



REVISTA DA Emeron

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

N . 30 2022



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



latindex



EMERON

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

ISSN 1983-7283
ISSN Eletrônico 2764-9679(n.30 atual)

REVISTA DA **Emeron**



Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
Ano 2022 - nº 30 - julho a dezembro de 2022
Periodicidade: Semestral

Diretor
Desembargador Raduan Miguel Filho

Coordenador do Comitê de Redação Científica
Desembargador Álvaro Kalix Ferro

latindex



REVISTA DA Emeron



CÚPULA DIRETIVA - BIÊNIO 2022-2023

Poder Judiciário do Estado de Rondônia

Presidente	Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia
Vice-Presidente	Des. Osny Claro de Oliveira Junior
Corregedor-Geral	Des. José Antônio Robles

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron

Diretor	Des. Raduan Miguel Filho
Vice-Diretora	Juíza Karina Miguel Sobral
Secretária Geral	Érica Machado e Silva de Carvalho Lopes

Centro de Pesquisa e Publicação Acadêmica - Cepep

Arlen José Silva de Souza

Comitê de Redação Científica e Conselho Editorial

Álvaro Kalix Ferro	Audarzean Santana da Silva
Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres	Lucas Niero Flores
Johnny Gustavo Clemes	Jean Carlo Silva dos Santos

Conselho Científico

Adolfo Theodoro Naujorks Neto (TJRO)	Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos - Madrid/Espanha)
Alexandre Miguel (TJRO)	Guilherme Ribeiro Baldan (TJRO)
Álvaro Kalix Ferro (TJRO)	Haruo Mizusaki (TJRO)
Ana Lúcia Tavares Ferreira (PUC-Rio e UERJ)	Inês Moreira da Costa (TJRO)
Ana Paula Baldez Santos (TJRO)	Jussara Valente Fernandes Secco (TJRO)
Arlen José Silva de Souza (TJRO)	Kerley Regina Ferreira de Arruda Alcântara (TJRO)
Áureo Virgílio Queiroz (TJRO)	Larissa Pinho de Alencar Lima (TJRO)
Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Estácio de Sá e UERJ)	Leticia Mirelli Faleiro e Silva (UERJ)
Cláudia Vieira Maciel de Sousa (TJRO)	Oscar Francisco Alves Júnior (TJRO)
Daniela Christina Klenz Eller (TJRO)	Pablo Fernández García-Armero (UNIR - Universidad Internacional de La Rioja - Espanha)
Deisy Crithian Lorena de Oliveira Ferraz (TJRO)	Philiane Ferreira Paulino da Silva (TJRO)
Denise Pipino Figueiredo (TJRO)	Rubén Miranda Gonçalves (UNIR - Universidad Internacional de La Rioja - Espanha)
Deyvid Junior Cremasco (TJRO)	Samile Dias Carvalho (TJRO)
Duília Sgrott Reis (TJRO)	Sérgio Willian Domingues Teixeira (TJRO)
Elson Pereira de Oliveira Bastos (TJRO)	Zeno Germano De Souza Neto (TJRO)
Emy Karla Yamamoto Roque (TJRO)	
Flávio Henrique de Melo (TJRO)	
Francielle Vieira Oliveira (Estácio - Brasília)	
Franklin Vieira dos Santos (TJRO)	

30

emeron.tjro.jus.br



EMERON
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

Editora: Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
Rua Tabajara, 834, Olaria - CEP: 76.831-316
Porto Velho - Rondônia - Brasil
Tel.: (69) 3217-1066
emeron.cepep@tjro.jus.br - emeron.tjro.jus.br

Editor Responsável

Álvaro Kalix Ferro

Edição de Conteúdo

Eduardo Ribeiro dos Santos
Jean Carlo Silva dos Santos

Projeto Gráfico

Marcelo Cidade

Foto Capa

Magistrados e Servidores da Emeron
Biênio 2022/2023

Capa e Diagramação

Ronaldo Marcelo Avelino Knyppe
Núcleo de Serviços Gráficos - Nugraf

Produção

Centro de Pesquisa, Inovação e Publicação - Cepep/Emeron

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei n. 9.610 de 19/2/1998. Nenhuma parte desta obra, sem autorização prévia da Escola da Magistratura ou dos autores, poderá ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, fotográficos, gravação ou outros.

Revista da Emeron / Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. -- n.30 (jan./dez 1996-) -- Porto Velho : TJRO, 2022.

Anual

ISSN 1983-7283

ISSN Eletrônico 2764-9679(n.30 atual)

1. Direito – Periódicos I. Rondônia (Estado) Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

CDD: 340.5
CDU-340 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	06
DIREITO PENAL E DELAÇÃO PREMIADA: UMA NOVA VISÃO DE JUSTIÇA OU BARGANHA JUDICIÁRIA? ENIO SALVADOR VAZ	14
O MARCO CIVIL DA INTERNET E O ACESSO AOS DADOS DO APLICATIVO WHATSAPP COMO UMA DAS FERRAMENTAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA ALEX BALMANT.....	42
POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE E CONSEQUENTE ENFRAQUECIMENTO DO CRIME E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS JEFFERSON RHIDDAN QUEIROZ FREIRE AUDARZEAN SANTANA DA SILVA	58
AUDITORIA NA PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO ÁUREO VERGÍLIO QUEIROZ LAIANA FREIRE NEVES DE AGUIAR.....	83
“MÃOS ABENÇOADAS” - EMPODERAMENTO DAS PRESAS COMO MEIO PARA POSSIBILITAR O ROMPIMENTO COM AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS CLÁUDIA MARA DA SILVA FALEIROS FERNANDES	99
INFILTRAÇÃO DE AGENTES NAS ORGANIZAÇÕES ESCRIMINOSAS LIMITES DE ATUAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL FABIANO PEGORARO FRANCO.....	118
O CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA E O FLAGRANTE DELITO NO ESTADO DE DIREITO GLEUCIVAL ZEED ESTEVÃO.....	135
COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL: INSTRUMENTO NO COMBATE À CORRUPÇÃO ROGÉRIO ALESSANDRO SILVA GRUILHERME RIBEIRO BALDAN.....	156
MÉTODO ALTERNATIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA - APAC, NO CENÁRIO AMAZÔNICO MÁRCIA REGINA GOMES SERAFIM SÉRGIO WILLIAM DOMINGUES TEIXEIRA	177
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES ADRIANO LIMA TOLDO.....	200
CRIMINALIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS E CAMPANHAS ELEITORAIS: UMA PERSPECTIVA LATINO-AMERICANA CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA WANESSA CARNEIRO MOLINARO FERREIRA SERAFIM	217

APRESENTAÇÃO

O Poder Judiciário enquanto um dos pilares do Estado Democrático de Direito, necessita estar em constante evolução, acompanhando o processo de transformação socioeconômico e tecnológico inerente a qualquer sociedade.

Essa necessidade ganha exponencial relevo quando se fala em prestação jurisdicional na região mais remota de nosso país.

A Amazônia com seus 09 estados, conta uma área territorial de mais de 5 milhões de quilômetros quadrados que representa 61% do território brasileiro, com baixa densidade demográfica e apresenta-se como o grande desafio para a implantação de políticas públicas nacionais, fundamentais para o seu desenvolvimento, geração de renda com preservação do meio ambiente e bem-estar da população.

Essa realidade singular da região mais cobiçada internacionalmente insere-se no contexto do trabalho hercúleo que o Poder Judiciário faz para que a prestação jurisdicional, nessa imensa região, chegue a todos os cidadãos de forma permanente, célere, uniforme e com qualidade.

Nesse contexto macrorregional, é imprescindível que magistradas e magistrados da Amazônia estejam em constante e contínuo aperfeiçoamento, possibilitando à prestação jurisdicional, uma aproximação mais estreita com a realidade em que está inserida.

Digo isto em razão dos magistrados e magistradas brasileiras integrarem a massa humana que compõe a população, com todas as suas regionalidades, costumes, crenças, formas de lidar com as vicissitudes humanas e peculiaridades geográficas que tornam o ensino judicial brasileiro um desafio de proporções continentais.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 105, §1º, I, constitucionalizou o ensino judicial no Brasil ao criar a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados com a incumbência de, dentre outras atividades, regulamentar cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira.

Este status jurídico-constitucional da ENFAM, por si só, já demonstra sua importância na formação de juízes e juízas brasileiras. Mas,

num país com mais de 212 milhões de habitantes e que conta com mais de 8 mil magistrados, a dimensão do ensino judicial ganha relevância ainda maior.

Prestar a jurisdição no interior de qualquer estado da região sudeste e sul do país, é absolutamente diferente de prestar a jurisdição no interior da Amazônia, circunstâncias regionais e geográficas que, como dito anteriormente, impõe-nos a obrigação de um olhar particular e distinto na forma de como se dará o aperfeiçoamento da magistratura brasileira.

