorizar o criminoso. Neste escopo, a pena estatal é coação sobre o corpo: galés, suplícios, mutilações, com o propósito de produzir “exemplos” para intimidar outras pessoas. A regeneração está entre as finalidades da Igreja, que pode salvar a alma do condenado, através da penitência e das mortificações corporais. Neste quadro, “o castigo como operação pública e arma do governo temporal só tem sentido e justificação na medida em que reprime o mal. Mas não poderá jamais pretender inclinar-se ao bem”<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> No caso, os filósofos pré-socráticos, que buscavam no mundo físico o princípio da realidade ou da ontologia. Dentre estes vale citar Anaximandro, Heráclito e Parmênides.

<sup>436</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. *In*: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 24. O articulista ainda cita Lutero, que, distinguindo o homem interior e o homem exterior, sustenta que só a Palavra e o Espírito de Deus podem governar interiormente um homem. O governo temporal pode punir o mau, enquanto mau, e não para torná-lo bom, o que não se poderia esperar de uma ação exterior do Estado. O governo temporal “cria a paz de maneira exterior e levanta obstáculos às más ações”. *Ibid.*, p. 24, nota 08.

#### 4.2.1.4 O Estado Laico, a Pena Prisional e a Salvação das almas como Finalidade Pública

Para Marx, “a derrota do cristianismo como religião do Estado não significa a derrota da religião em geral, mas o triunfo universal da religiosidade”,<sup>437</sup> uma vez que a religião, libertada do Estado, tem espaço para popularizar-se, ainda que na forma de diferentes religiosidades. Com a divisão entre política e teologia, é o sentido penitencial de regeneração que passa a inspirar a atuação estatal na aplicação da pena. A observação de Tocqueville e Beaumont a respeito das prisões norte-americanas onde se buscava a “regeneração moral” do preso indicava que a reforma prisional se deu por inspiração religiosa nos Estados Unidos. Os autores eram um pouco céticos com respeito a tal poder regenerador e já estariam satisfeitos se a prisão não corrompesse mais e pudesse gerar um comportamento exterior honesto. Para a nova fórmula, o castigo estatal deve atingir mais a alma que o corpo do condenado<sup>438</sup>.

Conforme Foucault, dentre as funções do Estado moderno em matéria penal, coexistem, simultaneamente, um direito repressivo clássico, mediante castigos corporais para salvaguarda da ordem pública e a governabilidade pastoral, para remissão das faltas da alma. Deste duplo fundamento — jurídico-econômico, de uma parte, e técnico-disciplinário, de outra — emergiu a prisão como a forma mais sólida e civilizada de todas as penas:

[...] la prisión [...] ha sido [...] una ‘detención legal’ encargada de un suplemento correctivo, o también, una empresa de modificación de los individuos que la privación de libertad permite hacer funcionar en el sistema legal. En suma, el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX, ha cubierto a la vez la privación de la libertad y la transformación técnica de los individuos<sup>439</sup>.

<sup>437</sup> MARX *apud* GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 28.

<sup>438</sup> MARX *apud* GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 29.

<sup>439</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar**: nacimiento de la prisión. Traducción de Aurelio Garzón del Camino. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI: Editores Argentina, 2002. p. 139.

Acreditava-se que, ao isolar o indivíduo das fontes de sua corrupção – vícios, ociosidade, ambiente deletério –, a prisão poderia contribuir para o cultivo de bons hábitos, especialmente, o trabalho, regenerando-o.

A emergência da prisão como pena principal, advogada por filósofos iluministas, tinha por objetivo substituir a crueldade das penas do Estado absolutista por um sistema punitivo mais humanitário, infalível e duradouro, que seria mais idôneo aos propósitos de prevenção especial e geral. Beccaria acentuava que a certeza da punição era mais eficaz que sua crueldade. “Para que uma pena produza o seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige, exceda o bem que nasce do delito e nesse excesso de mal deve ser levada em conta a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito devia produzir”<sup>440</sup>. Além disso,

[...] não é a intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela; pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas que por um abalo forte, porém passageiro.

De sorte que penas mais duradouras, como trabalhos forçados, teriam mais efeito regenerador e dissuasório coletivo, do que penas muito graves, mas instantâneas, como a pena capital<sup>441</sup>.

A função purificadora da alma atribuída à pena ainda encontrou terreno fértil na psicanálise, que interioriza o sentido da lei no superego individual. Em efeito, com a célebre tripartição topográfica do psiquismo entre consciente, subconsciente e inconsciente, Freud conceitua este, o inconsciente, como a parte transcendental do psiquismo humano, que, submersa, como maior parte de um *iceberg*, representa o setor mais vasto e poderoso de nossa mente, porque contém nossos impulsos instintivos e recordações reprimidas – traumas de infância, vivências negativas – compondo um conjunto de forças paralelas aos sentimentos conscientes, que, recônditas, governam os pensamentos, emoções e ações conscientes do homem.

Outra sistematização de Freud diz respeito às três instâncias do aparelho intrapsíquico: o *id*, o *ego* e o *superego*. O *id* desponta como a estrutura originária, básica e primária que integra todos os componentes naturais e involuntários do indivíduo, sua originalidade evidencia-se na constatação de que ao nascer somos

---

<sup>440</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 91-92.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p. 96.

puro *id*, movidos por instintos e emoções primárias. Sua tônica é o hedonismo, revelado no conjunto de impulsos ou instintos do indivíduo, voltados ao prazer. Deste modo, na doutrina psicanalítica, o homem é, por natureza, antissocial, egoísta e não solidário.

O *ego* se desenvolve à medida em que o sistema psíquico começa a entender sua diferenciação em relação ao ambiente externo, assegurando a estabilidade do indivíduo; tal como em Luhmann, a diferenciação sistema-ambiente caracteriza os progressos do sistema psíquico em seu reforço intrassistêmico. O *ego* é regido pelo princípio da realidade, mas nele se digladiam atividades conscientes (percepções, reflexões), subconscientes e inconscientes (mecanismo de defesa, traumas).

O *superego* é uma nova diferenciação a partir do *ego*, produzida especialmente pela superação do complexo de Édipo, onde introjetada a figura paterna. Ele entroniza os valores morais induzidos socialmente através da identificação com os pais, o *superego* é a sede de forças repressivas desencadeadoras da auto-observação e autocrítica que atuam sobre o *id* inibindo os desejos mais intoleráveis. Esta instância psíquica é regida pelo princípio do dever.

Deste modo, está claro que a doutrina psicanalítica acentua, como hipótese explicativa do delito, a ausência de *superego* ou sua debilidade em face de impulsos do *id*:

El crimen sería consecuencia bien de un fracaso en la interiorización de las normas y valores convencionales (triunfo del 'ello', del principio del placer), bien de una mala estructuración del 'yo', incapaz de controlar las fuerzas instintivas del 'ello' y las exigencias sociales del 'superyó' (neurosis).<sup>442</sup>

Entre o *ego* consciente da culpabilidade e o *superego* inconsciente da autoridade (tabu do clã, regra familiar sagrada, lei divina) manifesta-se uma sequência possivelmente dramática. Freud identifica nos criminosos por sentimento de culpabilidade uma categoria que procura no ato delinvente mais que o lucro do crime, a punição que lhe poderá seguir. Deste modo, a justificação do sistema penal, como reforço simbólico de um *superego* débil, reside na metáfora do interdito paterno (a superação edípica do instinto criminoso original) e o indivíduo culpado encontra na punição o meio com que socializar sua neurose, reconciliando-se

<sup>442</sup> MOLINA. Antonio García-Pablos de. **Tratado de criminología**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni.2009. t. 2, p. 230-231. Em espanhol traduz-se *id* por *ello*, no sentido de *isto*. A própria expressão *id* tem o sentido de *it* em inglês, para diferenciar de *I* (eu, ego, yo).

consigo mesmo<sup>443</sup>. A pena assim não apenas recorda a lei, mas socializa o indivíduo a partir do Direito, como instância simbólica, que estrutura a identidade individual<sup>444</sup>.

#### 4.2.2 Da Lei como Interdito Sagrado à Lei Universal da Razão

Atualmente o debate sobre a pena e o Direito Penal oscila entre dois extremos: de um lado prevalecem as políticas de *tolerância zero*, de retorno ao talião e mais especificamente de “policialização” do Direito Penal, mediante largo recurso à violência como remédio imediato e eficaz contra o crime. Nesse viés, há manifesta descrença em relação ao processo penal e suas garantias e mais ainda com relação à própria pena. Em sentido diametralmente oposto, batem-se as teorias minimalistas que, no seu extremo, advogam até mesmo a abolição do Direito Penal, como resultante de sua ineficácia ou de sua intrínseca maldade<sup>445</sup>.

Qualquer uma dessas duas alternativas extremas finca-se em motivações utilitárias ou finalísticas, mas nega-se uma reflexão realmente séria e profunda acerca das razões filosóficas da pena e do Direito Penal. Ambas representam uma espécie de recuo cronológico ou fixação histórica em momentos de autoritarismo em que a segurança pública foi utilizada como “instrumento institucional destinado a violar os direitos do cidadão”, deslegitimando o Direito Penal. Alguns anseiam pela revitalização daquele modelo como único eficaz ao combate à criminalidade, outros se valem de sua ilegitimidade como um libelo contra o Direito Penal, advogando sua extinção<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> A neurose implica em grave desequilíbrio entre as instâncias do aparelho psíquico em virtude da qual alguma tendência, derivada de acontecimento traumático, é reprimida e fixada no inconsciente, sem assomar-se ao mundo consciente. Nesse caso, o tempo é estéril e o indivíduo não evolui, fixando-se no passado ou a ele sempre regredindo. O *ego* fica preso entre demandas do *id* inconsciente e sequelado e do *superego*, que intenta adequá-lo socialmente. Para Freud, ainda que haja semelhança entre neurose e criminalidade, pois ambos respondem aos mesmos processos psicanalíticos, duas diferenças separam o criminoso e o neurótico, pois, para este há algo secreto para sua própria consciência, enquanto para o criminoso o segredo é para os demais indivíduos. Além disso, o criminoso passa aos atos, enquanto o neurótico imagina, cogita, mas não chega a realizá-los. MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Tratado de criminologia**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni. 2009. t. 2, p. 232.

<sup>444</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. *In*: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia: e a justiça será**. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 31-32.

<sup>445</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Constituição, violência e o mal (art.). *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 147.

<sup>446</sup> Em efeito, Barreto, lembrando períodos de exceção em que o Estado tornou-se algoz da sociedade civil, preceitua que “a função de punir, imanente à própria natureza do estado e condição de sua legitimidade, foi sendo progressivamente esvaziada de seus fundamentos morais pela ação corrosiva das experiências autoritárias e totalitárias do Séc. XX”. *Ibid.*, p. 149.

Enquanto isso, no justo termo entre esses extremos, a pena caminhou no sentido de sua humanização, substituindo a crueldade do passado por projetos socializadores destinados a (re)qualificar os indivíduos, de modo a integrá-los no sistema econômico. Nesse viés, entretanto, é avaliada por suas consequências futuras e não pelo mal pretérito. A “orientação pelas consequências” advoga razões utilitaristas de política criminal e prevenção geral ou individual, mas pode negligenciar um debate mais profícuo sobre a pena como um valor moral de justificável racionalidade<sup>447</sup>. Caso deixe de ser um valor, a pena se encaminha, a passos rápidos, para ser avaliada por seus benefícios sociais ou individuais e, sopesada frente a estes contrapesos, ela dificilmente passará no teste.

Há, entretanto, quem sustente que a legislação positiva deve inspirar-se em valores morais. Assim, a pena não seria somente julgada por ser benéfica ou prejudicial, mas por ser justa ou injusta. Sustentando o predomínio moral, Kant enfatizava que uma doutrina simplesmente empírica (exclusivamente positiva), que se orientasse apenas por benefícios, pode ser como a cabeça de Fedro, bonita, mas sem cérebro, já que este corresponderia ao gerenciamento do Direito pela moral<sup>448</sup>.

A qualificação da lei como interdito sagrado ou psíquico evolui, então, para outro importante significado da lei penal, que se enuncia mais na transparência de uma razão clara e universal a si mesma que na obscuridade trágica de uma autoridade transcendente ou no determinismo da falibilidade da repressão egoica. A lei, para toda uma filosofia penal, de Kant a Hegel, não é o interdito sacro-teológico-paterno. É a lei da razão, que tem por base um sujeito racional: o legislador<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> Nem por isso se está aqui negando relevância à orientação pelas consequências, que é, sem dúvida, uma característica do Direito moderno e, inclusive, do Direito Penal. Ao agirem, orientados pelas consequências, o legislador e a jurisprudência desenvolvem suas funções conscientes dos impactos desejados e indesejados, prevalecendo o interesse no conhecimento mais completo do fato, da vítima e autor e na correção deste. Nesse caso, há uma invasão do Direito Penal pelo saber empírico o que pode estar atrelado à sua busca de legitimação, legitimidade que depende da demonstração de seus efeitos satisfatórios sobre a delinquência e a sociedade. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 53-54.

<sup>448</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** (Introdução à teoria do direito). Tradução, Textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 78. (Série clássicos Edipro).

<sup>449</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia: e a justiça será**. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 33-4.



#### 4.2.3 Kant e o Fundamento Moral Racional da Pena: o dualismo corpo e alma é substituído pelo sujeito fenomênico e numênico

Na *Metafísica dos Costumes*, o filósofo de Königsberg busca responder às quatro perguntas fundamentais sobre a racionalidade da punição: quem pune? Por que punir? Quem se pune? Como se deve punir?

Distanciando-se da origem mais remota da pena, para o idealista alemão, o direito de punir não será mais da vítima, mas do soberano como única instância autorizada a exercê-lo. Porém, a grande diferenciação de Kant em relação à história da pena está em sua resposta à difícil interrogação sobre seus fundamentos racionais: para ele, o crime é a única razão da punição. Preocupado em ser coerente com seu imperativo categórico, o filósofo sustenta a impropriedade de punir-se para dar exemplo a outros ou ao próprio criminoso, pois um homem não pode ser usado como meio para fins de outrem, ainda que de toda sociedade, e pontifica: a lei penal é um imperativo categórico e ai daquele que desliza pelos anéis serpentinos do eudemonismo, porque a “se a Justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a terra”<sup>450</sup>.