Verticalizar a formação e o aperfeiçoamento judicial no Brasil sem esse olhar mais atento às particularidades existentes, torna, extreme de dúvidas, o serviço público que cada um de nós prestamos, mais burocrático, lento e, principalmente, não inclusivo.

A prestação jurisdicional, enquanto serviço público que representa, deve ser ofertada a cada cidadão brasileiro com eficiência, rapidez e com qualidade.

Para isso, é fundamental que haja o constante aperfeiçoamento de nossos atores, condição intrínseca da excelência esperada no serviço público.

É bem verdade que o uso da tecnologia proporcionou um grande avanço na forma de se prestar a jurisdição em nosso país, permitindo que a cidadania chegasse aos mais distantes locais.

O processo eletrônico é um exemplo disso!

Cidadãos da Amazônia que, antes dessa tecnologia, não possuíam assistência jurídica prestada pela OAB ou pelas Defensorias Públicas, muitas das vezes, assistidos por rúbulas (pessoa da comunidade com conhecimentos mínimos em direito, sem qualquer formação jurídica), passaram a ter o apoio técnico-jurídico desses órgãos, graças ao processo eletrônico, criação do Judiciário brasileiro.

O processo eletrônico, na Amazônia, trouxe cidadania a essas pessoas!

Esses avanços materiais na forma de se prestar a jurisdição devem ser acompanhados de treinamento, com a capacitação da magistratura no uso dessas novas ferramentas, mas, principalmente, capacitação para que esses recursos tecnológicos sirvam, efetivamente, de incremento da melhoria do serviço por nós prestado.

Diante disso, é crucial que a formação da magistratura na região amazônica leve em consideração a realidade em que esses magistrados e

magistradas estão inseridos, não sendo concebível que o ensino judicial seja realizado sem um olhar mais atento às questões ambientais, às questões agrárias, às questões relacionadas à população indígena, ribeirinha, comunidades tradicionais e quilombolas, às questões inerentes às regiões de fronteiras, questões migratórias, segurança institucional e a cooperação judicial.

Todos esses temas são enfrentados diariamente pela magistratura amazônica, com aspectos próprios, muitas das vezes criando-se soluções processuais e procedimentais inaceitáveis em outras regiões do país, mas que, na Amazônia, são a única forma de se prestar a jurisdição.

Como se admitir a citação criminal de pessoa que reside em comunidades ribeirinhas e/ou indígenas, onde os meios de locomoção são dificílimos, pelas rádios comunitárias dos municípios?

Um magistrado ou magistrada sem uma formação regionalizada praticaria um ato dessa natureza, sem previsão no ordenamento jurídico?

Ainda, a expedição de carta precatória para que outro Juízo de município diverso pratique ato no próprio Juízo deprecante!

Essas e outras situações tipicamente amazônicas, durante muito tempo, serviram de fundamento para a instauração de procedimentos administrativos contra magistrados e magistradas da Amazônia, no Conselho Nacional de Justiça, iniciados por magistrados de outras regiões do país que, por falta de conhecimento da realidade amazônica, não aceitavam as soluções procedimentais encontradas.

Graças ao trabalho inclusivo e incansável do Conselho Nacional de Justiça em relação à prestação jurisdicional na Amazônia, a realidade mudou significativamente.

Essas questões práticas são corriqueiras na Amazônia Legal, situações causadas, como dito no início desta exposição, pelo isolamento geográfico de uma região que representa 61% de todo o território brasileiro.

Entretanto, ao invés dessa realidade apresentar-se como empecilho para a prestação jurisdicional, foi encarada pelos Tribunais e Escolas Judiciais da Amazônia, como fator de motivação para o desenvolvimento de políticas públicas judiciais inclusivas que possibilitaram ao Judiciário brasileiro atender a todos os cidadãos, aonde quer que eles se encontrem.

Como dito anteriormente, um exemplo claro dessas políticas públicas foi o desenvolvimento do processo eletrônico que permitiu que

milhões de brasileiros da Amazônia tivessem acesso ao sistema de Justiça de um modo geral, especialmente, acesso à assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública que, em razão de suas condições estruturais não conseguia chegar a todos os municípios do Amazonas, por exemplo.

Com o processo eletrônico, OAB e Defensoria Pública podem atuar em todos os processos em tramitação num tribunal da Amazônia, sem a necessidade de deslocamento, muitas das vezes, extremamente custoso para as instituições.

Mas, para que essa imersão na realidade amazônica seja realizada, é imprescindível que a formação e o aperfeiçoamento de magistrados seja regionalizada, atenta às questões próprias da Amazônia.

Uma formação inicial regionalizada, atenta às questões tipicamente amazônicas, possibilitará aos magistrados recém-empossados uma visão mais real do contexto socioeconômico em que estará inserido, agregando mais qualidade e aspecto inclusivo à prestação jurisdicional.

Para tanto, é necessário que os cursos de formação inicial para magistrados e magistradas na Amazônia, abordem essas temáticas com profundidade, examinando, detalhadamente, todas as nuances e aspectos existentes.

Neste ponto, cumpre destacar o significativo papel das escolas judiciais da Amazônia que, diante de todas as dificuldades para a formação e aperfeiçoamento da magistratura, conseguem desenvolver precioso trabalho, proporcionando a toda a magistratura da região, uma formação qualitativa que resulta, sem dúvida nenhuma, na melhoria da jurisdição.

Este primeiro encontro de Escolas Judiciais da Amazônia demonstra, inequivocamente, o compromisso e a responsabilidade do Poder Judiciário desta região com a qualidade dos serviços prestados!

Outro fato importante e que deve sempre constar da formação inicial dos magistrados, é a formatação de cursos sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça e que estabelecem protocolos de ação de observância obrigatória para os magistrados e magistradas.

Por exemplo, magistrados da região amazônica, obrigatoriamente, quando da análise de questões indígenas, sejam cíveis ou criminais, necessitam ter conhecimento dos protocolos estabelecidos pelo CNJ e que asseguram a realização de um diálogo intercultural caracterizado pelo respeito do modo de ser e de viver desses povos.

Um magistrado sem essa formação específica não será capaz de fazer JUSTIÇA, ao contrário, será responsável por violar os direitos dos povos indígenas que são assegurados constitucionalmente.

É imperioso que as formações iniciais proporcionem uma imersão do novo magistrado dentro dessa realidade!

Portanto, o papel das escolas judiciais nesse processo de formação é extremamente relevante, já que se encontram inseridas dentro desse contexto regional e possuem know-how para identificar os melhores processos didáticos pedagógicos capazes de proporcionar a capacitação adequada.

A ENFAM ciente dessa necessidade, desse olhar mais atento às regionalidades, vem, em suas mais diversas frentes de trabalho, incluindo módulos específicos para cada região do país, proporcionando à magistratura capacitação particularizada e mais adequada, atenta às dificuldades práticas dos magistrados em cada região do país.

O dogmatismo preponderante deve ceder espaço às questões próprias da prestação jurisdicional, identificando-se as dificuldades e compartilhando as soluções. Uma formação inicial atenta a essas realidades certamente será mais significativa no campo da garantia dos direitos dos cidadãos, do que uma formação inicial reservada às questões meramente dogmáticas, de pouca ou nenhuma consequência prática.

Como dito anteriormente, a jurisdição deve ser eficiente e célere, especialmente, na região amazônica, em que as grandes distâncias e o isolamento de várias localidades contribuem para a consolidação de danos ambientais, de violação a direitos de povos indígenas, comunidades ribeirinhas, fomentam a prática de crimes, enfim, são terreno fértil para a consolidação de danos.

Não podemos esquecer que a pandemia do COVID-19, apesar de ainda causar a morte de milhares de pessoas acelerou a implantação de novas tecnologias na formação e na própria prestação jurisdicional. O uso de plataformas de videoconferência para a realização de audiências e de cursos de capacitação é uma realidade consolidada.

Magistrados e magistradas que prestam a jurisdição em locais remotos da Amazônia e que levariam dias em viagens de barco para as capitais onde se localizam as Escolas Judiciais, podem se capacitar da própria comarca, sem causar prejuízo algum à prestação jurisdicional.

Apenas para demonstrar o avanço da formação e capacitação da magistratura nacional em plena pandemia, de janeiro de 2020 até o dia 30 de setembro de 2022, foram formados:

- 687 magistrados em cursos de formação inicial;
- 3.378 magistrados em cursos de formação continuada;
- 1.646 magistrados em cursos de formação de formadores;

Mesmo diante de todo caos gerado pela pandemia do COVID-19, que impôs a necessidade de se compatibilizar a restrição de circulação com a manutenção das atividades, o ensino Judicial brasileiro manteve seus trabalhos apresentando expressivos números positivos no processo de formação da magistratura brasileira.