Ensejando o que depois se denominou “Escola Clássica” do Direito Penal, que situa a base ética da pena no livre-arbítrio, para Kant, o crime é a razão primeira e última da pena e, como consequência, não se pune um crime para que alguém deixe de cometer crimes no futuro ou para proteger a sociedade, mas simplesmente porque alguém cometeu um crime no passado. Destarte, a penalidade se baseia em um argumento moral e, portanto, não se confunde com a prudência penal, baseada em razão pragmática (*ne peccetur*), ou seja, na experiência do que é mais eficaz para prevenir o crime. Indiretamente, é inegável que, simplificando a resposta à pergunta sobre as razões da punição, Kant estabelece um paradigma dogmático, similar às justificativas da pena com base em violações de interditos sagrados: faltando a justiça, a vida humana não tem qualquer valor. Assim, a justiça é um valor supremo com uma bondade intrínseca e inquestionável.

Embora advogue a correção do Direito pela moral, o filósofo prussiano contraria a preocupação histórica da pena como instrumento de regeneração que inspirou o próprio movimento liberal. E o faz mediante a distinção entre a pena

---

<sup>450</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** (Introdução à teoria do direito). Tradução, Textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 175. (Série clássicos Edipro).

jurídica e a pena natural; esta constituiria o sofrimento moral que a execução do crime pode provocar no criminoso; mas a punição pública/jurídica, necessariamente, não requer este tipo de efeito que não é aferível, por isso sequer é necessária qualquer prospecção na alma do condenado para avaliar seu efetivo arrependimento ou para tentar produzi-lo, a exemplo do sustentado pelas teses prevencionistas. A punição não se destina a emendar o criminoso ou proteger a sociedade, de modo que o princípio da pena não está em seus efeitos, que são apenas consequências benéficas, nas não necessárias, pois, por melhores que sejam, tais conseqüências não estruturam ou justificam a punição.

Na sua defesa da liberdade como um valor supremo do homem, garantido pela ideia de autonomia, o indivíduo que sofre a pena é dual: ele é o mesmo homem numênico (*homo noumenon*) que elaborou a lei (co-legislador) e simultaneamente aquele que a violou. Ao responder a Beccaria<sup>451</sup>, Kant pontificou que “ninguém pode ser punido por ter querido a *pena*, mas por ter querido uma *ação punível*”. A pena é sempre uma consequência indesejada para o autor do delito, que, sendo um agente calculista e maximizador dos seus benefícios, quer o crime e as vantagens pessoais dele decorrentes, mas aposta na sua impunidade. Trata-se, pois, de um cálculo da velha relação “custo-benefício”.

Ao consagrar a liberdade como a faculdade de sujeitar-se às leis criadas pelo próprio sujeito, ou seja, liberdade como autonomia, para Kant, em todo homem, há uma instância sensível, o homem fenomênico, empírico, que pode assumir a prática patológica do crime; mas há uma dimensão numênica, suprassensível (ao estilo do ideal de Platão), que é puramente racional (razão pura) e que, sendo autônoma, é colegisladora das leis a que se submete.

Desde este marco filosófico, o sujeito que, como colegislador, dita a *lei penal*, possivelmente não será a mesma pessoa que como indivíduo é punido de acordo com a lei, porque, como criminoso já punido pela lei, é impossível que tenha um sufrágio na legislação. Quando então o sujeito legisla uma lei penal que pode atingir a si mesmo, é então a pura razão jurídica legislativa (*homo noumenon*) que o sujeita a esta lei penal, como ser capaz de um crime, por conseguinte, como outra pessoa

---

<sup>451</sup> Que contestava a pena de morte ao aduzir que nenhum homem, ao unir-se à sociedade civil, poderia ter concordado em deixar a outros o arbítrio de matá-lo.

diversa da que, posteriormente, praticará o crime (*homo phaenomenon*)<sup>452</sup>. O sistema legal é o resultado de uma estrutura comunicacional especializada pela comunidade de homens livres e autônomos (*homo noumenon*), capazes de ditar as leis às quais eles próprios irão submeter-se<sup>453</sup>.

Este aparente paradoxo, longe de constituir uma aporia, pode ser explicado pela distinção entre *ser* e *dever ser*. Para Kant, ao contrário de Beccaria, o criminoso não anui com sua própria pena no contrato social, pois se este contivesse a promessa de cada contratante individual de “deixar-se punir”, também implicitamente estaria a de se autojulgar, tornando o criminoso seu próprio juiz. É como se, em face do crime, se instituisse uma separação radical: uma parte sensível e patológica do *ego* – ontológica – deseja uma ação ilícita para um lucro sensível em nome de interesses imediatos; mas, em contrapartida, o sujeito puro da lei, deontológico, deseja de maneira universal, absoluta, a punição do *ego* que pratica o crime. Este último é o sujeito que se manifesta comunicativamente no sistema legal em face do homem fenomênico que, por assumir uma visão particular de mundo, frustra as expectativas legais sistêmicas.

Assim, ao condenar-se alguém, honra-se sua razão pura: puni-lo é prestar justiça à sua humanidade, conformando-se ao que sua parte mais nobre de humanidade exige; é atender a esta exigência de justiça que ele transporta em si, enquanto ser racional e moral, sejam quais forem as vicissitudes de sua vida

---

<sup>452</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. *In*: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 39.

<sup>453</sup> Para Jakobs, a pena deve ser entendida como a censura a um ato lesivo à norma, que, ao ser aplicada, estabiliza expectativas de estabilidade normativa. Deste modo, “la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa”, sendo esta sua função manifesta, o que não significa não possa ter funções latentes, relacionadas ao esforço de direcionar a motivação de comportamentos pessoais, caracterizadas como as funções preventivas. Estas funções latentes decorrem da função manifesta, pois a marginalização de certos comportamentos e a consequente estabilização social acabam por excluir as condutas criminosas do repertório de possibilidades comportamentais. Mas o efeito confirmante da identidade social e os efeitos preventivos da pena, respectivamente, sua funções manifesta e latente, se dirigem a destinatários diversos. O primeiro é destinado a *peessoas*, isto é, a partícipes da comunicação dispostos em um cenário jurídico. Kant caracterizaria aos destinatários da função manifesta da pena, o efeito confirmatório da ordem jurídica, como *homo noumenon*. Já no que concerne às funções latentes não se pode afirmar que a fidelidade ao Direito ou a intimidação frente à ameaça sancionatória sejam funções atribuíveis à pessoa. E salienta o autor: “as personas no precisan de habituación o de intimidación, pues, como ya se dijo, son presentadas únicamente como partícipes de la comunicación dispuestos jurídicamente. Solamente debe ser dirigido mediante habituación o intimidación aquel que de por sí carece de disposición jurídica, de nuevo en el lenguaje kantiano, el *homo phaenomenon*, el individuo que se debate entre la apatencia y la inapetencia”. JAKOBS, Günther. **Dogmática del derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas Ediciones S. L., 2004. p. 41-42.

particular. Punir um homem para torná-lo melhor ou fazê-lo servir de exemplo aos outros é negar a sua humanidade pura, é degradá-lo, é reduzi-lo ao nível da bestialidade, à animalidade sensível<sup>454</sup>. Para Kant, punir é considerar o outro como suficientemente responsável e livre sem recorrer à demagogia sistemática e à responsabilidade flácida.

É mais fácil ser condescendente do que exigente. Encontrar sem cessar desculpas no outro para não o punir, fazer dele a vítima perpétua da sociedade e dos dramas familiares é também secretamente dizer-lhe que é suficientemente desprezado para não o punir<sup>455</sup>.

Vive-se, no Brasil, um momento paradoxal, de um lado, cresce o prestígio da Justiça Criminal em face de seu avanço sistêmico sobre a criminalidade dos *powerfull* e, de outro, é evidente o desapontamento social no que diz respeito à contenção da criminalidade de rua e a redução do nível de segurança pública. Enquanto a prisão começa a ser ocupada por políticos e empresários, historicamente imunes ao Direito Penal, nos escalões inferiores, a violência alcança patamares inauditos. Atribui-se a culpa ao Direito Penal que teria sido omissivo, para alguns, em relação à criminalidade político-econômica e ineficiente com relação à criminalidade de massa. Um lado e outro gostaria de vê-lo extinto ou, ao menos, ver-se imune às suas consequências.

Nesse quadro contraditório, a legitimação da pena é duramente atacada por diferentes e opostas frentes ideológicas. Equivocadamente se atribui ao Direito Penal a culpa pelo aumento da corrupção e da violência, sob o suposto de que a impunidade seja a única razão deste estado de coisas. Questiona-se a validade correcional da pena prisional, concluindo-se por sua ineficácia para ricos ou para pobres. Os primeiros, não haveria porque segregá-los, porque sempre estiveram socializados e a prisão não lhes trará nenhuma melhora pessoal, servindo apenas como vingança; enquanto, para os *powerless*, a prisão nada faz além de incrementar-lhe a deterioração moral, da qual o culpado é o próprio sistema social discriminatório e heterogêneo. Nessa distração de razões, sempre voltadas ao futuro, a razão filosófica da pena é definitivamente esquecida.

---

<sup>454</sup> GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 121.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 44.

A despeito de sua complexa elaboração, em Kant se pode encontrar o mais relevante fundamento ético da pena: a razão humana, expressa em sua autonomia de vontade. É verdade que este fundamento é atacado de todos os lados por uma plêiade de relativismos morais que recusam a existência de um conjunto de valores éticos compartilháveis intersubjetivamente. Tais tendências, que interferem na dogmática penal, imputam a responsabilidade criminal a entes abstratos, como a sociedade, as elites, o sistema econômico, minimizando a culpa individual.

Não há, todavia, como negar à pena um fundamento moral inspirado no livre arbítrio. Nino observa com agudeza haver uma reação instintiva, refutando as ideias de Kant ou Freud, de que o criminoso (seu superego ou seu eu numênico) deseja ser punido, porém, “a maioria das pessoas concordará que o fato de alguém ter consentido com uma obrigação contratual provê ao menos uma justificação *prima facie* para impor uma obrigação a ele”<sup>456</sup>. O consentimento aqui não é a intenção de aceitar a pena, mas de anuir com as consequências normativas da frustração voluntária de seus deveres. Mesmo que o indivíduo tenha esperanças na impunidade, isso não descaracteriza o seu livre consentimento à potencialidade da pena, pois o fato de o agente ter consentido livremente em se tornar passível desta punição (mediante ato voluntário, sabendo que a renúncia à sua imunidade é uma consequência necessária dele) legitima o poder legal correlativo de puni-lo. O livre arbítrio constitui apanágio indelével da condição humana, não se punem animais e não se admite a pena criminal a alienados destituídos de compreensão, não porque estes não sejam humanos, mas porque, ainda que humanos, falta-lhes livre arbítrio. A liberdade como autonomia pressupõe que cada homem é legislador das leis a que se submete e juiz de seus atos, podendo decidir, às vezes, irrevogavelmente, qual dos seus desejos ele deve tentar satisfazer e qual ele pode colocar em risco de frustrar. “No caso da punição, o indivíduo que decide cometer um crime abraça um projeto que inclui tanto a fruição dos resultados do crime, quanto a sujeição a uma situação normativa que subordina o agente ao poder normativo dos funcionários judiciais”<sup>457</sup>.

E, mormente no que tange à criminalidade econômica, o mais elevado *status* sociocultural do sujeito proporciona maior poder decisório, seja pela mais evidente

---

<sup>456</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011. p. 345.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p. 361.

consciência da ilicitude, seja pela maior possibilidade de eleição dos meios legais para o alcance dos seus propósitos. Nesse caso, o desvio tem menor justificativa psicossocial, desafiando uma resposta penal mais acentuada, ao contrário, da criminalidade de rua, onde a voluntariedade joga um papel muitas vezes fictício, como ocorre nos crimes praticados por viciados em álcool ou drogas ou pessoas que, em sua formação inicial, estiveram à mercê da violência ou da desestrutura familiar ou social, definindo a formação do superego e para os quais a fidelidade ao sistema jurídico apresenta-se como um desafio de mais árdua consecução.

Já no concernente à prevenção geral positiva sustenta-se que a pena, ainda que somente como uma ameaça hipotética contida em lei, tem o escopo e a função de proteger bens jurídicos, impondo, ou ao menos estimulando, um agir tendente a não causar-lhes perigo ou dano. Como já se disse alhures, não se pode negar o *status* de bens jurídicos penalmente tuteláveis aos bens coletivos que até transcendem uma natureza puramente individual, tais como, a higiene ambiental ou sanitária, o patrimônio cultural, o patrimônio público, a saúde pública e outros bens de cariz econômico ou social. Desde que se admita que o homem é, essencialmente, um animal político, os interesses coletivos mais proeminentes estão sujeitos à tutela penal, porque “se relacionam com a actuação da personalidade do homem *enquanto fenômeno social*, em comunidade e em sua dependência recíproca dela”, de modo que, enquanto os bens jurídicos do Direito Penal geral ou tradicional defluem dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais individuais, aqueles do Direito Penal moderno “surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica contidos ou pressupostos na Constituição”<sup>458</sup>.

Por outro lado, a partir de um viés sistêmico, à prevenção positiva se advoga uma função de reforço da eficácia congruente da norma na generalização de expectativas de condutas conformes ao Direito, ou seja, na lealdade ao Direito<sup>459</sup>. Do

---

<sup>458</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico (art.). In: In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 63.

<sup>459</sup> A função congruente do Direito tem pressupostos teóricos na matriz sistêmico-autopoiética (pragmático-sistêmica) que, para além das matrizes analítica e hermenêutica, identificam, no interior do sistema, as problemáticas do risco e do paradoxo a que se aludiu ao longo deste trabalho, especialmente com base em Ullrich Beck e Luhmann. Como Leonel Severo Rocha assinalou “Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica) e Hart (hermenêutica), define o Direito como ‘uma estrutura de generalização congruente’, especialmente porque, um mundo altamente complexo e contingente demanda a realização de graduações que possibilitem expectativas

ponto de vista sociológico, é fora de dúvida que os crimes econômicos são beneficiados por uma *visibilidade* menor do que a da criminalidade de rua, proporcionando elevada *cifra oculta*, assim entendida como uma quantidade significativa de práticas criminosas que permanecem no entorno do sistema penal, quando muito produzindo algum nível de perturbação.

Nesse sentido, a criminologia crítica, especialmente o *enfoque do etiquetamento*, teve o mérito de demonstrar que as instâncias de repressão penal localizadas nas fronteiras do sistema penal (*first-line-enforcers*), especialmente a polícia e o Ministério Público, historicamente selecionaram para ingresso no sistema indivíduos atuantes na criminalidade clássica, mais visível e imediatamente inoportuna, mostrando-se apenas reativas em face da criminalidade moderna em cujos domínios as dificuldades probatórias ensejam baixas estimativas de investigação e de processamento e elevados níveis de absolvições.

Este arcabouço de razões “parece conduzir à conclusão fundada de que o delinquente econômico tem uma esperança maior que a do delinquente comum de que poderá escapar à punição”, mas ainda que não se deva advogar uma prevenção meramente intimidatória a afrontar a objeção do imperativo categórico que veda valer-se da pessoa humana como meio para quaisquer fins ainda que socialmente úteis, não se pode esquecer que o delinquente econômico, “sendo em regra, relativamente ao delinquente comum mais racional e calculado, e incorrendo em maiores riscos de degradação do *status* em caso de condenação – pode, em certos casos, deixar-se mais facilmente motivar pela norma”<sup>460</sup>.

A eficácia específica do Direito Penal que mais profundamente o diferencia do Direito Civil ou Administrativo consiste na ameaça de penas com custos pessoais bem mais elevados que as vantagens pressupostas para o delito, configurando motivos racionais para um agir conforme ao Direito. Ainda que com o risco de

---

comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. A esta reciprocidade de expectativas, Luhmann denomina “generalização congruente” que caracteriza o Direito menos com um ordenamento coativo e mais como um alívio para as expectativas, em cujo contexto, “a função do Direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões.” ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. p. 147-148, jul./dez. 2013. doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06,. 141-149,

<sup>460</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico (art.). *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 64.

objeções, parte-se do princípio de que, em regra, “o homem da sociedade posmoderna não se rege pela religião, nem por imperativos categóricos [...] sendo um egoísta racional e, por isso finalmente, um puro hedonista”, pouco lhe interessando a sorte das classes sociais mais vulneráveis ou mesmo de todos os outros homens, porque, em um mundo secularizado, pode-se motivar legalmente, pelo processo dedutivo, o comportamento moral para a sociedade, mas não para o indivíduo, já que para “o indivíduo egoísta que quer tirar o máximo benefício é certamente racional concertar com os outros o contrato social, porém não cumpri-lo completamente”. A estetização da vida em valores hedonistas, sob a máscara vazia da autorrealização individual, não oculta outra coisa que um capitalismo de consumo, sem limites axiológicos profundos, que, em sua dimensão global, ameaça escapar ao controle dos Estados nacionais. Se isso é certo, então, “só o Estado com a administração da justiça penal pode garantir e executar pelo menos uma proteção parcial e setorial do bem jurídico protegido”<sup>461</sup>, deste modo revigorando a fidelização ao Direito, através da função pedagógico-coletiva da punição criminal.

Por fim, agora no tocante à denominada prevenção especial ou à *ressocialização* do apenado, sustentada como um dos efeitos da pena na modernidade, ainda é curial advogar-se não ter sentido ressocializar pessoas que, por seu elevado *status* socioeconômico e respeitabilidade já possuem significativo grau de sociabilidade, sendo desnecessária sua reeducação penal.

As revelações mais recentes acerca de aspectos íntimos da criminalidade econômica, tais como, sua minuciosa organização, sua motivação direcionada a um enriquecimento ilícito ilimitado e, amiúde, absolutamente desnecessário, todavia, revelam que, malgrado o delinquente econômico se movimente dentro da estrutura cultural dominante, é inegável que ele ostenta secretamente um defeito de socialização, aliás, talvez mais grave que o delinquente das subculturas minoritárias e marginais, pois, em relação a este, a prática delitiva traduz a aprendizagem concernente aos valores professados nas fileiras subculturais em que ele próprio se encontra imerso, nesse sentido, as *técnicas de neutralização* manejadas pelo criminoso econômico devem ser mais elaboradas em face da presença intensificada

---

<sup>461</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In: SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 65.



dos valores culturais dominantes em sua vida aos quais, a despeito disso, ele vence, para atender a caprichos egoicos oriundos dos seus instintos mais profundos<sup>462</sup>.

Assim, em que pese sua estabilização social na cultura dominante, “também o criminoso econômico revela, em princípio, um *defeito de socialização*” relacionado “concretamente com a sua atitude pessoal perante uma específica orientação estadual em matéria socioeconômica” e tendo em vista tal defeito, é obrigação do Estado fornecer o “máximo de condições favoráveis para que no futuro não torne a delinquir”<sup>463</sup>.

Conclui-se que, a despeito da expansão do Direito Penal, em matéria de criminalidade econômica, ainda há defasagem de eficácia no que a ela concerne. A pena privativa de liberdade raramente é aplicada à criminalidade econômica, como revelam as estatísticas acerca da população carcerária e, quando isso ocorre, há significativas reações contrárias a este tipo de sanção, sustentando-se inclusive sua abolição em face da criminalidade moderna, alegadamente “não violenta”. Ignora-se a violência indireta produzida inclusive pela corrupção, pelo desfalque de recursos públicos destinados à boa-governança nos moldes do Estado social.

---

<sup>462</sup> As “técnicas de neutralização” foram identificadas pelos criminólogos americanos *Gresham Sykes* e *David Matza* em complementação às teorias das subculturas criminais e da aprendizagem social de *Edwin Sutherland*, pois o desviante vive sempre em uma ambivalência entre valores sociais lícitos, dos quais compartilha também, e valores “subterrâneos”, que integram determinadas subculturas e foram por ele entronizados em processos normais de aprendizagem. Como os valores lícitos açoitam-no moralmente, “la conducta delictiva, según eso, procede de la neutralización de los valores y modelos socialmente aceptados, que tiene lugar mediante el empleo de un conjunto de racionalizaciones estereotipadas del comportamiento ilegal”. Tais técnicas de neutralização ou autojustificação seriam: a) a exclusão da própria responsabilidade, auto-colocando-se como vítima ou juguete em mãos de outros; b) negação da ilicitude ou nocividade do comportamento; c) desqualificação dos acusadores e julgadores; d) negação da existência de vítimas do ato; e) invocação de submissão a vontades superiores. *MOLINA, Antonio García-Pablos de. Tratado de criminología*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009. t. 2, p. 447. (Colección autores de derecho penal).

<sup>463</sup> *DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico (art.)*. In: *COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 67.

## 5 CONCLUSÃO

No desenvolvimento deste trabalho, foram escritos três capítulos, subdivididos em seções e subseções, tendo por objeto sustentar que a expansão do Direito Penal sobre a criminalidade moderna ou econômica é uma reação previsível e lógica: a) às exigências sociais, sustentadas desde o mundo da vida, para a proteção legal a bens jurídicos difusos, reconhecidos no debate democrático como dignos de tutela penal, a exemplo daqueles decorrentes de riscos tecnológicos, ambientais, sanitários e de orçamento estatal para garantir a satisfação de direitos fundamentais sociais das gerações atuais e futuras; b) à manutenção de um Estado de Bem-Estar Social baseado nos princípios de igualdade, mediante defesa dos direitos humanos e fundamentais sociais.

No primeiro capítulo, buscou-se demonstrar a relação entre a criminalidade moderna<sup>464</sup> e a sociedade contemporânea, pós-industrial, assinalando suas principais características, tais como: a tutela de bens jurídicos intermediários, assim entendidos como aqueles que se situam em um espaço entre o interesse da administração pública e o puro interesse privado. São interesses relacionados ao gênero humano e não ao homem atual concreto. Tais interesses estão difundidos no espaço e no tempo. Por isso, transcendem fronteiras dos Estados nacionais e podem repercutir em gerações futuras, com as quais, é necessário já estabelecer laços de solidariedade. Neste ponto, com base nos aportes teóricos de John Rawls, valemo-nos da figura hipotética do “véu da ignorância” e “da posição original”, um *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos, reforçando sua tese de justiça como equidade, para assinalar nossa responsabilidade atual com as classes mais vulneráveis atuais e futuras.

No primeiro capítulo também se buscou revelar o quanto a criminalidade moderna atinge especialmente populações mais vulneráveis. Ao revés de costumeiras conclusões de que a criminalidade de massa se relacione à desigualdade social, enquanto a criminalidade moderna ou econômica à igualdade,

---

<sup>464</sup> Explicou-se que o termo “criminalidade moderna” não tem identidade com Direito Penal moderno, assim entendido como aquele arcabouço de princípios jurídicos liberais, próprios do período das Luzes, que buscava confrontar o Direito Penal absolutista. Por criminalidade moderna ou econômica deseja-se referir aquela que emerge do período pós-industrial, colocando em risco interesses coletivos em sentido lato, como o meio-ambiente, a saúde pública, o consumidor ou mesmo a saúde operativa do Estado.

pois realizada nos estamentos superiores, mostrou-se a inverdade desta conclusão que tem evidentes inspirações político-ideológicas. Na realidade, tanto uma como outra atingem mais severamente os setores menos privilegiados da população, o que restou comprovado inclusive pelas estatísticas da criminalidade violenta de massa, especialmente os homicídios que são praticados em imensa maioria contra jovens negros com baixa escolaridade. Mas também a criminalidade moderna, de caráter econômico, causa maior dano à população de baixa renda, que sofre mais com os desequilíbrios ambientais, se submete a aquisição de produtos perigosos, nocivos ou impróprios ao consumo e tem seus direitos fundamentais sociais sonogados, por conta da corrupção pública.

Neste ponto, o enfrentamento da criminalidade moderna no Brasil não se nos afigura propriamente um fenômeno de expansão do Direito Penal, mas de compensação da histórica assimetria de tratamento entre a criminalidade dos pobres e a dos poderosos. Cuida-se, pois, de uma resposta à complexidade do entorno do sistema de justiça, que já exigia uma reação do Direito Penal contra a crescente delinquência econômica no país. Movimentos sociais como aqueles deflagrados em Junho de 2013 representam manifestações do mundo da vida habermasiano que demandam a proteção, inclusive penal, de outros bens jurídicos, como a boa-governança estatal.

Segundo a teoria dos sistemas, estes tendem a constantes subdivisões como resposta à complexidade ambiental em que se encontram insertos. Destarte, o Direito também se especializou em novos subsistemas internos, nos quais elementos de diferenciação demarcam fronteiras de sentido e de autorreferência, tais como, a aplicação jurisdicional ou administrativa e a natureza das sanções aplicadas. No marco do Direito Penal, a diferenciação com outros sistemas está na atuação de ofício do Poder Público, na imposição jurisdicional de sanções, tratando-se do único subsistema jurídico capaz de impor pena privativa da liberdade, a mais aflitiva das sanções e, portanto, aquela que pressupõe uma incidência para a proteção de bens jurídicos mais relevantes.

Estas características autorreferenciais do Direito Penal – iniciativa estatal da ação penal quase com exclusividade, uso legal da força pública e possibilidade de privação da liberdade – sempre despertaram algum nível de reação adversa, maior

ou menor, chegando ao ponto de alguns advogarem sua própria extinção, com a consequente substituição por sistema de indenização civil às vítimas<sup>465</sup>.

Ante o caráter flagrantemente utópico da pura abolição penal, os mais prudentes batem-se pela sua minimização, sustentando seu encolhimento de regresso até o nível do Direito Penal iluminista. Neste sentido, são as teses da já referida Escola de Frankfurt que vê, no crescimento do Direito Penal, o abandono crescente das propostas garantistas conquistadas ao longo de décadas de debates, como os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima, proteção do bem jurídico etc.

Para autores como Hassemer, o Direito Penal deve ficar restrito à criminalidade clássica-nuclear-centrossistêmica, adotando um modelo liberal-iluminista-garantista, não produzindo efeitos em face da criminalidade moderna/econômica, situada na periferia do sistema penal ou nas fronteiras de expansão próprias das sociedades pós-industriais ou pós-modernas, e, portanto, toda expansão legislativa nesta direção seria mero Direito Penal simbólico, sem eficácia concreta, produzida ao sabor de pressões midiáticas oportunistas e fadada a se transformar em ornamentos legais.

Embora admita como realidade a expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas ocidentais, a Escola de Frankfurt critica este fenômeno, nela entrevendo a tendência de orientação pelas consequências (modelo consequencialista de produção legislativa e judicial do Direito Penal) para o

---

<sup>465</sup> Segundo Silva Sánchez, o abolicionismo tem origem nos países com tendência predominantemente ressocializadora, como Estados Unidos, Holanda e Escandinávia, e “sem dúvida, como reação ao fracasso desta”, estando vinculado à criminologia crítica ou radical e sua rejeição ao “paradigma etiológico”, segundo o qual a criminalidade tem razões individuais ou sociais, e na sustentação de um paradigma do controle, de origem marxista ou expresso no interacionismo simbólico, para o qual a criminalidade é resultante de uma atribuição imposta pelo próprio sistema penal, donde se conclui que a extinção do sistema penal, resultaria na extinção do crime. Uma das primeiras objeções ao abolicionismo é a de que suas teses são utópicas, a iniciar pela substituição da sanção penal por técnicas de reparação de danos ou arbitragem que talvez possam ser aplicadas em pequenas comunidades alternativas do interior da Noruega, mas são incompatíveis com o grau de complexidade das sociedades modernas. Ademais, os exemplos concretos propostos dizem respeito a um tipo de criminalidade bagatela ou trivial que se situa fora do centro realmente problemático com o qual se defrontam as sociedades modernas, ou seja, “sua capacidade real de solução do problema da criminalidade acaba, justamente, onde começa o verdadeiro núcleo do Direito Penal”, pois não se volta à criminalidade violenta ou organizada que constitui o mais grave repto aos Estados democráticos contemporâneos. E pior: em uma linha desestatizante sugere “deixar nas mãos da sociedade a solução dos conflitos” em um movimento de retrocesso “à valoração, convencionalmente positiva, do processo histórico de assunção, pelo Estado do *jus puniendi*, como única solução do *‘bellum omnium contra omnes’*, próprio dos sistemas de vingança privada”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradutor Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 38-42.

*enfrentamento* da criminalidade econômica, transnacional e globalizada. Nos novos limites da expansão, segundo seus críticos, ocorrem fenômenos de flexibilização das regras de imputação e das categorias dogmáticas, assim como relativização dos princípios de garantia individual, em favor do propósito de proteção do bem jurídico, ainda que com algum prejuízo das garantias individuais, abonando a inclinação expansiva do Direito Penal.