Como se verifica, os desafios da formação de magistrados na região Amazônica é proporcional à imensidão da região, mas conta com a qualidade e o preparo de magistrados, magistradas, servidores e servidoras, tribunais e de escolas judiciais que encaram as dificuldades de frente, com a certeza de que todo o esforço vale a pena para agregar mais qualidade à prestação jurisdicional.

O aperfeiçoamento da magistratura deve ser encarado como patrimônio de uma Nação já que incorpora qualidade a um serviço essencial para o seu crescimento e desenvolvimento humano, ético e moral, valores inegociáveis e estruturantes de um país.

Não tenho dúvidas de que o Judiciário brasileiro, detentor do maior plantel de magistrados do mundo, com qualidade ímpar que lhe é peculiar, continuará com o seu processo de aperfeiçoamento intrinsecamente ligado com as reais e necessárias demandas sociais.

O Judiciário esperado pela sociedade brasileira é um Judiciário moderno, tecnológico, capaz de conjugar a celeridade esperada com a necessária excelência do serviço que prestamos.

Essa realidade foi comprovada com a publicação no último dia 22 de novembro do prêmio Justiça de Qualidade do Conselho Nacional de Justiça, em que dos três tribunais brasileiros que obtiveram o selo diamante, dois são da região Norte do País, o tribunal de Roraima e o Tribunal de Rondônia que realiza este evento.

Dos três grandes players do país, dois são da região norte! Isso deve ser comemorado por todos e servir de inspiração para que essa excelência do serviço público alcance a todos os tribunais da região amazônica.

Excelência que somente será garantida se voltarmos sempre o olhar para o nosso público alvo que é o cidadão. Aquele que diariamente se socorre do Poder Judiciário para ver resolvido o problema que tanto lhe aflige.

É o contato humano do magistrado com o destinatário do serviço que prestamos que deve ser a maior fonte de inspiração da formação e da capacitação de magistrados.

Tenho a convicção de que o ensino judicial na região amazônica é paradigmático, servindo de exemplo para todo o país, já que consegue superar obstáculos quase que intransponíveis, distâncias monumentais, carência de recursos financeiros e tecnológicos e histórica omissão governamental com dedicação, resiliência e vontade de bem servir.

Estejamos sempre comprometidos a qualidade, com a história desse lugar e com o povo dessa região!

Como diz Paulo Freire:

“Educação não transforma o mundo, educação muda as pessoas. Pessoas transformam o mundo!”

Muito obrigado!

Jorsenildo Dourado do Nascimento

Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

ARTIGOS

DIREITO PENAL E DELAÇÃO PREMIADA: UMA NOVA VISÃO DE JUSTIÇA OU BARGANHA JUDICIÁRIA?

ENIO SALVADOR VAZ⁰¹

RESUMO:

O presente artigo trata dos resultados da pesquisa relacionada aos meios de prova na persecução penal, onde se discute a delação premiada, enquanto método utilizado pela Justiça brasileira para empregar a alguns tipos penais, dentre os quais, a organização criminosa. Pretende verificar sua utilização como instrumento de utilidade na persecução e instrução processual penal. A justificativa do tema se consubstancia nos atuais e intensos debates jurídicos, em tempos de investigações polêmicas, quebras de sigilo de comunicações, globalização, sociedade de risco e mídias sociais. É nesse contexto que doutrina e jurisprudência sustentam suas teses acerca da aplicabilidade da delação premiada no combate ao crime, ante a possibilidade de contribuição na elucidação das práticas do crime organizado. A Delação Premiada, remete à operação “Mãos Limpas”, ocorrida na Itália, numa repressão aos crimes efetivados com grau de sofisticação, que dificultam a punição dos responsáveis. Concluiu-se após a investigação, que diante da especialização do crime organizado, de corrupção, e de outros, a Delação Premiada, embora se apresente assemelhada à *plea bargain* norte-americana, tem suas peculiaridades no ordenamento jurídico-penal brasileiro. O instituto inspira cuidados em sua aplicação, com prevenção à ilegalidade em sua efetivação, mas afigura-se sim como justiça negocial, e como mecanismo procedimental probatório, investigativo e auxiliar na resolução da ação criminosa, peça-chave também para a recuperação de ativos estatais desviados pelo crime, podendo ser instrumentalizada pelos legitimados na Lei 12.850/2013.

Palavras-chave: Delação premiada. Persecução penal. Barganha processual. Justiça negocial.

01 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (1986). É juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO (CV: <http://lattes.cnpq.br/5891427170646392>).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão do Direito Penal e a Delação Premiada, a fim de perscrutar se tal instituto se trata de uma nova visão de Justiça ou representa uma barganha do autor do delito, junto às instâncias judiciais. Portanto, o objetivo específico é analisar o instituto da delação premiada, ou colaboração premiada, cuja Lei 12.850/2013, normatizou no ordenamento jurídico pátrio.

A temática é controvertida, entremeada de diversos pontos de vista acerca do tema, sendo certo o caráter negocial dado ao processo penal investigativo, capaz de suscitar reflexões éticas e constitucionais.

A delação premiada é regulamentada pela Lei supramencionada, que recebeu nome de Lei das Organizações Criminosas, onde a delação aparece como mecanismo necessário à obtenção de provas dos delitos cometidos pelas organizações do crime. A complexidade do instituto possibilita a análise do tema por diversos vieses. A perspectiva dessa pesquisa, em específico, é verificar o instituto da Delação Premiada como uma nova visão da justiça, onde a *plea bargain* ou *bargaining* aparece como terceira via da persecução penal.

Brandalise conceitua o *plea bargaining* como um “modelo de acordo penal, vinculado ao *guilty plea*”. Explica o autor que:

No chamado *plea bargaining* model, há uma divisão na compreensão entre as perdas e ganhos possíveis para as partes [...], de maneira que se ganha a certeza da condenação frente a uma pena mais leniente ao acusado”. O instituto se diferencia do acordo penal genérico porque o *plea bargain* “admite um vasto número de possibilidades de composição, inclusive em momento anterior ao oferecimento da acusação. Assim, pode o acordo ser feito após o oferecimento da acusação. No Brasil, a proposta do acordo penal, é feita após a “acusação já terá sido oferecida” (BRANDALISE, 2019).

A pesquisa tem como problemática a Delação Premiada, na medida em que se discutem as possibilidades de inserção da negociação na esfera penal e quem deteria o poder de instrumentalizar a Delação Premiada, questionando se o instituto configura-se um novo método investigativo introduzido no sistema jurídico brasileiro.

O objetivo geral da pesquisa centra-se em estudar o instituto da Delação Premiada diante do cenário jurídico penal brasileiro, enquanto diretriz para a investigação criminal e meio de obtenção de prova nos crimes das organizações criminosas.

Como objetivo específico pretende-se analisar as origens do instituto, suas críticas e seus benefícios, segundo a doutrina brasileira, com uma ótica do instituto nos países onde ela é utilizada, em particular, na Itália. Por fim, analisam-se os limites e possibilidades da Delação Premiada na sistemática processual penal brasileira.

A pesquisa parte do pressuposto de que a delação premiada, ao ser inserida em diversos comandos legislativos, ganhou relevância no âmbito penal com a Lei 12.850/2013, momento em que o instituto recebeu melhores contornos diretivos, de combate aos crimes de difícil resolução.

A metodologia utilizada conjuga a pesquisa bibliográfica, análise legislativa e o método dedutivo, bem como utilização do referente e da descrição operacional dos termos. Em primeiro lugar, faz-se uma caracterização operacional do conceito de Delação Premiada, estabelecendo seu histórico.

Verifica-se que, por meio desse instituto, há uma provocação à quebra da confiança nas relações criminosas. Encarada a Delação Premiada como uma terceira via do processo penal, são analisados seus requisitos, o momento de sua ocorrência, e seu alcance.

Em seguida, aborda-se a aplicabilidade da Delação Premiada nos crimes de Organizações Criminosas. Apresenta-se a justiça criminal e suas vertentes críticas na atualidade. Tratam-se dos paradigmas da Justiça Negocial e sua constitucionalidade, das críticas de fragilização da Jurisdição Penal e barganha processual penal, e por fim, apresentam-se o instituto da Delação Premiada na Itália e suas lições para o Brasil.

1. O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

1.1 - Delação premiada: tertio modo da persecução penal

O termo Delação Premiada evoca, pela junção dos termos, uma pessoa que fornece informações e, por estas, recebe uma recompensa. O delator faz uma denúncia acerca da ação ou omissão de um terceiro, recebendo um “prêmio” para assim proceder. Como afirmado por Acquaviva o conceito revela uma:

Expressão do jargão forense que denomina conjunto de informações prestadas pelo acusado que, favorecendo a identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, a localização da vítima e a recuperação total ou parcial do proveito do crime, enseja o perdão judicial do delator ou a redução da pena (ACQUAVIVA, 2008, p, 168).

Este instituto não é uma novidade do ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina norte americana e a italiana dispunham do instituto em seus ordenamentos, como uma espécie de negociação para aquele indivíduo que revelasse dados relativos aos delitos cometidos pela organização a qual pertencia.

No Brasil esse instituto passa a ter relevância maior com a Lei 12.850/2013, ante a ampliação dos benefícios ao delator, como por exemplo, no art. 4º, incisos I a V; ou ainda, o §6º do referido artigo, que retira o juiz do cenário da negociação:

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (BRASIL, 2013).

Alexandre Morais da Rosa adverte, porém que:

[...] o Juiz pode confundir seus papéis e funções, em um mix de atividade inconciliáveis democraticamente, especialmente quando participa do jogo oculto de se alinhar ao acusador mediante o deferimento combinado de cautelares (ROSA, 2018, p. 150).

O dispositivo transcrito aborda a negociação penal como instrumento de prova, ante a complexidade da apuração do delito, que pretende sanar a disfuncionalidade dos demais meios probatórios no direito processual penal, e introduz a terceira via de persecução penal.

Passamos a tratar detalhadamente do instituto nos itens a seguir.

1. 2 Histórico do Instituto no Brasil

No Brasil a Delação Premiada surge das experiências de outros países com o referido instituto, em especial, por meio da consolidação do instituto no direito italiano (*patteggiamento*) e norte americano, além das experiências da Espanha (*conformidad e Arrependimento Processual*) e Alemanha (*Absprachen*).

A relevância jurídica do instituto surge em 1970, quando movimentos terroristas e associações criminosas expandiram suas atuações com práticas de espionagem e invasões a órgãos do governo, entre outras práticas. Em face do aparato dessas organizações, e do enfrentamento dificultoso, a repressão ganhou expressividade, no surgimento da figura do delator, como facilitador na solução dos delitos praticados pelas organizações criminosas.

Com o objetivo de solucionar essas questões, as normas de delação aos poucos, ganharam credibilidade e adesão, como mecanismo eficaz no combate aos crimes, eis que com a colaboração de um único membro da organização, os comparsas eram entregues e os fatos eram esclarecidos, solucionando, assim, investigações malsucedidas há anos.

O sucesso na utilização da Delação Premiada para a desarticulação dessas máfias foi ganhando o mundo, de forma que diversos países não só a aceitavam como também a incluíam em seus regulamentos jurídicos penais. Alguns países, como mencionado anteriormente, são pioneiros na modelagem e utilização da Delação, dentre os quais destacamos Itália e Estados Unidos.

O primeiro, com realçado pioneirismo na implementação da Delação Premiada, em decorrência das atividades praticadas pela Máfia⁰², a princípio em ações subversivas e políticas, eis que a máfia nasce para fazer resistência

⁰² A palavra máfia é derivada do adjetivo siciliano *mafiusu*, que pode ser traduzido como “arrogante” ou “audaz”. O termo também é usado de maneira incorreta para qualquer quadrilha que se dedique ao crime. PETER, Laurence. **Quem são e como operam os clãs criminosos que formam a máfia italiana**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42809791>>. Acesso: 10 abr. 2019

política ao rei de Nápoles, e posteriormente, passando a praticar atividades criminosas a partir da segunda metade do século XX.

GUERRA (2017) noticia que o instituto da Delação Premiada na Itália é institucionalizado com a “Operação Mãos Limpas”, um movimento de combate as ações da máfia a partir de 1982, que advém da “*Lei Misura Per La Difesa Dell Ordinamento Costituzionale*”, que introduziu a extinção da punição para o colaborador, assim como previa a proteção pelo Estado de toda a sua família. O grande objetivo do Estado Italiano era restabelecer a ordem no país, contendo a violência e minimizando a impunidade que se alastrava a cada dia.

A questão é trazida por Eduardo Araújo Silva da seguinte forma:

No direito italiano, as origens históricas do fenômeno dos “colaboradores da Justiça” é de difícil identificação; porém sua adoção foi incentivada nos anos 70 para o combate dos atos de terrorismo, sobretudo a extorsão mediante sequestro, culminando por atingir seu estágio atual de prestígio nos anos 80, quando se mostrou extremamente eficaz nos processos instaurados para a apuração da criminalidade mafiosa. O denominado pentitismo do tipomafioso permitiu às autoridades uma visão concreta sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando a ampliação de sua previsão legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça). O sucesso do instituto ensejou, até mesmo, uma inflação de arrependidos buscando os benefícios legais, gerando o perigo de sua concessão a indivíduos que não gozavam do papel apregoado perante as organizações criminosas (SILVA, 2005).

Na visão de SILVA (2005) o direito italiano, ao adotar a “delação premiada” a fez com a concepção de o delator ser “Colaborador da Justiça”, a medida ganhou repercussão ao se mostrar eficaz no combate da “criminalidade mafiosa”, que imperou na Itália nas décadas de 1970 e 1980.

O desfecho da operação denominada de “Mãos Limpas” teve grande sucesso com a colaboração de Thommaso Buscetta, que firmou acordo de colaboração com a Justiça italiana (GUERRA, 2017) Seguindo viés, a delação premiada nos Estados Unidos surge dentro do contexto da campanha contra a máfia italiana “*Cosa Nostra*” e outras associações criminosas, com o objetivo de eliminar a formação de grupos mafiosos. O sistema de troca fundamentava-se no *plea bargaining*, onde o Ministério Público tem ampla liberdade para firmar acordos com o acusado e sua defesa, cabendo ao juiz a devida homologação desse acordo (MOURA e FRAGRA, 2017).

No Brasil, por meio da Resolução nº 181, o Conselho Nacional do

Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*, regulamentou a possibilidade de não- perseguição penal, “abrindo um espaço maior de atuação discricionária ao Ministério Público” (MUBARAK e COSTA, 2011).

No entanto, a Resolução, após cinco meses de vigência, foi modificada, por meio da proposição nº 1.00927/2017-69, em dezembro de 2017, para que seja feito um controle judicial prévio de casos em que não haverá perseguição penal pelo Ministério Público, sendo que ela só terá cabimento “nos casos em que a pena mínima for inferior a quatro anos e nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa” (CNMP, 2017).

Afirma Afrânio Jardim que o princípio da *“princípio da obrigatoriedade da ação penal pública está em risco” uma vez que diversos países “passaram a adotar, em seus códigos processuais, o princípio oposto, qual seja, o princípio da oportunidade”*.

O Autor apresenta-se crítico dessa possibilidade pois entende que a discricionariedade em matéria penal é um alto risco para a própria democracia, sendo essa substituição de um princípio pelo outro, um “pano de fundo” para uma *“indesejada importação do chamado ‘sistema adversarial’, próprio dos países onde predomina uma visão liberal e individualista do direito”*, que é inerente ao sistema da *common law* (JARDIM, 2019).

Ferrajoli (2013, p. 758) admite a existência de um Direito Penal Diferenciado, reconhecendo o crescimento da discricionariedade nas fases anteriores e posteriores ao delito

Marques (2014, p. 49-50) afirma que há que se flexibilizar o princípio da obrigatoriedade nas hipóteses autorizadas por lei e abrir mão de um pentitismo utilitarista, possibilitando-se que se adote um princípio de oportunidade regrada.

No direito americano a colaboração espontânea ocorre na figura da testemunha privilegiada, que se apresenta perante o Promotor e, sob promessa de receber punição menor, descreve os integrantes e peculiaridades de sua organização criminosa.

Nesse modelo o Ministério Público detém a investigação policial e possui ampla discricionariedade para a realização de acordos com os suspeitos, garantindo-lhe liberdade para propor ou não a ação, sem qualquer interferência do Poder Judiciário:

O sistema jurídico norte-americano, integrante da common law, é muito pragmático. Diferentemente do sistema romano-germânico, a doutrina não se preocupa em dogmatizar ou teorizar o Direito, mas sim em sistematizar a sua aplicação aos casos concretos. Isso é bastante compreensível, uma vez que, na common law, as normas jurídicas surgem do caso particular –leading case – para o geral, e não o contrário (SANTOS, 2019, p. 40).

A pena do acusado também poderá ser objeto de negociação entre ele e o Promotor, procurando obter solução amena para a situação, podendo inclusive haver substituição do delito original por outro de menor potencialidade. Contudo, a absolvição estará sempre excluída de qualquer acordo firmado, configurando um sistema de culpados.

Observa-se que o Promotor de Justiça age num modelo jurídico-político, onde é considerado para a sua decisão de propositura ou não da ação, tanto as questões de política criminal como as chances e possibilidades. Observa-se que para o oferecimento da ação penal se faz necessário toda a investigação, e só após sua conclusão é que poderá ser iniciada a referida ação, de acordo com a decisão tomada pelo Promotor de Justiça.

No Brasil, o potencial de barganha com o suspeito é reduzido, tendo em vista que a propositura da ação, não pode ser objeto de negociação, já que o Ministério Público está obrigado a iniciá-la, exceto nos casos em que a ação é condicionada à vontade da parte. Só que nas ações condicionadas, os crimes são de menor potencial ofensivo e sem a necessidade da existência de uma organização criminosa, logo não demanda utilização da Delação Premiada.