É sabido que tais críticas veiculam razões incontestáveis. Efetivamente, houve um abandono crescente das pretensões ressocializadoras da pena, ganhando força sua justificação como prevenção geral, ainda que sem negligenciar as demais justificativas (prevenção especial e retribuição). A prevenção geral evoca razões endereçadas ao futuro e, portanto, se traduz em função promocional do Direito Penal para a tutela preventiva de bens jurídicos, crescentemente escassos – recursos naturais e recursos públicos em geral – ou em relação aos quais, a precaução se erige como imposição lógica: saúde pública, consumo alimentar ou medicinal. Estas características dos novos interesses intermediários impuseram a adoção de crimes de perigo concreto ou mesmo abstrato, relegitimando tendências que há algumas décadas se pensavam endereçadas ao esquecimento no elenco dos crimes em espécie.

O avanço do Direito Penal em direção à proteção mais efetiva dos novos bens jurídicos não deve corresponder ao desprezo dos princípios iluministas, inspirados na razão e na proteção de direitos fundamentais individuais como a dignidade da pessoa humana, liberdade, propriedade. Todavia, estes mesmos princípios não podem servir para imunizar os atentados mais significativos contra interesses coletivos legítimos que os novos anseios sociais engendraram. O vaticínio de que as novas regulamentações penais estavam destinadas ao mero Direito Penal simbólico, seria confirmado caso continuasse a se interpretar e aplicar o Direito Penal com a práxis do processo penal tradicional e iluminista, baseado na ideia ontológica de crime, na visão do Estado como ente despótico e do acusado como único detentor de garantias no rito processual.

Concluiu-se que o Direito Penal iluminista é um ideal que, na realidade, nunca chegou a ser integralmente implementado, possivelmente por razões de política criminal. Ademais, este paradigma ideal foi elaborado para confrontar o modelo tirânico do Direito Penal absolutista, retratado por Foucault em seus discursos sobre as técnicas de suplício como instrumento de fundamentação do poder absoluto dos

monarcas no interregno entre o fim do feudalismo e o início da era burguesa. Assim, o Direito Penal iluminista é manifestação jurídico-penal própria de uma doutrina político-econômica – o liberalismo e o Estado liberal – que seleciona certos bens jurídicos para a tutela penal – a liberdade e a propriedade individual – excluindo outros bens como não passíveis desta dignidade.

Nosso pertencimento à história impõe-nos a conclusão de que o Direito e a política são conseqüências da forma de sociedade em que vivemos. Eles desenharam suas formas próprias e suas estruturas a partir das interações de poder entre governos, partidos e outros grupos de pressão. Estes grupos que operam no interior do grande sistema social *omniabarcador* podem estar em conformidade ou desconformidade com os grandes programas constitucionais que representam os ideais e propósitos de uma sociedade justa e igualitária. Em sua dimensão significativa e temporal, o Direito, com suas instituições textuais e operacionais, desempenha um papel indispensável no *accountability* das promessas constitucionais. Ele facilita a tomada de decisões inovadoras, com efeitos contrafáticos, por desafiar estruturas sociais nocivas e evitar a diluição dos sistemas sociais amparados na legalidade estatal.

Este amparo jurídico se revela até quando, mesmo com a eventual vitória eleitoral de uma proposta puramente liberal, o governo fica jungido a seguir os programas sociais contidos na Constituição, ou, em sentido inverso, quando vencedora uma coalizão socialista, a ela se impõe legalmente respeitar os cânones liberais, sedimentados constitucionalmente, como a propriedade privada ou a livre iniciativa.

Destarte, mesmo com o recuo do Estado Social nas últimas décadas em benefício de propostas liberais, os direitos fundamentais sociais continuam sendo garantidos por força de regras legais, ao menos minimamente, como uma demonstração de eficácia do princípio do não-retrocesso social. O retrocesso dependeria de reformas constitucionais que exigem *quorum* qualificado em constituições de tipo semirrígido como a Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento de que, a despeito de vicejarem, momentaneamente, ideias liberais, direitos sociais conquistados a duras penas continuam garantidos constitucionalmente e não se crê que possam ser obliterados em horizonte próximo. Isto permite concluir que também a função garantista e promocional do Estado Democrático segue íntegra, traduzida no propósito de uma progressiva igualização

da sociedade, a exprimir um elo social consistente na mutualização dos riscos e na generalização da segurança social pela implementação de direitos fundamentais individuais e coletivos de segunda e terceira geração. Trata-se de direitos prestacionais, que demandam a alocação de parcelas orçamentárias para fomentar o equilíbrio de distorções no mercado e na vida social, como o desemprego, a miséria, o trabalho infantil, a seguridade social. O Estado Social, atendendo a este princípio juridificador da atividade econômica, é constantemente desafiado a assumir um papel intervencionista, para realizar a correção de assimetrias econômico-sociais, ganhando em volume e complexidade o que vai perdendo em estabilidade e coerência. É um preço que se quer pagar para garantir constante adaptação do sistema jurídico aos câmbios da matéria regulada, vaga e mutável por definição; já incompatível com a pretensa perenização dos Códigos clássicos.

A sobrevivência do Estado Democrático e Social de Direito como programa constitucional pressupõe, logicamente, a instrumentalização até mesmo do Direito Penal para sua defesa. Apenas ideais políticos ou morais são insuficientes para garantir proteção a direitos fundamentais individuais ou coletivos, também o Direito, e todos os seus subsistemas especializados devem adaptar-se às transformações paradigmáticas do Estado. Não é desejável um Direito Penal mínimo em um Estado Democrático e Social incapaz de impor-se em face do Mercado e de controlar o jogo político para que ocorra dentro de padrões éticos aceitáveis. O Estado polícia liberal, na era do Estado Democrático e Social, não controla apenas as classes populares, ele tem de exercer o mesmo papel em face dos grandes agentes econômicos e políticos.

A observação empírica do ambiente político e social no Brasil permite concluir que expansão do sistema jurídico teve efetivamente por consectário relevantes logros regulatórios do mercado e da política<sup>466</sup>. Tais avanços são correspondentes a

---

<sup>466</sup> Tratando dos pressupostos para a reconstrução do direito em um Estado de Direito, Habermas inicia o quarto capítulo de seu "Direito e Democracia – entre facticidade e validade", Vol. I, aduzindo que os membros de comunidades jurídicas modernas invocam o sistema de direitos quando "pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica", desde logo, firmando sua posição de que o direito moderno não tem origem em fundamentos absolutos e dogmáticos, sendo a resultante de processos dialógicos. Para o autor, a autonomia privada, da qual deriva o reconhecimento recíproco de direitos tem sua origem nos direitos fundamentais individuais que quase incontestavelmente embasam a socialização horizontal de membros jurídicos livres e iguais. "Porém, o ato autorreferencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo". Assim, se a isonomia horizontal deve ser assegurada pelos poderes de Estado, isto impõe um entrelaçamento entre a autonomia privada e a pública, cuja estabilidade temporal pressupõe "que

uma evolução no pensamento jurídico desde a filosofia analítica no Direito, em que predominava uma função sintático-semântica, em direção a um enfoque pragmático-sistêmico, responsivo às funções sociais do Direito. A função do Direito nesta nova matriz epistemológica será aliviar os riscos da dupla contingência, mediante a generalização de expectativas de conduta, o que possibilita congruência e conforma a própria estrutura social de acordo com os padrões jurídicos autocriados nas interações sociais e no processo legislativo.

A complexidade é uma das características mais proeminentes das sociedades atuais. Com o desencantamento do universo após o Medievo e a consequente fragmentação das morais religiosas, acreditou-se que apenas a racionalidade seria capaz de guiar a humanidade. Mas também a ciência tem seus hermetismos, não é facilmente alcançável por todos e igualmente é fragmentada e contraditória, sofrendo constantes oscilações epistemológicas. Esta nova realidade, destituída de uma força moral capaz de normatizar condutas desde um plano etéreo e inquestionável, engendrou o pluralismo das sociedades modernas, como uma condição à qual devemos todos nos submeter. Como derradeiro conjunto normativo compartilhável intersubjetivamente, restou o Direito a congregar um mínimo referencial ético das sociedades pluralistas, caracterizadas pela convivência de diferentes etnias, culturas, religiões, padrões de consumo e de riqueza<sup>467</sup>.

Complexidade é um conceito que se origina da diferença entre elementos e relações dentro do sistema: o pluralismo cultural das grandes sociedades contemporâneas e o desenvolvimento sem precedentes dos instrumentos de

---

o processo de juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos”, mas que tal juridificação se estenda “simultaneamente ao poder político – já pressuposto como *medium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito”. E pontifica: “da constituição co-originária e da interligação conceitual entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito”. HABERMAS, Jürgen **Direito e democracia – entre facticidade e validade I**. 2. ed. Tradutor Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 169.

<sup>467</sup> Dias concluiu que “há nas sociedades modernas várias concepções ou formas de responsabilidade que resultam da vigência de uma pluralidade de ordens normativas. As diferenças entre elas como sustenta Günther, decorrem das diferentes funções sociais que cada uma desempenha. Assim, enquanto a imputação moral depende da aceitação pelo culpado das razões da censura, isto é, que ele se condene a si mesmo perante o ‘forum interno’ da sua consciência, pois ele é simultaneamente infractor e membro de uma comunidade moral, a imputação jurídico-penal consiste, no plano da culpa, numa censura dirigida por terceiro – o juiz – ao agente, segundo as regras vigentes para a atribuição desta forma de responsabilidade, à luz das quais é indiferente a sua aceitação ou condenação”. DIAS, Augusto Silva. **“Delicta in se” e “delicta mere prohibita”**: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 371, nota 860.



comunicação determinaram o incremento inédito de comunicações, ou seja, elementos que têm de ser reunidos em um sistema. Produz-se assim situação em que já não é possível relacionar cada elemento com qualquer outro, por conta de uma saturação no ambiente comunicativo que pode atingir níveis antifuncionais anulando a atividade relacional. Destarte, é complexa uma quantidade conexas de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado com qualquer outro. Isto impõe uma pressão seletiva, contra os riscos da contingência que, por sua vez, significa risco de desapontamentos.

Neste contexto, a função do Direito reside em sua capacidade seletiva de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas no sistema social, inclusive, acrescenta-se, com relação ao mundo político e suas evidentes conexões estruturais com o Direito, visto que os sistemas legislativo e administrativo não são imunes à regulação jurídica, desde que adotada, constitucionalmente, a democracia como uma forma política de Estado e sociedade, tal qual ocorre no Brasil.

Esta função seletiva de expectativas comportamentais com relação a determinados bens jurídicos ocorre primeiramente na esfera legislativa e, portanto, é o espaço de conexão entre Direito e política. A atividade legislativa atua na fronteira do sistema político com o sistema jurídico, captando rumores veiculados no mundo da vida para dar-lhes um sentido jurídico através da promulgação legislativa. O Direito moderno assim tem uma origem mais formal que substancial, sendo o resultado do debate democrático que observe pressupostos procedimentais, como a igualdade de lugar e tempo do discurso.

Ao tempo do jusnaturalismo greco-romano e escolástico se admitia, pacificamente, a existência de determinados valores substanciais, entronizados na razão humana, como resultado de um Direito natural, destituído de positividade, formalidade e coercibilidade, mas apto a corrigir a validade do Direito positivo, formalizado e coercitivo. Assim, a validade do Direito positivo era aferida por sua menor ou maior consonância com o Direito natural, valendo recordar a primeira polêmica entre Direito natural e Direito positivo, retratada na literatura, em *Antígona*, magistral obra de Sófocles.

O racionalismo liberal, a sustentar um programa secularizador com base em uma crença no poder da legalidade enquanto instrumento de organização sistêmica da sociedade, vai arquitetar a distribuição do poder estatal mediante projetos como a

tripartição do poder. Tal evolução força a migração do critério externo de validade mediante comparativo entre o Direito positivo com o Direito natural, para o interior do sistema jurídico positivo, produzindo uma tensão interna entre diferentes princípios e regras. Neste contexto, de autorreferência do Direito, o conceito material de crime depende apenas do cotejo entre a legislação infraconstitucional e os postulados constitucionais e, dada a liberdade seletiva do legislador, não havendo incompatibilidade flagrante entre os novos tipos penais e os princípios constitucionais, as novas tipificações criminais são válidas a despeito de eventuais desconformidades com concepções jusnaturalistas ou criminológicas.

As críticas contra o Direito Penal moderno são provenientes de setores extremados, como a denominada Escola de Frankfurt, que sustenta teses dogmático-positivistas ultraliberais<sup>468</sup>, ou da Criminologia crítica ou radical, com assento no pensamento neomarxista, a identificar, no sistema penal, o reflexo da luta de classes e, conseqüentemente, uma distribuição desigual das conseqüências penais<sup>469</sup>. Não obstante originárias de tão diferentes matizes político-ideológicos elas elaboram suas críticas desde a ultrapassada concepção dualista do Direito e “embora concebiam as sociedades modernas como sociedades pluralistas e conflituais, desatendem aos processos geradores de consenso sobre valores e normas que cimentam a identidade normativa e a coesão daquelas sociedades”. A Criminologia crítica se manifesta brilhantemente em teorias como o *labeling*

---

<sup>468</sup> Para Silva Sanchez, no início deste milênio o Direito Penal mínimo continua sendo defendido na Escola de Frankfurt como um Direito Penal *ultraliberal*, destinado exclusivamente à proteção da vida, saúde, liberdade, propriedade (bens máximos do ideário liberal), com máximas garantias na elaboração da lei, na imputação e no processo. Assim, critica-se o processo de evolução do Direito Penal na atualidade como uma “cruzada contra o mal”, sem fundamentação racional. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. ampl. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

<sup>469</sup> Santos bem revela esta origem marxista do discurso epistemológico da Criminologia Crítica. Ao apresentar obra de Alessandro Baratta, aduz que este criminólogo demonstra o salto qualitativo do *labeling approach* para a criminologia crítica, mediante a construção de uma teoria materialista do desvio, que se transfere do interesse pelas causas do desvio (teorias etiológicas) para os mecanismos de construção da “realidade social” do desvio. Assim, a criminalidade é um “*status* atribuído a determinados sujeitos através de uma dupla seleção: dos bens protegidos penalmente nos tipos penais e dos indivíduos estigmatizados no processo de criminalização”. No marco da criminologia crítica, o Direito Penal das sociedades capitalistas tem a função de instituir “desigualdades simétricas: de um lado garante privilégios das classes superiores com a proteção dos seus interesses e imunização de seus comportamentos lesivos, ligados à acumulação capitalista; de outro, promove a criminalização das classes inferiores, selecionando comportamentos próprios desses segmentos sociais em tipos penais. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Anatomia de uma criminologia crítica - Prefácio**. In. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 15-16.