Vinculada ao princípio da legalidade processual, o oferecimento da ação penal é indispensável ao Ministério Público. Sua proposta de acordo limita-se a possibilidade de pena alternativa (restritivas de direitos e multa), e nunca sobre a privativa de liberdade, constituindo uma discricionariedade regulada ou regrada.

Um dos maiores problemas do sistema americano é a concentração do poder nas mãos do Promotor de Justiça, considerando que ele possui ampla discricionariedade. Essa liberdade excessiva centralizada numa única figura provoca a fragilização do sistema, pois torna a delação suscetível à manipulação política e social. Há o receio de que não estejam asseguradas de forma plena, a ampla defesa, e que os princípios constitucionais sejam atropelados.

O instituto de Delação Premiada, no Brasil, tem vertentes mais antigas, a saber:

A história legislativa penal no Brasil permite a conclusão de que a previsão legal da delação premiada remonta às Ordenações Filipinas (11.jan.1603, que é o início da vigência, até 16.dez.1830, com a sanção do Código Criminal do Império), onde já havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação, de conspiração, ou conjuração, e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de expulsação (BITTAR, 2011).

Pelas ponderações feitas pelo Autor, no trecho acima reproduzido, infere-se que o Instituto da Delação Premiada não é recente no Brasil. Seu embrião data das Ordenações Filipinas. Nessa época, o Instituto adquiriu novo viés do que aqueles utilizados nas ações contra a máfia italiana e norte-americana, sendo introduzida de forma progressiva e com conceitos e procedimentos contemporâneos (VIEIRA, 2019).

A influência do Instituto do direito comparado propicia contemporaneamente, a adoção da Delação Premiada com o objetivo de uma negociação processual, cujos benefícios são inseridos na Lei 12.850/2013. A Delação Premiada é um instituto utilizado no sistema jurídico de vários países com objetivo de eliminar e diminuir a criminalidade, por meio de acordos e benefícios que o Estado concede àquele que confessa ou fornece informações para o deslinde de infrações:

Antes de tudo, tentemos definir a *delação premiada*. Trata-se do benefício concedido pelo juiz ao réu que colabora com o esclarecimento dos fatos, desde que suas declarações sejam úteis para a apuração de infrações, identificação de seus autores ou para a localização do produto do ilícito. Em troca da cooperação, o acusado pode ser agraciado com uma redução de pena ou com o perdão judicial (BOTTINI, 2019).

A definição dada por Bottini remete ao disposto no artigo 4º da Lei 12.850/2013. Assim, retomando o escorço histórico da Delação Premiada no Brasil, verificamos que foi por meio da Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90 que o instituto foi introduzido no Código Penal Brasileiro, por meio da alteração do § 4º, do art. 159, que permitia a Delação Premiada: “Art. 159. [...] § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor (sic) que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado (sic), terá sua pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1990).

Alteração do dispositivo acima mencionado é feita com edição da Lei de Crimes Hediondos, e que traz no art. 7º as alterações no Código Penal. Desta feita a Delação Premiada, aparece nos crimes de quadrilha ou bando, vinculado aos delitos hediondos e, o mesmo comando legal, mais precisamente no artigo 8º, Parágrafo Único, anuncia que:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1990).

Cinco anos após a edição da Lei de Crimes Hediondos, surge a lei do Crime Organizado, Lei 9.034/95. Mais uma vez a Delação Premiada é inserida, trazendo redução da punição àquele que delatar seus comparsas.

No mesmo ano, 1995, é editada a Lei 9.080/95, que ao alterar a Lei 8.137/90, traz a Delação Premiada em seus dispositivos. A Lei 9.080/95 não altera apenas os dispositivos da Lei 8.137/90, mas dá novo comando ao art. 25, da Lei 7.492/86. O §2º do art. 25, da referida norma, dispõe que “[...] coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. Nota-se que os comandos beneficiam o delator com a redução da punibilidade, isto é, da pena a ser aplicada pela norma penal infringida.

Nova legislação entra em vigor no ano de 1996 e modifica a Delação Premiada ao incluir no Código Penal, art. 59, § 4º, a redução de dois terços da pena para aquele que, em concurso de crime, denunciar à autoridade policial seu comparsa.

Percebe-se que, após entrar no ordenamento brasileiro, a Delação Premiada foi sendo incluída em diversos comandos legislativos, até chegar nos crimes definidos como Lavagem de Dinheiro, na Lei 9.613/98, estabelecendo que:

Art. 1º [...] § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (BRASIL, 1998).

Numa sucessão de alterações legislativas a Delação Premiada inseriu-se no ordenamento jurídico pátrio no ano de 2013, quando se editou a norma 12.850/2013, dando maior abrangência ao instituto, que antes da referida Lei, aparecia pulverizada em várias normas jurídicas.

A Lei 12.850/2013 traz comandos acerca dos meios de provas, apontando a Colaboração Premiada como um deles, no art. 3º, inc. I. Ela consiste numa técnica de investigação, um meio extraordinário de obtenção de prova (ESSADO, 2013):

acordo de colaboração, além disso, não se confunde com o depoimento, que pode ser prestado, inclusive, judicialmente, este, sim, meio de prova, mas que somente é hábil ao convencimento condenatório, se corroborado por outros meios idôneos de prova, segundo corrente de pensamento mais rigorosa, ou por elementos de convicção (ARAÚJO, 2019).

No julgamento do HC 127.483/PR, o STF, sob relatoria do ministro Dias Toffoli, o instituto ficou assim definido:

[...] a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova (STF. Informativo 796).

Segundo Anselmo, não há qualquer óbice para que o Delegado de Polícia lance mão desse instrumento para que a investigação progrida, inclusive pela possibilidade de controle judicial dos atos (ANSELMO, 2016).

Com relação a sua legalidade perante o Princípio da Publicidade, muitas vezes é tema polêmico, uma vez que a delação ou o ato de delatar requer sigilo para com o colaborador. O dever legal de publicidade de todos os atos processuais gera polêmica e controvérsia, uma vez que o anonimato daquele que colaborou delatando seus comparsas é indispensável para o sucesso da Delação Premiada, o que restringe a publicidade para muitos pensadores do direito.

O princípio da Verdade Real é o único que não questiona a legalidade da utilização da Delação Premiada, chegando a fortalecê-la pois a busca pela verdade demanda utilização de todos os tipos de prova, desde que colhidas

por meio lícito. Adelação contribui e muito para a verdade já que é, além de uma confissão, o dismantelamento de uma organização criminosa, ou seja, em última instância acarreta um benefício a toda a sociedade.

Entre os benefícios existentes acerca da legalidade da Delação Premiada, apontam-se que a utilização deste mecanismo de prova visa, sobretudo, a solução de crimes complexos, praticados em concurso de agentes, com maior economicidade e celeridade possível no decorrer do processo criminal.

Entende-se que o Estado dispõe de poucos recursos financeiros para a realização de altos investimentos tecnológicos numa investigação, logo, a Delação torna-se uma alternativa econômica e célere, auxiliar ao processo penal.

Outro argumento apresentado para a defesa da utilização desse instituto é o fato de que a contribuição do criminoso, na investigação, já seria o seu primeiro passo para a ressocialização, objetivo fim da pena.

Os benefícios propostos pela utilização do instituto da Delação Premiada no decorrer do Processo Penal, estão ligados não só nos interesses do Estado, mas também aos do próprio indivíduo beneficiado. Observam-se nitidamente tais benefícios na aplicabilidade das leis penais específicas que preveem o uso deste meio de prova.

A delação, dentro da Política Criminal, tem por finalidade e objetivo opor-se à criminalidade crescente e organizada, diminuindo a impunidade e assegurando a prevenção e repressão dos ilícitos penais. Sem romper com nenhum dogma do Direito Penal e sem ferir a natureza retributiva da pena, visa aperfeiçoar a persecução penal, buscando encurtar a solução dos processos com o menor gasto financeiro possível.

Partindo-se da premente necessidade em conter a crescente violência no Brasil, sob o enfoque do dismantelamento incisivo das organizações criminosas, investigaremos a eficácia da utilização e a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada no curso do Processo Penal.

A lei 12.850/13 dispõe acerca da “colaboração premiada” feita de forma efetiva e voluntária pela parte, que se beneficia com o perdão judicial capaz de reduzir a pena ou mesmo substituí-la, como apregoa o artigo 4º do referido diploma (BRASIL, 2013).

A hipótese de redução de pena ou perdão judicial não são uma novidade total no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, o §2º do art. 4º inova ao prever que o Delegado de Polícia venha a pugnar por essas benesses (BRASIL, 2013).

O Delegado de Polícia poderia, da forma como o dispositivo foi redigido, nos próprios autos do inquérito policial, mediante a manifestação do Ministério Público, de imediato, representar ao juiz a fim de que se concedesse o perdão judicial ao colaborador.

A princípio, a medida parece ter contornos de inconstitucionalidade, por contradição em relação ao conteúdo do §6º, do art. 4º da Lei 12.850/13, ou seja, do comando para que o juiz não participe das negociações que se realizarem “entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o Investigado e o Defensor, com a manifestação do Ministério Público”, ou ainda, entre o Ministério Público e o Investigado ou Acusado e seu Defensor. Contudo, apenas o tempo e a praxe irão revelar os entendimentos sobre a matéria, verificando-se a atuação do delegado em relação à colaboração (BRASIL, 2013).

Assim, de acordo com o texto legal, poderia o Delegado de Polícia formalizar o acordo de colaboração com o investigado e seu defensor, exigindo-se para tal apenas a “manifestação do Ministério Público”. Não se vê como possa prosperar esse arranjo do legislador, pois é necessária a autorização judicial mediante a oitiva do Ministério Público.

Pacelli indica que é inconstitucional a legitimação do delegado para uma série de decisões e acordos sobre a persecução penal, considerando:

[...] absolutamente inconstitucional a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar qualquer modalidade de persecução penal, e, menos ainda, para dar ensejo à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração. Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de:

- a) Extinguir a persecução penal em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao parquet o oferecimento de denúncia;
- b) Viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, condicionando previamente a sentença judicial;

c) Promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial (PACELLI, 2013)

A Procuradoria-Geral da República, por meio de seu procurador RodrigoJanot na ADI 5508, consignou que:

Eis então que se chega ao art. 4º, § 2º e § 4º, da Lei 12.850/13, que elege o Delegado de Polícia como autoridade com capacidade postulatória e com legitimação ativa para firmar acordos de colaboração, a serem homologados por sentença pelo juiz. Nada temos e nada poderíamos ter (quem sabe apenas em um passado longínquo e sombrio...) contra a autoridade e contra a importância do Delegado de Polícia na estrutura da investigação. Ainda que se modifique o quadro nacional, com a instituição, por exemplo, de Juizados de Instrução, sob a presidência de um juiz nas investigações, a corporação policial deverá seguir se guiando por uma hierarquia administrativa, no comando de suas funções. Todavia, o que a citada legislação pretende fazer é de manifesta e evidente inconstitucionalidade. É isso por uma razão muito simples: a Constituição da República comete à polícia, inquinada de judiciária, funções exclusivamente investigatórias (art. 144, § 1º, IV, e § 4º). E, mais, remete e comete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127) e a promoção privativa da ação penal (art. 129, I). Ora, a atribuição privativa da ação penal pública significa a titularidade acerca do juízo de valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Não se trata, evidentemente, e apenas, da simples capacidade para agir, no sentido de poder ajuizar ação penal, mas, muito além, decidir acerca do caráter criminoso do fato e da viabilidade de sua persecução em juízo (exame das condições da ação penal). Em uma palavra: é o Ministério Público e somente ele a parte ativa no processo penal de natureza pública (ações públicas) (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016).

A legitimação ativa declinada na Lei 12.850/13, apresenta óbice pelas razões também expostas por Souki:

a) O acordo de colaboração premiada tem inegável natureza processual, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial;

b) O fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está vinculada e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória;

c) A condição de parte processual está vinculada à capacidade e à titularidade para a defesa dos interesses objeto do processo. É dizer, a legitimação ativa está condicionada à possibilidade da ampla tutela dos interesses atribuídos ao titular processual, o que, evidentemente, não é o caso do delegado de polícia, que não pode oferecer denúncia e nem propor suspensão condicional do processo;

d) O acordo de colaboração, tendo previsão em lei e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu;

e) Para a propositura do acordo de colaboração é necessário um juízo prévio acerca da valoração jurídico-penal dos fatos, bem como das respectivas responsabilidades penais, o que, como se sabe, constitui prerrogativa do Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, CF;

f) A eficácia do acordo de colaboração está vinculada, não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à sentença condenatória contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público (SOUKI, 2013).

Diversas são as críticas existentes ao instituto, inclusive já expostas acima, contudo há que se considerar como argumento válido na defesa do instituto, o êxito constatado no desenrolar dos casos concretos. É este resultado positivo que garante a continuidade desse “prêmio” dentro dos processos criminais, funcionando como aparato quase indispensável para os operadores do Direito lograrem êxito na formação da materialidade e identificação da autoria dos crimes.

Esses benefícios aos agentes da alta criminalidade são fundamentados em um Direito preocupado com a eficiência da atividade legal e jurisdicional, razão pela qual o grande foco deste instituto é atingir diretamente o “crime organizando”, empenhando-se em reverter o atual avançado quadro de associação para prática de crimes em geral.

2. A APLICABILIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Parte da doutrina afirma que a Delação Premiada consiste na redução do poder punitivo do Estado, em relação a pena a ser aplicada por aquele que colabora com as investigações. Este entendimento é o esposado Masson:

Cuida-se de causa especial de diminuição da pena. A medida encontra origem no chamado ‘direito premial’, pois o Estado concede um prêmio ao criminoso arrependido que decide colaborar com a persecução penal (MASSON, 2014, p. 382).

No entanto, existem os críticos ao instituto, entre eles, Nucci (2010) que afirma que a Delação Premiada oficializa o “dedurismo”, isto é, o delator recebe uma recompensa quando fornece informações de sua organização, que o Estado, com seu aparato policial, não conseguia saber, sem que houvesse um delator, um informante. Afirma o autor que se abre:

[...] a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o (s) comparsa (s). É o dedurismo oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade (NUCCI, 2010, p. 778)

Contra essa crítica, argumenta-se que antiético seria privilegiar a relação de confiança entre os criminosos, ou o liame subjetivo entre comparsas de crimes, em detrimento da relação ética que o indivíduo deve ter com o próprio Estado e a responsabilidade que deve assumir em relação aos seus atos, buscando minimizar as consequências desses.

O vínculo moral entre criminosos pode e deve ser sacrificado, para que se possa prestar informações que levem à condenação do comparsa. O Estado deve privilegiar o cumprimento da lei.

O ideal seria que crimes não fossem praticados, mas como isso não se afigura na realidade fática, é necessário que o Estado possa lançar mão desse instrumento, a fim de montar o quebra-cabeças complexos que são os crimes praticados por Organizações Criminosas. Os delatores vão funcionar como se testemunhas fossem.

Lima diz que a colaboração premiada é um dos meios de prova onde o colaborador recebe um prêmio quando colabora com a investigação:

Espécie do Direito Premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal (LIMA, 2014, p. 728-729).

Ressaltamos que este estudo, embora aborde colaboração premiada, enfoca a Delação como um paradigma importante na percepção penal do sistema de justiça brasileiro.

A Delação Premiada na persecução penal das Organizações Criminosas funciona quase como uma transação penal, momento em que a justiça negociacom o infrator e disponibiliza um acordo, beneficiando-o, caso delate seus companheiros.

LIMA (2014) afirma que como requisito, a Delação Premiada deve incluir o concurso de agentes, assim cada nação poderá cumprir o seu papel consigo e delatar o comparsa, reduzindo a pena ao delator, sendo a coautoria um dos requisitos da Delação Premiada.

Portanto se apenas um autor assumir ou confessar o delito, e o fato praticado não venha a abarcar terceiros, não há como existir Delação Premiada. Para que a delação exista e surta seus efeitos necessários, um coautor ou outras pessoas, que tenham tomado parte na conduta delituosa.

Observa Vieira que *"a delação premiada, é considerada pelos operadores do direito como uma medida de política criminal, adotada pelo ministério público, baseando-se na colaboração de um acusado"* (VIEIRA, 2019), que informa o envolvimento de outras pessoas que atuaram no crime, ampliando as investigações.

A justiça, por sua vez, analisa a questão da aceitação ou não, da Delação Premiada *"no processo no caso concreto, e ao chegar na fase de proferir sentença ao caso, concederá ao acusado que colaborou com a investigação, a diminuição de sua pena ou perdão judicial"* (VIEIRA, 2019).

Os requisitos da delação estão elencados no art. 4º da Lei 12.850/20137. Estes requisitos são alternativos, isto é, não é necessário que todos estejam presentes, para que o agente se beneficie. É imprescindível, entretanto, que a colaboração seja efetiva e espontânea.

O momento em que pode ocorrer a Delação Premiada é na fase inicial das investigações, mas pode ser admitida na fase intercorrente, e até mesmo no momento final da investigação, isto é, pode acontecer uma delação tardia.

Assim a colaboração nas investigações, acontece na fase inicial, quando ela ocorre ainda na fase policial, quando a polícia judiciária está coletando provas, na fase de declarações perante Ministério Público ou perante a autoridade policial. Haverá sobrestamento da denúncia no prazo de até seis meses, podendo ser prorrogado por igual período.