*approach* ou enfoque do etiquetamento, que tem sua origem no interacionismo simbólico, cuja operacionalidade crítica é realmente significativa e relevante; suas objeções, porém, estão limitadas à intervenção das instâncias formais de controle da criminalidade, mas ignoram “a experiência social de valores e a sua negação, que emanam da interação comunicativa do mundo da vida social e produzem o sentido de desvalor das condutas puníveis”<sup>470</sup>.

Deste modo, em geral, a criminalidade moderna, cuja seletividade legislativa procede do debate democrático livre e igualitário, integra o conceito de *delicta in se* e não de *delicta mere prohibita*, constituindo condutas autenticamente criminosas, cuja legitimidade advém deste mesmo procedimento democrático que captou os anseios intersubjetivamente compartilhados, ao menos em segmentos numericamente relevantes ou majoritários da população. Em que pese não ostentar em torno a si o mesmo consenso existente a respeito dos tipos de dano integrantes do núcleo histórico do Direito Penal, a nova criminalidade econômica ostenta as características da legitimidade social – consenso e valor –, pois reúne o consenso de significativas parcelas da população e, simultaneamente, é consentâneo com valores constitucionais<sup>471</sup>.

Desde que se inclua a maioria dos tipos da criminalidade moderna no âmbito dos *delicta in se*, a integrar um conceito material forte de crime, coberto pela validade jurídico-penal, então este Direito Penal nominado periférico, ainda que relativo a bens jurídicos coletivos de recente seleção à tutela penal, será pressionado pelo incremento de expectativas sociais, para afastar-se da esfera simbólica em direção à eficácia no plano da faticidade.

Direito Penal econômico em sentido estrito é, pois, o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendido como a regulação jurídica da intervenção pública na Economia, constituindo-se no grau mais intenso do intervencionismo estatal no meio econômico, mediante o exercício do *jus*

---

<sup>470</sup> DIAS, Augusto Silva. “**Delicta in se e delicta mere prohibita**”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 210.

<sup>471</sup> Segundo Dias, “o conceito de ‘delicta in se’ exprime um domínio de condutas genuinamente criminosas, posto que lesivas de valores ou bens respaldados pela experiência normativa do mundo da vida, através dos quais a comunidade constrói a sua identidade normativa. Por sua vez, o conceito de ‘delicta mere prohibita’ designa um âmbito de infrações sistêmicas criadas pelo ‘magistério de governo’, porque disfuncionais relativamente à ‘prosperidade pública’, que alberga tanto contra-ordenações [contravenções] como crimes que estruturalmente se assemelham a estas”. *Ibid.*, p. 210-211.

*puniendi*. Desde interesses colhidos no mundo da vida, sua finalidade vai além de regular a clássica intervenção do Estado no mundo econômico, mas proteger a própria atividade econômica, enquanto mecanismo de produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Assim, o conceito de criminalidade moderna ou econômica, preferível mesmo ao termo criminalidade periférica, abrange aquele elenco de tipos penais destinados a generalizar expectativas comportamentais não nocivas a bens intermédios, como o meio ambiente, saúde pública, consumo, patrimônio cultural e patrimônio público.

Ocorre que o Direito Penal é um mecanismo democrático de controle social, que só pode ser operacionalizado pelo Estado. Nesse sentido, discorreu-se, na última seção do terceiro capítulo, acerca da evolução do talião primitivo até as concepções iluministas da pena como a progressiva transferência do direito de punir da vítima concreta para o Estado em consequência de processos racionalistas que colimavam evitar a proporcionalidade absoluta concretizada na vingança privada. Nesse sentido, a aplicação de um Direito Penal eficiente à proteção dos novos interesses que, amiúde, contrariam outros interesses de grupos economicamente relevantes, pressupõe um Estado forte o suficiente para superar a resistência previsível das forças caóticas do mercado.

É verdade que o Estado contemporâneo já não é a única fonte de poder na sociedade, como o foi, por exemplo, no curto interregno absolutista. Ele muitas vezes deve agir como mediador de interesses opostos, invocados por setores legítimos do sistema social, que tomam parte nos debates democráticos. Ademais, por outro lado, há forças ilegítimas que põem em risco toda a saúde operativa do Estado, sendo capazes de deteriorá-lo em um mecanismo inútil a seus fins constitucionais, porque contrárias ao próprio sistema jurídico, vez que caracterizados, *v. g.*, pela atuação ilícita de agentes públicos, geralmente estabelecendo relações nocivas com setores legais ou ilegais do mercado, gerando riscos ou danos efetivos ao interesse coletivo e, por conseguinte, aos fins e à vontade do Estado.

Neste ponto, e invocando lições de Rousseau e Sièyes, conclui-se que, na clássica divisão dos interesses entre individuais, corporativos e gerais, prevalecem sempre aqueles destinados à maximização dos benefícios pessoais. Os interesses com maior concentração no indivíduo tendem a ser por ele mais bravamente defendidos, ainda que em prejuízo dos interesses gerais, que dizem respeito ao

homem em sua relação com a coletividade atual e futura. Esperava-se que os interesses individuais, por seu solipsismo, fossem reciprocamente anulados nas decisões assembleares e, deste modo, teriam seu risco obliterado. Eis a razão, por que os dois grandes pensadores iluministas alertaram contra o risco de enervação dos interesses gerais pela ação das corporações (*corps intermédiaires*).

E efetivamente, o que se percebe por todos os lados, é a aglutinação de interesses individuais, voltados à maximização de propósito hedônicos ou puramente egocêntricos, em torno a corporações empresariais ou políticas de que nos dá exemplo as chocantes e até bizarras revelações das recentes operações policiais e judiciais contra a corrupção e a criminalidade econômica no Brasil<sup>472</sup>.

Isto impõe, por outro lado, como natural reação democrática, o desenvolvimento de conceitos jurídicos teoricamente eficientes e aptos à proteção prática da liberdade e da emancipação, entendida como independência de ser coagido pela arbitrariedade de outro, consectário da dignidade da pessoa humana.

Todo delito constitui uma submissão, direta ou indireta, da liberdade pessoal de vítimas reais, e, no tangente aos delitos econômicos, a liberdade cidadã é subjugada com a ajuda de organizações econômicas ou, ao menos de interesses econômicos significativos; já o delito político ou com viés político tem, em sua ontologia, um poder favorecido ou não controlado pelo Estado que ameaça a liberdade dos povos. O delito político-econômico é, portanto, sempre danoso à liberdade e às instituições que a protegem, dentre as quais, pode-se citar o Direito Penal, cujo desenvolvimento secular expressa sua missão fundamental: proteger a liberdade contra todo poder externo tendente a subjugá-la, independente de quem a esteja ameaçando e ainda que com o prejuízo da liberdade do agressor.

---

<sup>472</sup> Ao exemplificar com a situação europeia, mais propriamente da Bélgica, mas plenamente aplicável ao Brasil, Garapon anota que nossas democracias andam muito desdenhosas em matéria de moral pública e que esta então retorna sob a pior de suas formas: o escândalo relativo a casos de corrupção, desvios financeiros, histórias sórdidas. E enfatiza que “enquanto o crime, que sempre existiu, estava anteriormente localizado nas margens, eis que se encontra propulsionado para o centro de nossas sociedades. Os meios de comunicação põem-no em cena, suscitando a indignação da opinião pública e uma nova expectativa de justiça. Se esta se encontra na incapacidade jurídica de punir, não tardamos a emocionar-nos com isso, e até a suspeitar de uma qualquer influência oculta. Ora, existe alguma diferença entre direito e moral; negá-lo leva a criminalizar todo o comportamento e a baralhar algumas das fronteiras que estruturam as nossas sociedades. O juiz era um actor secundário da cidade, o público e o privado estavam claramente separados; eis que o juiz faz política, que o político faz moral e que o público e o privado se interpenetram [...]” GARAPON, Antoine. Direito e moral numa democracia de opinião (art.). In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis (dir.). **A justiça e o mal**. Tradutora Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, [19--]. p. 167-168.

O Iluminismo, por óbvio, não pode acatar esta conclusão porque, frente sua condição histórica – ir de encontro ao Absolutismo, com sua intervenção direta na economia, corrupção da nobreza e aplicação rotineira de penas cruéis – estava jungido a princípios antiestatais, que colimavam uma redução drástica do Estado. Ainda que no polo oposto, as teses da Criminologia crítica ou radical, sustentam desde a abolição do Direito Penal até sua neutralização, sob o argumento de que toda a criminalidade tem origem na desigual distribuição de renda das sociedades capitalistas e, portanto, o Direito Penal resta reduzido a um instrumento de controle social aparelhado em favor das classes dominantes.

Esta última concepção até poderia sugerir que o pensamento de esquerda fosse favorável à expansão do Direito Penal em retaliação à criminalidade dos *powerfull*, o que de fato ocorreu na Europa<sup>473</sup>, mas, no Brasil não se pode observar esta tendência, porque, de início, a repressão penal de delitos ambientais e contra o consumidor não ostenta características ideológicas, estando a ser promovida tanto por setores de centro-esquerda ou de centro-direita. Salvo melhor juízo, são bens jurídicos cuja tutela goza de um consenso caracteristicamente burguês. No ultraliberalismo é que a proteção do meio ambiente será contestada com mais veemência, ante a sacralização dogmática de interesses privados e mercadológicos, ainda que em prejuízos de outros interesses sociais, considerados menos relevantes aos objetivos de expansão da economia.

---

<sup>473</sup> Em obra de referência sobre o tema da expansão do Direito Penal, Silva-Sanchez, tomando em conta a situação europeia, anota que setores de esquerda que acessam ao poder - ecologistas, feministas, pacifistas, ONGs de direitos humanos – assumem a função de novos gestores da moral, ou gestores atípicos da moral e reivindicam o Direito Penal contra os poderosos. “A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como o braço armado das classes poderosas contra as ‘subalternas’ agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas”. O lógico é que a política de tolerância zero estivesse associada a políticos conservadores de direita, enquanto a esquerda se posicionasse em sentido contrário. Todavia, a esquerda moderna entende que a violência das ruas atinge precipuamente as camadas mais débeis da população, sustentando o relativismo moral e a cultura da indulgência para posicionar-se em atitude mais severa na repressão à criminalidade de rua. Para Silva-Sanchez, a relação da esquerda com o Direito Penal sempre foi ambivalente: por um lado rechaçava qualquer utilidade da pena e caracterizava-a como resultado da luta de classes, mas, por outro, acreditava no Direito Penal como um instrumento na luta contra os *powerful* e pela emancipação social, ou seja, se defendia o Direito Penal como mecanismo de transformação social contra os que obstaculizavam o progresso em direção à igualdade. Nesta versão defendia-se uma ação seletiva e antigarantista contra aqueles que não necessitam de garantias (os poderosos), enquanto em relação aos *powerless* procedente seria o uso de políticas públicas. A constatação da limitada capacidade do Direito Penal clássico de base liberal (taxatividade, imputação individual, presunção de inocência etc.) para combater fenômenos de macrocriminalidade (crime organizado, crimes de colarinho branco) é uma das causas da sua expansão. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. ampl. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80-88.

Por outra, setores de esquerda, como de resto a maior parcela da classe política brasileira, não acolheu bem o Direito Penal moderno, porque seu ingresso no país foi quase uma “catástrofe” no universo da política<sup>474</sup>. Especialmente a grande corrupção política, aqui defendida como integrante da Criminalidade moderna e econômica, sofreu um brusco impacto nesta década, por conta de um novo paradigma de comportamento do sistema jurídico-penal.

A despeito das constantes crises de legitimidade, fortalecidas pelo uso constante de técnicas de neutralização<sup>475</sup>, o Direito Penal moderno tem um supedâneo inquestionável: a constatação de que nos encontramos imersos em um modelo social de constantes riscos já não provocados apenas pela ação da natureza, a qual é cada vez mais controlada, mas originários da própria ação humana. Contra o risco, busca-se a segurança preventiva, que pode ser alcançada, afora por outros meios, pelo mecanismo da tipificação de condutas de perigo com relação aos bens jurídicos coletivos. Estes riscos já não são identificados apenas como riscos ambientais, sanitários ou de consumo, mas também, e muito diafanamente, como a ameaça de retrocesso em sede de direitos fundamentais, individuais e sociais, característicos das propostas do Estado social.

---

<sup>474</sup> Para Pérez Pinzón “una catástrofe es una transición discontinua que se presenta cuando un sistema puede tener más de un estado estable o cuando puede seguir más de un curso estable. La catástrofe surge, entonces, cada vez que se produce un *salto* de un estado o curso a otro estado o curso”. E o jusfilósofo ainda explica que “el salto ocurre cuando la trayectoria del sistema entra en una región inestable de un espacio de comportamiento: como el sistema debe *saltar* para salirse de esta zona de estabilidad nace la *catástrofe*”. Este salto paradigmático, se dá “a veces súbitamente de un cierto estado a otro muy distinto”. Ao contrário do que se imagina, Pinzón sustenta que as catástrofes podem produzir consequências positivas e não simplesmente destrutivas, pois “la *catástrofe* se diferencia del *caos*: aquella es repentina, abrupta; se relaciona con un punto; genera transformaciones limitadas; y el sistema, en su conjunto, conserva estabilidad. Éste, se halla precedido por una fase de turbulencia; abarca varios puntos; implica transformaciones totales; y el entorno se modifica enteramente dando paso a un nuevo estado (caos)”. PEREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Política criminal y derecho penal (art.). In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **Derecho penal y sociedad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. 2, p. 303-304.

<sup>475</sup> Técnicas de neutralização são mecanismos de justificação ideológica de práticas ilegais, notadamente criminosas. Elas foram percebidas no âmbito da criminologia ante a constatação de que todo desviante convive em um meio que compartilha os valores dominantes da legalidade estatal. Esta constante disparidade entre os valores morais prevalentes e suas práticas ilícitas, forçam-no a arregimentar um elenco de autojustificações para aliviá-lo da pressão moral. Quanto maior for a imersão temporal e espacial no ambiente de uma subcultura, menor será a necessidade do recurso às técnicas de neutralização, porque a predominância dos valores contraculturais faz com que estes por si se transformem nos valores normais, enquanto os da legalidade oficial é que se tornam estranhos ao sujeito. No caso da criminalidade econômica, a distinção de subculturas de colarinho branco e uma cultura orientada pelos padrões éticos da legislação, é naturalmente esmaecida, pois, na maioria dos casos, os crimes econômicos são praticados pessoas que transitam no meio socioeconômico dominante e até mesmo mantêm relações próximas com os encarregados de acusá-los e julgá-los criminalmente.