Este prazo é dado para que sejam feitas as investigações dos dados fornecidos pela Delação. Essas diligências irão fornecer à autoridade policial e ao Ministério Público, a veracidade das informações prestadas, de forma a se permitir que a denúncia seja “lastreada em elementos de prova muito mais vastos e facultase que, desde logo, se tenha noção da abrangência e extensão da colaboração” (ENCCLA, 2019), sendo que a confissão, por exemplo, deve estar amparada pelos demais elementos probatórios (ESSADO, 2013, p. 222) e a delação seja segura e não cambiante ou temerária) (MENDONÇA, 2016, p. 535).

Quando iniciada a fase processual e a delação se opera, nesse momento ela é chamada de intercorrente.

O agente decide colaborar sendo aceita se a colaboração for além da confissão, isto é, se forem revelados dados que possam trazer benefícios expressivos na investigação. O Ministério Público, após o procedimento, submete o parecer ao juiz sobre a possibilidade de um acordo.

A celebração do acordo de Delação suspende o trâmite processual e, o juiz poderá, caso se entenda, desmembrar a ação penal para que o colaborador possa ser beneficiado pela sua delação.

O lastro da Delação Premiada é imprevisível. Pode dar início a outras investigações, chamar à investigação novos autores de fatos criminosos impenitentes e ocasionar prisões, conduções coercitivas, enfim, diversas ações diligências podem ser consequência direta ou indireta de sua realização.

Realizada a delação de forma tardia, ou seja, quando já existe sentença lançada nos autos, não há prejuízo ao agente que decidiu de forma tardia prestar informações sobre a Organização Criminosa. Ao delator, serão concedidos os efeitos da Delação Premiada, como se estivessem, ainda, na fase investigativa ou intercorrente.

Ressalta-se, entretanto, que esta não será processada perante o juiz, mas sim, pelo Tribunal de Justiça a que estiver sujeito o juízo de 1º grau, eis que é esse o órgão responsável pelo julgamento do recurso interposto para garantir os benefícios negociados junto ao colaborador.

A negociação proposta no direito penal distancia-se do modelo de sanções repressivas, inaugura uma fase de justiça consensual, introduzida pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde a transação penal é sua característica (GIACOMOLLI, 2009).

A normatização dada à Delação Premiada pela Lei n. 12.850/2013 percorreu caminhos diversos, mais todos voltados à elucidação dos delitos por organizações voltados ao crime (MENDES, 2012). O novo diploma possui características ou benefícios que dependem da participação do “delator”, isto é, os resultados da colaboração indicarão o benefício a ser recebido.

Frisando-se que, a espontaneidade é uma característica do prêmio da delação, o que diferencia a Lei 12.850/2013 dos demais diplomas que abordam a temática da Delação Premiada.

O instituto traz na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos uma das principais características. Noutro ponto, a inexistência de quantificação dos resultados para o delator ser agraciado com o prêmio. Basta que, com a confissão as investigações levem a algum resultado, por isso o delator não está obrigado a confessar. Mas, se o fizer, esta deve levar a algum resultado para que assim obtenha os benefícios descritos na Lei (BRASIL, 2013).

Embora o Instituto tenha intrínseca a questão da valoração das informações prestadas pelo delator como meio de prova, ainda assim, essa delação deve vir acompanhada de evidências documentais, para além da simples manifestação do delator.

Frisa-se que as declarações, nos moldes do artigo 4º, §16, subsidiam a decisão do juízo, mas não são um meio suficiente para fundamentar a decisão condenatória garantindo se que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador” (BRASIL, 2013).

3. O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NA ITÁLIA E SUAS LIÇÕES

Como já visto anteriormente a colaboração premiada não se iniciou no Brasil, porém, o Direito Brasileiro herdou as influências para a aplicação desse instituto de países que possuem um legado jurídico, como, o Direito Italiano, o Norte-americano, o Espanhol e o Alemão.

A Itália, por ser uma das precursoras da Colaboração (Delação) Premiada, é tida como referência sobre o enfrentamento ao crime organizado. E isto, não é somente por suas históricas organizações mafiosas, mas, especialmente, por suas iniciativas em combatê-las, que alcançaram grandes proporções, com a prisão dos grandes mafiosos italianos.

Os magistrados Giovanni Falcone⁹ e Paolo Borsellino se tornaram internacionalmente conhecidos justamente por suas ações contra a máfia denominada *Cosa Nostra*, e, posteriormente, pelo trágico fim que tiveram em represália a tais ações. Esse combate à corrupção deflagrado na Itália, nomeado “Operação Mãos Limpas”, tornou-se exemplo, que passou a ser referência a juízes e procuradores do Brasil.

Essa Operação Mãos Limpas, a princípio denominada Caso Tangentopoli, foi um dos mais marcantes episódios contra a corrupção, sucedendo ao declínio do sistema de corrupção italiano e, assim, propiciando a realização de uma norma que tratasse dessa operação.

A *Mani Pulite* inegavelmente constituiu-se como uma das mais bem sucedidas campanhas judiciais em combate a corrupção política e administrativa, que, conforme dito pelo promotor italiano Antonio Di Pietro, havia-se tornado uma *democrazia venduta*. Através dessa operação, mesmo com seus muitos entraves, buscou-se reduzir de forma substancial a crescente corrupção e seus altos custos – financeiros e morais.

Em se tratando do Direito Italiano, temos a total regulamentação do tema em epígrafe, de modo que, ao contrário do que ocorre na normativa brasileira, seemprega desde o direito material até o penitenciário, bem como há garantia de proteção, não somente ao delator, como também a sua família, o chamado “arrependido”, que teria reduzida a execução dos seus atos criminosos, levando assim a maior eficácia no que tange a ação de combate ao crime organizado (PAGLIARINI; CLETO, 2018).

A Itália, em 2001, realizou alterações em seu ordenamento jurídico, para tornar o procedimento da Colaboração Premiada mais transparente, estabelecendo um prazo de 180 dias para haver a colaboração do delator, ademais também houve a vedação para que mais de uma pessoa pudesse acusar a outra que dispusesse do mesmo defensor.

No entanto, o elemento probatório não basta na delação para sobrepujar a presunção de não culpabilidade do acusado, de modo que outroselementos devem vir para corroborar as informações prestadas pelo delator (BITTAR, 2011, p. 21-22)

A Operação Mãos Limpas em sua fase final muito se assemelha a atual situação atual da Operação Lava Jato, aqui no Brasil, onde a busca por justiça e repreensão à corrupção findou impelida ao Poder Judiciário, num afã de punir e erradicar as práticas corruptas do sistema político e administrativo, no entanto, em ambas as operações o Judiciário entrou no frente, de modo que também passaram a especular quanto a integridade de seus membros.

Na Itália, por exemplo, Di Pietro fracassou na vida política, após deixar a magistratura, perdendo total credibilidade com a opinião pública, especialmente por ter atrelado a si situações de corrupção. E, no Brasil, com o ingresso do (ex) juiz Sérgio Moro⁰³ na carreira política, surgiram, recentemente, alegações de que sua conduta durante a Operação Lava Jato teria sido deturpada (DANIEL, 2018).

Há uma célebre frase de Gianni Barbacetto, autor da obra “Operação Mãos Limpas. A Verdade Sobre a Operação Italiana que Inspirou a Lava Jato”, dita em sua entrevista ao programa Roda Viva, da TV Cultura, que sintetiza adequadamente o envolvimento do Judiciário no combate à corrupção: “a magistratura pode cortar um sistema corrupto, mas não pode construir um sistema novo” (DANIEL, 2018). De modo que, Itália e Brasil seguem hodiernamente com muitas semelhanças na busca por erradicar a corrupção (e o crime organizado) de seu sistema, independente de setores envolvidos – político, administrativo, judiciário.

De forma semelhante ao Brasil, que apresenta em algumas cidades uma prática de se pagar milícias ou o tráfico para sua proteção, a Itália tem cerca de 70% dos comerciantes da cidade de Palermo recolhendo o chamado *pizzo* cobrado pela máfia a fim de “garantir segurança às pessoas e estabelecimentos”. Além disso, tem muitos filiados à Cosa Nostra naquela cidade, “sem contar os demais grupos mafiosos que ligam a Itália ao resto do mundo através do tráfico de drogas e outros crimes” (BOTTINI, 2019).

⁰³ Jurista, ex-magistrado, escritor, professor universitário e atual ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil. Ele escreveu em seu artigo: “A coragem de muitos juizes, que ocasionalmente pagaram com suas vidas para a defesa da democracia italiana, era contrastado com as conspirações de uma classe política dividida e a magistratura ganhou uma espécie de legitimidade direta da opinião pública (MORO, 2004, p. 57-58).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o instituto da Delação Premiada recebe influência de legislações italianas e estadunidenses, muito embora o que hoje se apresenta como Delação Premiada, na Lei 12.850/2013, já existia em legislações esparsas, como por exemplo, a Lei dos Juizados os Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/1995). A Lei 12.850/2013 delineou a aplicação da Delação Premiada.