O Direito Penal não pode ficar alheio às legítimas expectativas sociais decorrentes de exigências do atual momento histórico. Cada época produz sua autoimagem em seu horizonte de Política Criminal, que deve conduzir a produção legislativa e a conseqüente aplicação do Direito Penal. A dogmática jurídico-penal não deve ficar refém de padrões históricos já superados, mas, ao revés, com admitir nossa pertença à história e os efeitos desta sobre nossa condição de ser no mundo, cabe-lhe facilitar a conexão estrutural entre o sistema penal e o sistema social, mediando sentidos entre a lei geral que expressa os conteúdos valorativos do legislador e a política criminal que inspirou a formulação da norma, de um lado e, de outro, a concreção desses conteúdos em uma norma particular que soluciona o caso concreto. O Direito se reproduz intrassistemicamente (autopoiese), porém a partir da abertura cognitiva e seletiva ao mundo externo, seja na sua criação genérica e abstrata no parlamento, através do processo legislativo; seja nos tribunais superiores (controle concentrado de constitucionalidade); seja, ainda, mediante a solução particularizada de casos concretos. O Direito Penal não pode ignorar o ambiente que lhe cabe regular, cumprindo-lhe legitimar-se tanto nas garantias individuais, quanto na efetividade social.

A tipificação de crimes de perigo, concreto ou abstrato, uma característica muito apontada em detrimento da criminalidade moderna, também foi decorrência de transformações que se deram no âmbito mais profundo da dogmática penal. Em efeito, no marco finalista, tem-se que a ação só pode ser uma conduta humana orientada teleologicamente e não mecanicamente. Esta progressão do causalismo para o finalismo reduz o efeito do ontologismo causal na imputação, agregando maior valoração à ação, orientada finalisticamente, do que ao resultado. Assim, mais do que transferir o elemento subjetivo da ação para o campo da tipicidade, a vitória do finalismo sobre o causalismo, que se deu entre nós na parte geral do Código Penal de 1984, ainda facilitou, no plano da teoria do crime, a tipificação de crimes de perigo. Roxin ressalta, entre as grandes conquistas impulsionadas pelo finalismo, o descobrimento do *desvalor da ação* enquanto elemento constitutivo do injusto penal, necessário à delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal<sup>476</sup>.

---

<sup>476</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006. p. 59-60. A transferência do elemento subjetivo da culpabilidade para o plano da tipicidade esvaziou a culpabilidade e alçou a tipicidade ao elemento preponderante do conceito material de crime.



O enfrentamento eficaz da criminalidade moderna ainda pressupõe a recuperação de conceitos como o de dolo eventual, crime culposos e crime omissivo que nas teorias causalista e finalista representavam pontos incômodos à adaptação teórica. Em efeito, significativa parcela desses novos delitos não é praticada com dolo direto, mas com dolo eventual por ação ou por omissão. Nestes casos, a finalidade joga um papel não tão relevante quanto o desvalor da ação, quando esta compreende a criação de um risco não permitido, não raro independente dos fins do autor.

Tais alterações em sede de dogmática penal que ganham corpo nas teorias funcionalistas de imputação objetiva representam a atualização da dogmática penal em resposta às exigências impostas ao Direito Penal contemporâneo, especialmente, a necessidade de refrear os impulsos nocivos de setores hipertrofiados do mercado em detrimento da emancipação social. A crença ilimitada no poder da ciência ocasionou um vazio ético nas sociedades contemporâneas que o Direito Penal ainda pode refrear, baseando sua legitimidade na contestação da ética instrumental, da visão antropocêntrica de mundo e na ênfase a uma ética voltada para a proteção do futuro.

Neste contexto da criminalidade moderna e de proteção do futuro, que pressupõe sociedades mais justas e igualitárias, uma ameaça que se erige contra o Estado Democrático de Direito, especialmente em seu viés de garantia dos direitos fundamentais sociais, é a que concerne ao tema da corrupção, tornado visível nas democracias modernas ante o incremento dos níveis de transparência no setor público e da liberdade de imprensa.

Compreendida internacionalmente como o abuso de poder de quem exerce um mandato conquistado democraticamente com base em uma relação de confiança, para fins de apropriação privada de recursos ou bens públicos, a grande corrupção é o maior desafio do Estado contemporâneo aos efeitos de qualificar suas democracias, com critérios de boa governança, capazes de assegurar a capacidade orçamentária dos Estados para a continuidade dos seus serviços essenciais. Parte-

---

Houve até quem afirmasse, ao menos de início, que a culpabilidade sequer era elemento do crime, mas apenas pressuposto para aplicação da pena. Ora, em sede de crimes dolosos, o elemento subjetivo se caracteriza especialmente pela finalidade do agente, que inclusive permite identificar o tipo penal em que se encontra incurso. Na medida em que a finalidade se assoma a elemento do tipo, o resultado, mais relevante na perspectiva causalista que privilegiava crimes de dano, passa a ter menos relevância. Mesmo condutas sem resultado danoso, podem ser tipificadas dependendo da finalidade que informara a conduta e, destarte, a ação prevalece sobre o resultado.

se do pressuposto, desenvolvido ao longo da primeira seção do segundo capítulo, de que a grande corrupção, especialmente aquela relativa aos altos escalões da política, administração pública e do mercado, é também criminalidade moderna porque partilha de suas principais características<sup>477</sup>.

Apesar da significativa cifra oculta, decorrente da clandestinidade e solidariedade dos agentes reciprocamente envolvidos, o critério de aferição da corrupção, mediante entrevistas acerca de sua percepção, tem historicamente situado o Brasil em uma avaliação internacional deveras negativa, ocupando a 105ª posição entre 180 países avaliados<sup>478</sup>, o que, aliás, é consentâneo com a observação empírica e com os reiterados escândalos escancarados pela imprensa acerca do envolvimento de quadros do executivo e legislativo de praticamente todos os grandes partidos políticos, sem falar nas suspeitas que recaem por vezes sobre membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Segundo o *ranking* internacional da corrupção apurado pela Transparência Internacional, a despeito de julgamentos como os decorrentes do Mensalão e da Operação Lava-jato, o Brasil vem caindo posições desde 2012, o que, consoante aquela organização no Brasil, revela que tais operações do sistema de justiça, ainda que cruciais para romper com o histórico de impunidade da corrupção principalmente de réus poderosos, não foram suficientes para enfrentar as causas estruturais do problema, o que demanda reformas legais e institucionais que verdadeiramente alterem as condições que perpetuam a corrupção sistêmica na sociedade brasileira.

No âmbito da teoria dos sistemas, a sociedade pode ser compreendida como uma grande teia de comunicações e inter-relações pessoais e organizacionais, em que o crescimento populacional e a multiplicidade dos elementos comunicativos e dos comportamentos possíveis produzem um nível de complexidade paralisante, capaz de produzir bloqueios por supersaturação, impondo estratégias de redução

---

<sup>477</sup> Tais como: a) sua repressão é questionada com ênfase no plano da legitimidade; b) há evidente predomínio da motivação econômica e política com desprestígio de valores sociais historicamente conquistados como a igualdade e a solidariedade; c) observa-se a complexidade dos mecanismos de ação; d) é notório o desenvolvimento a partir de organizações criminosas que se valem da impessoalidade da conduta ou da instrumentalização de pessoas jurídicas para as práticas criminosas; e) seus protagonistas situam-se em posições sociais privilegiadas, capazes de obstruir a ação das agências de controle e repressão.

<sup>478</sup> A numeração cresce na mesma medida em que aumenta a percepção da corrupção no país, assim ela se encaminha do menos corrupto (menor numeração) ao supostamente mais corrupto (maior numeração).

desta complexidade, dentre as quais, a atividade seletiva – estabelecimento de (novas) prioridades/capacidade de adaptação ao entorno – e a subdiferenciação em novos sistemas, crescentemente especializados, que têm no sistema social *omniabarcador* seu próprio meio.

O incremento de complexidade do ambiente, entretanto, não permite a simplificação dos sistemas. Ao revés, a finalidade do sistema é captar a rumor carente de sentido no meio em que inserto, reduzindo a complexidade do entorno e aumentando sua própria complexidade interna. Deste modo, a tese do retorno do Direito Penal ao modelo iluminista é inconciliável com a Teoria dos Sistemas, pois, ao renunciar à função de controle das novas demandas sociais, o sistema penal estaria enveredando por um caminho entrópico que o levaria à diluição em outros subsistemas.

Consentânea à Teoria dos Sistemas seria a proposta de Hassemer de subdiferenciação do Direito Penal em outro subsistema especializado em tema de criminalidade moderna que excluísse a possibilidade de pena privativa da liberdade<sup>479</sup>. Tal proposição encontra amparo na vocação dos sistemas a constantes subdivisões por razões de incremento da complexidade interna que pressionam a especialização dos novos subsistemas com o propósito de fomentar a eficiência, mas a renúncia à pena privativa de liberdade em matéria de criminalidade econômica produziria um novo subsistema jurídico que já não ostentaria diferenciação em relação a outros subsistemas similares como o Direito Administrativo sancionador ou mesmo ao Direito Civil sancionador, restando como única diferenciação em relação ao primeiro, a aplicação jurisdicional<sup>480</sup>. A consequente descaracterização romperia a fronteira de sentido mais relevante – a consequência sancionatória mais eficaz no desestímulo à conduta criminoso e,

---

<sup>479</sup> A ratificar as teses da Escola de Frankfurt está, ainda, o processualista argentino Julio Maier, para quem o Direito Penal tem limites e sua eficiência só é alcançada “com um número mínimo de problemas a solucionar” os quais se circunscrevem ao criminalidade nuclear e, embora dê crédito à crítica de que este entendimento seja discriminatório entre pobres e ricos, acredita que os ricos igualmente se beneficiem das propostas do Direito Penal moderno que seria ineficiente em relação a eles. E conclui: “entonces, el problema central para ser eficiente, a mi juicio, es ubicar la discusión en establecer *cuáles son los límites del sistema penal*, cuáles son las pocas cosas en las que el sistema penal podría ser relativamente eficiente. Para los otros problemas sociales, hay que tratar de inventar otro tipo de derecho; pero la persona que tiene que inventar eso no ha nacido todavía. El que pueda hacerlo es el que nos hará dar un paso adelante”. MAIER, Julio. Sobre la historia y el presente del Ministerio Público – Entrevista al Profesor Julio F. J. Maier. In: GORANSKI, Mirna. **Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático**: un estudio comparado. 1. ed. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2008. p. XXXIV.

<sup>480</sup> A aplicação jurisdicional de sanções não penais já ocorre entre nós a partir da Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil e não penal.

portanto, na eficiência preventiva – esmaecendo as fronteiras do sistema penal em face de outros subsistemas.

Igual crítica pode ser alçada contra a tese sumariamente aventada por Silva Sánchez de adoção, para o enfrentamento da criminalidade moderna, de um Direito Penal mais célere e menos garantista em contrapartida à renúncia à pena prisional. A tese é lógica: menos garantias, sanções menos severas, para sanções mais aflitivas, maiores garantias. Todavia, o critério não deveria ser simplesmente criminalidade nuclear – pena prisional e criminalidade moderna – penas não privativas de liberdade. O critério justo já está estabelecido na legislação: para a criminalidade mais grave, porque apenada mais severamente, amplitude de garantias conjugadas com penas privativas de liberdade; para a criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo, benefícios da transação penal, suspensão condicional do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou suspensão condicional da pena.

A evolução da filosofia analítica do Direito para uma filosofia sistêmica significa a admissão de sistemas jurídicos não mais fechados conforme a proposta kelseniana, mas cognitivamente abertos ao entorno, como consectário das sociedades pluralistas contemporâneas. O risco do sociologismo apontado por Kelsen como nocivo ao sistema jurídico deve ser mitigado pela seletividade interna do Direito, todavia, a abertura cognitiva democratiza o Direito em suas relações com outros subsistemas.

No concernente à corrupção, que se assume como espécie da criminalidade moderna, é verdade que se chegou, no passado, a admiti-la como um “mal necessário” nas sociedades subdesenvolvidas ou em desenvolvimento que o progresso educacional se encarregaria de eliminar; até que isso ocorresse, porém, teria uma funcionalidade atípica, destravando os obstáculos levantados pela burocracia destes países. Tal concepção entrou em declínio, na medida em que se percebeu que a corrupção não decresce só pelo avanço educacional, ao contrário, ela se aperfeiçoa e envolve cada vez mais instituições e agentes, desenvolvendo-se até o ponto em que já não se constitua em eventos esporádicos, mas no aparelhamento do Estado de Direito, mediante a adulteração de suas finalidades constitucionais, para atender quase exclusivamente interesses patrocinados pelo suborno. Surgem então autênticos Estados de corrupção, em que a exceção se torna a própria regra.

Em países de origem ibérica como o Brasil e a Argentina, a corrupção tem raízes históricas e antropológicas profundas, como o culto à amizade e aos laços familiares e a sacralização da personalidade do líder carismático, também conhecido como caudilhismo. Como decorrência privilegiam-se as relações de lealdade ainda que em prejuízo do mérito e do espírito público e estimula-se uma crescente desconfiança para com o que excede aos círculos mais próximos, como, por exemplo, a instância governamental.

Uma análise sistêmica da corrupção não prescinde do reconhecimento de que o Estado, ainda que seja o detentor do poder oficial, não é a única instância a irradiar poder nos sistemas sociais, havendo sim uma dispersão de poderes moleculares e periféricos em constante relação com o Estado. Foucault sustenta que estas relações são pautadas por uma visão economicista do poder como um bem que pode ser transmitido ou negociado. Arrancando de Foucault, Boaventura de Souza Santos identifica quatro espaços de poder nas sociedades contemporâneas: o espaço doméstico, da produção, da cidadania e o espaço mundial e concluiu que, nas sociedades menos desenvolvidas, entre as quais as nações latinoamericanas, o espaço da cidadania, representado pelo poder público veio antes do espaço da produção, gerando isomorfismos entre os diferentes espaços de poder. O espaço da cidadania acabou se amoldando ao espaço familiar, engendrando lealdades de tipo doméstico, a facilitar que grupos familiares dominem o Estado, ocasionando governos oligárquicos. Tal situação, muito própria do Brasil, contraria a ideia republicana de que o Estado deve se opor aos interesses familiares, na medida em que é o espaço dos interesses gerais e não dos interesses corporativos. De outra parte, uma inter-relação entre o espaço da cidadania e o espaço da produção, permitirá a tomada do governo por grupos empresariais, ocasionando monopólios e corrupção.

A identificação da corrupção com uma adulteração das finalidades do Estado, apesar de correta, não é completa, pois, o suborno pode estar endereçado sinalagmaticamente à realização de atividades lícitas, mas de consecução gratuita, denominado de corrupção imprópria. Assim, é mais adequado reconhecer, na incriminação da corrupção, a tutela de um bem jurídico complexo, destinado a preservar as condições necessárias ao bom funcionamento do Estado mediante a necessária defesa da confiança nele depositada pela população (aspecto externo) e,

de outro, o impedimento da falsificação de sua vontade (aspecto interno), neste caso, traduzida na perversão do *ethos* estatal.

A revelação crescente de relações promíscuas entre o governo e o mercado, concretizadas em atos de grande corrupção político-econômica, permitiu concluir que o Brasil estivesse se constituindo em um Estado de corrupção, engendrando expectativas em relação ao sistema de justiça, chamado a intervir, depois de sua histórica omissão tangente ao problema. Eis um dos fatores da crescente expansão investigatória, judicatória e executória em relação à corrupção como uma das facetas da criminalidade econômico/moderna em nosso país.

Ademais, o protagonismo de instituições que atuam nas fronteiras do sistema de justiça, como o Ministério Público também é uma resposta a este desenvolvimento sistêmico. Especialmente quanto ao Ministério Público, sua autonomia em face dos poderes constituídos e do mercado, o habilita a uma atuação mais eficiente. As garantias institucionais foram constitucionalizadas exatamente com o propósito de outorgar à instituição um grau maior de eficiência e protagonismo, donde se poder afirmar que esta tenha sido uma das consequências das opções da Constituição por um sistema de justiça penal capaz de fazer frente ao problema da criminalidade moderna, mais eivada de poder político e econômico.

Em um resumo da trilha institucional do Ministério Público brasileiro, conclui-se que, em que pesem os avanços e recuos de sua regulamentação constitucional ao longo da história, a instituição sempre manteve aquelas funções que, legal e socialmente, conquistara junto ao Poder Judiciário, firmando-se como uma necessidade da organização estrutural do Sistema de Justiça no Estado brasileiro, que ultrapassava sua condição legal momentânea, ditada ao sabor dos interesses políticos de cada fase histórica.

A indiscutível consagração do Ministério Público na Constituição Federal de 1988, que o alçou a uma situação privilegiada em face de seus congêneres em outros países, representa o resultado de esforços endógenos da instituição por conquista de espaços sociais. Desde uma potente auto-observação e de uma visionária abertura cognitiva que lhe permitiu compreender adequadamente cada momento histórico, a instituição assumiu uma atitude transformadora da sociedade brasileira e abarcadora de novas e imensas responsabilidades. De início, soube

valer-se de suas boas relações com o poder político<sup>481</sup> para ampliar sua atuação desde uma atividade deveras burocrática, oprimida entre os mais largos campos de atuação da polícia investigativa, de um lado, e do Poder Judiciário, de outro, avançando sua legitimação intervencionista em matéria cível sempre que a natureza da lide ou qualidade da parte assim o reclamasse. Ou seja, se não havia espaço em matéria penal, o Ministério Público buscou campo de ação na esfera cível, no revogado Código de Processo Civil de 1973.

Inicialmente esta intervenção como fiscal da lei se justificava no interesse de incapazes ou da administração pública, mas com o reconhecimento dos direitos coletivos *lato sensu* – meio ambiente, consumidor etc. – houve uma guinada interpretativa e o interesse público transferiu-se daquele afeto exclusivamente à administração pública (denominado interesse público secundário) para aquele outro denominado interesse social, representado nesses novos interesses difusos ou coletivos (interesse público primário) relacionados ao mundo da vida. Ademais, a própria sociedade, recentemente saída do período ditatorial, podia ser concebida como um ente incapaz, merecedor de tutela por um ente público forte, com autonomia para enfrentar poderosos interesses político/econômicos. Assim é que, na história institucional do Ministério Público, conceitos bastante latos como interesse público, qualidade da parte e direito indisponível, inicialmente, restritos, respectivamente, às ideias de interesse da administração pública e interesse de incapazes, passam a significar também anseios de uma sociedade vulnerável por sua incipiente organização. E a verdade é que a sociedade não se organizou como se esperava para autotutelar-se mediante ações coletivas, propostas por organizações não governamentais.

Este logro de novos espaços do ambiente, no momento da redemocratização, instrumentalizou o Ministério Público mediante o aporte de novos mecanismos de observação e tomada de decisões: os inquéritos civis e os compromissos de ajustamento de conduta às normas legais. Tais operações dispensaram a exclusiva conexão com o Poder Judiciário, por constituírem alternativa relevante à solução judicial de conflitos, mediante a atuação administrativa extrajudicial, reunindo, a um só tempo, uma plêiade de sanções

---

<sup>481</sup> Pois àquele tempo fora comum membros do Ministério Público exercerem cargos políticos no Executivo ou no Judiciário. Paradoxalmente, o que era entrevisto como um prejuízo institucional por suposta perda de independência, foi sim um fator de ganho, pois oportunizou conexões externas que facilitaram o reforço na arquitetura legal da instituição.

negociadas. O inquérito civil, com seu instrumental destinado à coleta de provas, constituiu-se em um mecanismo para observação do ambiente, além de mediar conexões estruturais por meio de ajustamentos de conduta. Deste modo, são dois instrumentos institucionais que permitem neguentropia sistêmica.

Este câmbio operativo situou o Ministério Público na fronteira do sistema de justiça já sem a dependência integral de outras instituições que o municiavam de informações. Suas novas funcionalidades de observação, inicialmente congregadas no inquérito civil, legalmente autorizado pela Lei 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública), permitiram-lhe abertura cognitiva e conexões sistêmicas, com consequente maior protagonismo direto em defesa de direitos sociais. Ao carrear ao Poder Judiciário, questões de alta relevância social que não foram solvidas em sede administrativa, o Ministério Público culminou por inserir no sistema judicial questões com algum viés político, pois, ao mesmo tempo em que o juiz não procede de ofício, ao Judiciário não é dado deixar de decidir as questões que lhe são postas (*non liquet*)<sup>482</sup>. É diferente das instâncias políticas do executivo e do legislativo que são soberanas também para não decidir. Destarte, é justo concluir que muito do que hoje se acoima de ativismo judicial seja apenas o exercício constitucional do dever de julgar e se deve menos à vontade deliberada de avançar sobre os espaços da política e mais à obrigação institucional vertida em direito fundamental (Art. 5º, XXXV, da CF).

*Ativistas* ou *protagonistas*, deste modo, podem ser as iniciativas do Ministério Público, que vem direcionando *enforcements* na defesa de direitos sociais ou coletivos e no combate à corrupção, delimitando um novo sentido institucional a produzir seleções no ambiente, destinadas à captação deste tipo de *input*. O incremento da complexidade por saturação comunicativa no entorno institucional desenvolveu a pressão seletiva, exemplificada na decisão *interna corporis* de reduzir a atuação intervencionista em matéria cível para priorizar a atuação ativa em ações civis (ações coletivas *lato sensu*) ou penais públicas, o que resultou, definitivamente, em maior protagonismo institucional, condizente com o programa constitucional de “defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Art. 127 da Constituição Federal).

---

<sup>482</sup> Não pode o juiz se esquivar de seu dever de julgar, ainda que haja lacuna na lei. Neste sentido, os termos do artigo 126 do CPC que dispõe que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art131](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art131). Acesso em: 18 jun. 2019.



Ademais, o inquérito civil, embora inicialmente destinado à apuração de fatos não-penais, tendo em conta a possibilidade legal da ação penal a partir de outras peças de informação que não exclusivamente o inquérito policial e a frequência com que o próprio inquérito civil apurava, ainda que fortuitamente, a prática de crimes, fez com que o instrumento acabasse servindo de supedâneo a denúncias criminais. Da faticidade à validade bastou que o Congresso Nacional rejeitasse a PEC 37 (que projetava atribuir com exclusividade às polícias judiciárias, a função de investigação criminal), que Supremo Tribunal Federal admitisse por constitucional a investigação criminal pelo Ministério Público e que o Conselho Superior do Ministério Público regulamentasse administrativamente procedimento próprio para tanto.

A vontade institucional do Ministério Público de abandonar atuações cíveis clássicas, concentrando esforços na investigação, especialmente, do crime organizado, é outra causa da expansão do Direito Penal moderno, pois se trata de instituição com autonomia, cujas garantias constitucionais foram-lhe outorgadas especialmente para o enfrentamento de organizações criminosas com maior poder econômico ou político. Disso resulta que o Ministério Público tem adotado critério seletivo para o enfrentamento da criminalidade moderna, notadamente o crime organizado e a criminalidade em que estejam envolvidos agentes públicos.

A demanda social por segurança frente aos novos riscos e pela garantia dos direitos sociais assim como a habilitação de instituições governamentais para sua tutela, não seriam ainda suficientes para reprimir a criminalidade moderna, pois algumas de suas características são a organização e impenetrabilidade. Ainda que o clássico criminoso de colarinho branco – que pratica crimes no exercício de uma profissão socialmente legítima, como o demonstrou Sutherland, tantas vezes citado nesta tese – normalmente não use de violência para obstruir a ação da justiça, ele se vale de outros recursos mais elaborados, como a própria corrupção, para produzir bloqueios investigatórios, que lhe assegurem maior segurança e previsão de êxito no desempenho de ações delituosas. Destarte, os instrumentos tradicionais de persecução penal restaram obsoletos e ineficazes em face da nova criminalidade e impuseram-se novos métodos de investigação criminal capazes de superar os bloqueios investigatórios produzidos pela organização das atividades ilícitas, que colocam em risco os próprios Estados nacionais.

Ainda em 2013, com o escopo de oferecer respostas aos reclamos da sociedade civil, que fora às ruas protestar contra a corrupção, e na esteira das convenções internacionais contra o crime organizado e contra a corrupção, às quais o Brasil já havia aderido, o Governo Federal lançou um pacote legislativo anticorrupção com inspiração em mecanismos adotados em países de origem anglo-saxã, fundados especialmente na utilização da consensualidade com o objetivo de estabelecer instrumentos de cooperação e transação entre o Estado e os agentes infratores da lei. Trata-se do recurso ao Direito Penal premial como meio de superar os bloqueios investigatórios e alcançar mais efetividade, inclusive valendo-se de um sistema jurídico-penal menos conflitivo e mais colaborativo. Neste escopo, instrumentos como o acordo de leniência e a colaboração premiada se apresentam ao universo jurídico brasileiro como novos mecanismos de enfrentamento da criminalidade econômica.

Especialmente, a colaboração premiada suscitou acirrados debates acerca de sua legitimidade, acentuando-se, de início, críticas emotivistas contra sua moralidade por alegada similaridade com a traição. Apontou-se sua incompatibilidade com direitos fundamentais como o direito ao silêncio e à não autoincriminação, ampla defesa, contraditório e contra o próprio sistema da *civil law*. As críticas não impediram a aprovação da Lei 12.850/2013, cuja constitucionalidade vem sendo admitida nos tribunais pátrios. A colaboração premiada tem respaldo na teoria da escolha racional e na justiça colaborativa. Ademais, como o demonstrou Alexy, os direitos fundamentais, mesmo vertidos em normas principiológicas, podem sofrer restrição em regras infraconstitucionais, desde que estas tenham supedâneo no texto constitucional. E, em efeito, não há qualquer incompatibilidade entre a Lei 12.850/13 e seus mecanismos de enfrentamento da criminalidade organizada, de um lado, e, de outro, a Constituição Federal de 1988, que, ao basear o Estado brasileiro nos fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, propõe-se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, está de acordo com o princípio da liberdade pessoal que o colaborador, estando ciente das provas já coletadas contra si e dos riscos de sofrer uma condenação penal severa, opte por revelar a estrutura de uma organização criminosa, da qual confessa haver tomado parte e, deste modo, se beneficie de

reduções na pena ou até mesmo da imunidade processual, conforme as hipóteses legalmente previstas para tanto.

Consoante argumentos expostos no terceiro capítulo há amplitude de razões morais e jurídicas, com lastro constitucional, a embasar o instituto da colaboração premiada, como alternativa ao Estado e ao acusado, conforme ao princípio da proporcionalidade, pois se trata de controlar o crime organizado, estabilizando legítimas expectativas de conduta no meio social e recuperar o produto do delito, mediante acordos em prol do investigado, com a aplicação de penas mais brandas.

Sem dúvida, a adoção deste mecanismo ampliou a rede de observação do sistema de justiça, facilitando a expansão do Direito Penal em matéria de criminalidade organizada moderna. O incremento das investigações e dos processos criminais teve por consequência imediata o aumento do número de prisões preventivas ou definitivas e, por óbvio, a reação doutrinária contra a privação da liberdade em matéria de criminalidade econômica. Dentre as reações mais qualificadas, estão a proposta de especialização de um “direito de intervenção”, apresentada por Winfried Hassemer e a de um “direito penal de segunda velocidade”, efetuada por Jesús-María Silva Sánchez.

Segundo a teoria da escolha racional, inicialmente empregada para pesquisas sobre produção e consumo e, posteriormente, estendida à própria abordagem da criminalidade econômica, a chave para compreensão do comportamento criminoso, sobretudo com fins econômicos, está em reconhecer que a maioria das pessoas o cometeria a partir de um cálculo racional em que o resultado da ação excedesse o potencial ganho com atividades lícitas e o risco de punição. Como se demonstrou ao longo do segundo capítulo, parte-se da ideia de que o criminoso é um indivíduo racional, que sopesa os possíveis benefícios com a prática criminosa e a probabilidade da punição em conjunto com outros elementos, tais como, grandeza do aparato policial, nível de eficiência da justiça criminal, efetividade da pena, possibilidade de livramento condicional. O crime, e mais especialmente o crime organizado, é, portanto, tido como uma atividade econômica como outra qualquer.

Hobbes via na ânsia de poder, em suas diversas modalidades de glória, riqueza e autoridade, a inspiração que preside as ações humanas, mas, em contrapartida, já diagnosticava que toda deliberação humana levará em conta o balanço entre desejos, apetites e aversões. Beccaria diagnosticava o desejo humano de retomar suas liberdades, alienadas em prol do interesse coletivo, ainda

que clandestinamente e mantendo restringidas as dos outros homens; identificava, porém, nos “motivos sensíveis”, incidentes sobre os sentidos, o desestímulo necessário para contrabalançar a tendência universal de dissolução do universo físico e moral; e, por fim, Bentham concluiu que o móvel da ação humana é a maximização da felicidade, consistente em incrementar o prazer e reduzir ou impedir a dor; concluiu, porém, que a ameaça de dor ou desprazer pode conter a disposição humana para o cultivo de interesses puramente pessoais, que não se conciliem com os interesses gerais, dentro de um princípio de utilidade.

Assim, é forçoso concluir que a pena prisional ainda representa o contraponto necessário no cálculo custo-benefício da atividade criminosa, segundo a teoria da escolha racional. Especialmente no que toca ao criminoso de colarinho-branco, que sempre tem à sua disposição variáveis positivas como o desenvolvimento de atividades lícitas, a autonomia da vontade é a base ética mais evidente da pena privativa de liberdade.

Ademais, não se recomenda negligenciar as razões da pena como um valor moral de justificável racionalidade, pois representa a reação necessária ao crime, sem a qual qualquer pretensão de fidelidade ao Direito restará renunciada, colocando em risco de diluição os demais sistemas sociais congruentes com o sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirinos dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema Judicial no combate à corrupção (art). *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchin son Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMADO, Juan Antonio García. Sociología sistemática y política legislativa (*Art*). *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). **Teoría de sistemas e derecho penal**. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **A prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Sumaré, Fapesp, 2002.
- ASSUNÇÃO, Bruno Barros de. Análise econômica da colaboração premiada – instrumento de investigação e estratégia de defesa (art.). *In*: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Sistema de justiça criminal**. Brasília, DF: ESMPU, 2018.
- AXT, Günter. **Ministério Público no Rio Grande do Sul**: evolução histórica. Projeto Memória. Porto Alegre: Procuradoria Geral de Justiça, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique. Sobre el derecho penal y sua racionalidad (art.). *In*: BACIGALUPO, Enrique. **Teoría de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. (Colección CEURA).

BALDAN, Edson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. *Boletim do IBCCrim*, v. 13, n. 159, p. 4, fev 2006 *apud* BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: REVAN, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo. Constituição, violência e o mal (art.). *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas (entrevista). **IHU Online**, São Leopoldo, n. 181, 22 maio 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós Iberica, 1986.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *In*: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*. [S. l.]: NBER, 1974. p. 1-54. Disponível em: <http://www.nber.org/books/beck74-1>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **Colaborador con la justicia**: aspectos sustantivos, processales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykinson, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 3. ed. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Editor responsável Russell P. Shedd; traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida Nova; Brasília, DF? Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BISCAY, Pedro M. El papel de la producción de datos empíricos en la reconstrucción conceptual del objeto de investigación: corrupción y políticas públicas (art.). *In*: ORSI; Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (comp.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Apresentação. *In*: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada**: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa. Porto Alegre: SV, 2019.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à colaboração no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lavajato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, DF, n. 122, set./out 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2019.

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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 18 jun. 2019.

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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art131](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art131). Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias do DEPEN, atualização de 2016.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação originária AO 2275.** Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ricardo Jose Meirelles da Motta. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, Julgamento: 23 de outubro 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5239546>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de arquivamento do inquérito 4005/DF.** Autor: Ministério Público Federal. Invest.: Fernando Bezerra de Souza Coelho. Relator Min. Edson Fachin. Rel. para acórdão, Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4731995>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 1.139.086 Rio Grande do Sul.** Agravante: Alberto Fernandes da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Ministério Público Federal -Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, **Julgamento em 28 de setembro de 2018.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748510354> Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 127.483 Paraná.** Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e Outros. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1103435/SP. Agravo regimental no Rec. Extr.** Recorrente: Eloizo Gomes Afonso Durães. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, Julgamento em: 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5339922>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Segundos Emb. Decl. no inquérito 3.994 Distrito Federal.** Embargante: Ministério Público Federal. Embargados: Benedito de Lira Arthur; de Lira e Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, Julgamento: 07 de agosto de 2018.



<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315188530&ext=.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 24**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>. Acesso em: 13 maio 2019.

BRAZIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRAZIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842**. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de Dezembro de 1841. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Regulamentos/R120.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm). Acesso em: 18 jun. 2019.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARGL, Walter. Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoietico (art.). *In*: BACIGALUPO, Enrique. **Teoría de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2007.

CARRASCO, Jorge C. Pesquisa avalia os fatores preditivos da condenação criminal de prefeitos no RS: um dos objetivos do estudo foi aprofundar e discutir as mudanças legais e jurisprudenciais sobre o foro privilegiado no Brasil. **UFRGS Ciência**, Porto Alegre, 11 out. 2018. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/secom/ciencia/pesquisa-avalia-os-fatores-preditivos-da-condenacao-criminal-de-prefeitos-no-rs/>. Acesso em: 03 jun. 2019.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Fin de milenio**. Versão Castelhana de Cármen Martínez Gimeno. Espanha: Alianza, 1999. v. 3: A era da informação.

CAVERO, Percy García. **Derecho penal económico**. Lima: Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2018**. Rio de Janeiro: Ipea: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, jun. 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em 05 fev. 2019.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito (art.). *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender os crimes de colarinho branco. 5. ed. Tradução de Denise R. Sales. São Paulo: Manole, 2005.

COMPLEJIDAD. *In*: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano ao español de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/8/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano ao español de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996.

COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editores, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado (art.). *In*: SCHMITID, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIAS, Augusto Silva. “**Delicto in se**” e “**delicta mere prohibita**”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico (art.). *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da; COSTA; José de Faria **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional (art.). *In*: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís **A política criminal na encruzilhada**. Tradutor André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DURKHEIM, Émile. Las reglas del método sociológico. *In*: RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Clássicos de la criminología**. México: Editorial Ubijus e Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006. cap. 3.

ÉSQUILO. **Tragédias completas**. Espanha: La Nación, [19--?].

ÉSQUILO. **Tragédias completas**. Las Coéforas: parte final. Espanha: La Nación, [19--?].

ESTRELLA, Ángel Linares. **Um problema de la parte general del derecho penal económico**. El actuar en nombre de outro. Análisis del derecho penal español y cubano. Granada: Comares, 2002.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. *In*: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

FEDOZZI, Luciano. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. *In*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe – Institut/ICBA, 1997.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002.

FERRARI, Miguel Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional (art.). *In*: SILVA, Marco Antonio Marques; COSTA, José de Faria. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

FONSECA, Cibele Benevides Guedes; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar. **A colaboração premiada compensa?** Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>. Acesso em: 27 ago. 2019.

FONSECA, Hugo Duarte. Direito penal econômico: da autonomia dogmática à integridade dos princípios (*ou* para uma cosmovisão: do Big Bang na dogmática à radiação fóssil dos princípios) (art.). *In*: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de direito penal econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradutor e organizador Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 27. ed. São Paulo: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión**. Traducción de Aurelio Garzón del Camino. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI: Editores Argentina, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; JESUS, Damásio de. Delação premiada (art.). *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão de Enio

Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GARAPON, Antoine. Direito e moral numa democracia de opinião (art.). *In*: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis (dir.). **A justiça e o mal**. Tradutora Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, [19--].

GARCÍA CAVERO, Percy García. **Derecho penal económico**. Lima: Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007.

GILMAR Mendes. *In*: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [San Francisco: Wikimedia Foundation], 17 ago. 2017. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Gilmar\\_Mendes](https://pt.wikipedia.org/wiki/Gilmar_Mendes). Acesso em: 09 jan. 2019.

GOMEZ, Manuel Marchena. [Prefácio]. *In*: PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Los delatores en el proceso penal**. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018.

GORANSKI, Mirna. **Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático: un estudio comparado**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. xiii.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. Leme. São Paulo: Ed. de Direito, 1998.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. *In*: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; THIERRY, Pech. **Punir em democracia: e a justiça será**. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GRUENBERG, Christian. Los derechos humanos como táctica anticorrupción: una reforma en la que todos ganan? (art.). *In*: ORSI, Omar Gabriel; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (comp.). **Transparência, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade II**. 2. ed. Tradutor Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade I**. 2. ed. Tradutor Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

- HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal (Resumo elaborado por Cezar Roberto Bittencourt, sem revisão do autor, da Conferência realizada no IBCCrim, em 17/11/1993). *In*: HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 3. ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria
- JAKOBS, Günther. **Dogmática del derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas Ediciones S. L., 2004.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** (Introdução à teoria do direito). Tradução, Textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. (Série clássicos Edipro).
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituição de 1987/88. *In*: SADEK, Maria Tereza (org.). **O sistema de justiça**. São Paulo: IDESP: Sumaré: Fundação Ford, 1999. p. 61-77.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Que é uma Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. (Coleção clássicos do direito).
- LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila *et al.* **Ministério Público: guardião da cidadania brasileira?** Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC): Universidade Cândido Mendes, jul. 2016.
- LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal (art.). *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (coord.). **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.
- LOPES Jr., Dalmir. [Introdução]. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Tradutores Dalmir Lopes Jr., Daniele Andrea da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LUHMANN, Niklas **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger; Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Alianza, México: Universidad Iberoamericana, 1991.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradutor Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Perez y Carlos Vallalobos. Coordenador da tradução Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993.
- LUHMANN, Niklas; TORRES NAFARRANTE, Javier (coord.). **Teoría de la sociedad**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.
- MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder (Introdução). *In*: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradutor e organizador Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2010.
- MAIER, Julio. Sobre la historia y el presente del Ministerio Público – Entrevista al Profesor Julio F. J. Maier. *In*: GORANSKI, Mirna. **Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático**: un estudio comparado. 1. ed. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2008.
- MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e “status”**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTIN, Luis Gracia. La modernización del derecho penal como exigencia del postulado del Estado de Derecho (social y democrático) (*art.*). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 3, 3ª Época, 2010. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5020>. Acesso em: 04 jun. 2019.
- MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos (*art.*). *In*: MELO, Débora Thaís de; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador seu valor probatório (*art.*). *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MILESKI, Helio Saulo. **O Estado contemporâneo e a corrupção**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Corregrafic. S.L., 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: IBdF, 2003.

MIRANDA, Luiz Fernando. A análise neo-institucional da corrupção: corrupção e reformas (art.). **Em Tese**, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2016v13n1p48/32269>. Acesso em: 18 jun. 2019.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Problemas actuales de la criminología**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Tratado de criminología**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009. t. 2. (Colección autores de derecho penal).

MOUSQUER, Shaiane Tassi. Breves considerações sobre a conformação ética e jurídica da colaboração premiada (art.). *In*: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Sistema de justiça criminal**. Brasília, DF: ESMPU, 2018.

NAIM, Moisés. **Ilícito**: como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el Mundo. 1. ed. Buenos Aires: Debate, 2006.

NAUCKE, Wolfgang. **El concepto de delito econômico político**: una aproximación. Tradução de Eugênio Sarraiyrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 82, t. 01, p. 128-142, jun. 2001.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Criminalidade moderna *versus* criminalidade de massa (I). *In*: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Organizado por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS: Goethe – Institut/ICBA, 1997.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland (art.). *In*: SOUZA, Artur Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico – contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. Brasília DF: ESMPU, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, [19--?].

PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada (art.). **Revista da Ajufergs**, Porto Alegre, n. 8, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ Carmen, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción (art.). *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito penal da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. (Coleção doutrinas essenciais-Direito penal econômico e da empresa).

PEREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Política criminal y derecho penal (art.). *In*: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **Derecho penal y sociedad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. 2.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. [Prefácio]. *In*: ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

POSNER, Richard **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo e revisão técnica e da tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRATS, Martín. La participación ciudadana en clave de derechos humanos como herramienta para la prevención de la corrupción. Condiciones para su real ejercicio (art.). *In*: ORSI, Omar Gabriel; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (comp.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradutores Almiro Pissetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II (art.). *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



ROCHA, Leonel Severo. Direito, cultura política e democracia I. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, 2001. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul./dez.2013. doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06.

ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, 2001. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana (art.). *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e constituição. *In*: SCHWARTZ, Germano; PRIBAN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoietica das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROCHA, Marcelo Nunes Neves da; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. Análise das penalidades graves aplicadas a servidores federais no Brasil: principais causas, modalidades punitivas, avaliação quantitativa e qualitativa. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 14., Salvador, 2009. *Anais...* Salvador: CLAD, 2009.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistêmico-construtivista?" (art.). *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: ARA Editores E.I.R.L, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019.

ROMPIMENTO de barragem em Mariana. *In*: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [San Francisco: Wikimedia Foundation], 9 nov. 2019. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento\\_de\\_barragem\\_em\\_Mariana](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Mariana). Acesso em: 06 mar. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. *In*: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. ampl. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei (art.). MELO, Débora Thaís de; BIDINO, Claudio; SANTOS, Cláudia Cruz. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Anatomia de uma criminologia crítica - Prefácio. *In*. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHUNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. *In*: SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Tradutora Silvana Bacigalupo. Madri: Tecnos, 2002.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano (art.). *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano (art.). *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SENTIDO. *In*: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano ao espanhol de Miguel Romero Perez sob a direção de Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Guadalajara, México: 1996.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2001.

SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. 3. ed. Traduzido por Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. amp. Tradutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradutor Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

SÓFOCLES. *Rei Édipo*. Tradução J. B. de Mello e Souza. São Paulo: eBookeBooks Brasil, 2005. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/68878291/sofocles-rei-edipo>. Acesso em: 19 maio 2019.

SOUZA, Artur Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília, DF: ESMPU, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. (Coleção pensamento criminológico, n. 22).

TÁCITO, Caio. Do direito individual ao direito difuso [art.]. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 157, p. 01-13, jul./set. 1984.

TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico (art.). *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir.). **El derecho penal econômico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico**: alemán, español, comunitário. Barcelona: PPU, 1993.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Any Marie Santos. A teoria da justiça de John Rawls como aporte teórico para a avaliação e a formulação de políticas públicas (art.). **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n 139, dez. 2015.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2018**. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>. Acesso em: 03 jul. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. *In*: BURGOS, Marcelo; VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

VIRGOLINI, Júlio E. S. **Crímenes excelentes – delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008. (Colección Tesis Doctoral).

VOLTAIRE. **O preço da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiências, garantias e justiça no processo penal (art). **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v. 12, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.