Desde a sua edição no ano de 2013 o instituto da Delação Premiada tem gerado várias discussões, dentre estas, sua utilização na “Operação Lava-Jato”.

O objetivo geral da pesquisa foi alcançado diante do estudo do instituto da Delação Premiada perante o cenário jurídico penal brasileiro, enquanto diretriz para a investigação criminal e meio de obtenção de prova, nos crimes das organizações criminosas. Os contornos do instituto evocam controvérsias constitucionais, por ser um mecanismo probatório pautado na negociação para resolução de crimes, cujo deslinde envolvem questões polêmicas.

Ante a natureza de alguns crimes cometidos na contemporaneidade, a Justiça Criminal tem buscado mecanismos para solucioná-los, dentre os quais a Delação Premiada ou justiça negocial, aparece como terceira via do processo penal, que entra em ação quando os mecanismos tradicionais não encontram resposta para a persecução penal e deslinde de crimes complexos.

O instituto premia aquele que colabora para elucidação dos crimes cometidos por uma facção criminosa. Ao auxiliar da justiça, o delator terá concessões, conforme estipulado nos arts. 4º e 5º da Lei 12.850/2013.

A justiça negocial tem uma contrapartida, tal qual o do modelo italiano. Para aquele que colabora nas investigações, há um prêmio, eis que pelos mecanismos probatórios, já existentes no ordenamento processual penal, não era possível a elucidação dos delitos cometidos por facções criminosas e, ante o *“fenômeno das emergências investigativas a busca de instrumentos idôneos a melhorar ou aparelhar a eficácia das investigações”* (PEREIRA, 2014), tem na Delação Premiada um mecanismo de provas que permite elucidação dos delitos cometidos por organizações criminosas.

O Processo Penal, com a Delação Premiada, ganha contornos de uma política criminal pautada em acordos, que tornam a persecução penal mais ágil e eficiente, em que pese reflexões acerca do garantismo e da segurança jurídica. A utilização do artifício da colaboração ou Delação Premiada como meio de prova é uma opção adotada pelo Estado na luta contra as

organizações criminosas, porquea Delação Premiada surge como resposta à facções criminosas cada vez mais tecnológicas, que transmitem insegurança face a uma justiça penal desprovida de aparato técnico, materiais, sistemas, e com problemas de diversos matizes. É preciso lançar mão desse instrumento para vencer a morosidade, em decorrência da complexidade das organizações criminosas na sociedade contemporânea.

As discussões acerca da temática dividem opiniões contrárias e favoráveis ao instituto de justiça negociada, que aparece como terceira via da persecução penal, onde o acordo celebrado entre o criminoso, ora colaborador, é capaz de provocar até o perdão judicial.

O cerne da Delação Premiada é a traição de um dos membros de uma organização criminosa que, de forma espontânea, e sem pressões psicológicas, ou mesmo tortura, fornece às autoridades policiais e membros do Ministério Público informações que resultam em investigações sobre crimes cometidos por grupos criminosos.

A delação é uma diretriz investigativa para os crimes praticados por “organizações criminosas”, embora sofra críticas de que aponta para uma política criminal voltada ao mercado, questionando o garantismo do Estado Democrático de Direito.

Responde-se ao questionamento sobre o instituto se configurar um método de investigação introduzido no sistema jurídico brasileiro que evidencia a fragilidade do sistema penal ante aos critérios político-jurídicos envolvidos. Ao considerarmos o dimensionamento e a compreensão de uma política penal voltada às demandas contemporâneas, o mecanismo da Delação Premiada, enquanto instituto investigativo, representa uma melhoria no sistema processual penal, e tem contribuído inclusive para elucidação de crimes que atingem escalas internacionais, tais como os crimes de corrupção.

Atingiu-se assim os objetivos gerais e específicos da pesquisa posto que a *plea bargaining* adaptada ao modelo processual penal brasileiro, indica a flexibilização da justiça criminal, propicia agilidade ao mecanismo jurídico, reforçando a sensação de punição de criminosos e a diminuição da criminalidade no âmbito do crime organizado.

5. REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Rideel, 2008.
- ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada e polícia judiciária: alegitimidade do delegado de polícia**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>>. Acesso em 25 ago. 2019.
- ARAUJO, Gláucio Roberto Brittes de. Garantias na delação premiada. *In. Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 17, nº 44, p. 79-92, Julho-Setembro/2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%206.pdf?d=636685514639607632>>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**. Colaboração premiada, Coordenação MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Revista do Tribunais, São Paulo, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada exige regulamentação mais clara**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lições da Itália ao Brasil na luta antimáfia contra organizações criminosas. **Revista Conjur**, 2 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-02/direito-defesa-licoes-italia-brasil-luta-organizacoes-criminosas>>. Acesso em: 21 de ago. de 2019.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais**. CONAMP. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>>. Acesso em 5 de ago. 2019.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____.
Lei 12.850/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____.
Lei 9.613/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. **Ministério Público Federal.** Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado> >. Acesso em 23 jul 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.**
Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315678>>. Acesso em: 23 jul 2019. Notícia publicada no sítio do Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral da República tombada sob número 5508.

_____. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev.2011.

BRINDEIRO, Geraldo. **Delação premiada e “plea bargain agreement”.** Estadão, 09 fev. 2016. Disponível em: <<https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-premiada-e-plea-bargain-agreement,10000015508>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

CACIAGLI, Mario. **Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada: evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **CNMP altera a Resolução nº 181e decide casos em que o MP pode propor acordos de não persecução penal.** 12.12.2017. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10890-cnmp-altera-a-resolucao-n-181-e-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-acordos-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 10 out. 2019.

DANIEL, Felipe Machado. **O que podemos aprender com a Operação Mãos Limpas?** *Justificando*. 6 de março de 2018.
Disponível em:<<http://www.justificando.com/2018/03/06/o-que-podemos-aprender-com-operacao-maos-limpas/>> Acesso em: 21 de ago. de 2019.

ENCCLA. **Manual da delação premiada.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 5 mai 2019.

ESSADO, Tiago C. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, vol. 101, mar-abr. 2013, São Paulo.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2013.

GUERRA, Alexandre, *et al.* **Poder e corrupção do capitalismo.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

LIMA, Roberto Kant de. Prefácio. In GARAPON, Antonie e PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França:** cultura jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Nº 60, jun.-jul. 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado:** parte especial, vol. 2. 6. ed. rev..e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 3, n. 1, 2017.

MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **ADI 5508/2016.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508>>. Acesso em 30 mar. 2019.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de: LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação Premiada no Limite: a controvertida Justiça Negocial made in Brazil.** Florianópolis: EMais, 2018.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite (mãos limpas).** *Conjur.* R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>> Acesso em: 19

de ago. 2019.

MOSSIM, Antônio Heráclito e MOSSIM, Júlio César O.G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2016.

MOURA, Evânio; FRAGA, Fábio. Colaboração premiada e a justiça criminal negociada. In. **Revista Jurídica. Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe**. Aracaju: TRE/SE, 2001 -. v.1 – n.1(2001). Anual (2001-2017). Disponível

em:<<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-se-revista-juridica-2017-atualizada>>. Acesso em 30 mar. 2019.

MUBARAK, Danielle Dutervil; COSTA, Bruna Khede Rodrigues da. O princípio da oportunidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2924, 4 de jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19466>. Acesso em: 10 out. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** – 17a. edição – Comentários ao CPP – 5a. edição – Lei 12.850/13. Ministério Público do Paraná. 2013. Disponível em:

<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2013.

PAGLIARINI, Alexandre C.; CLETO, Vinicius H. Um Balanço sobre Colaboração Premiada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, 2018, p. 313-335, 26 mar. 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento: Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado**. 2ª Edição. Editora Juruá, 2014.

PETER, Laurence. **Quem são e como operam os clãs criminosos que formam a máfia italiana**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42809791>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Empório Modara: Florianópolis. 2018.

SANDEL, Michel J, **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias Maria Alice Máximo. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador/BA:Juspodivm, 2019.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Delação Premiada é arma poderosa contra o crime organizado**. Revista Consultor Jurídico, 15 set. 2005. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/37920,1>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SOUKI, Hassan. Organização criminosa. Breves apontamentos sobre a lei 12850/13. **Migalhas**. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI192555,71043-ganizacao+criminosa+Breves+apontamentos+sobre+a+lei+1285013>>. Acesso em 31 mar. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 796**, de 24 a 28 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>> Acesso em 31 mar. 2019.

VIEIRA, Raphael Douglas; MORILLAS, Juan Pablo. **Do instituto da delação premiada: conceito, abordagem comparativa alienígena, evolução legislativa no Brasil e posicionamento doutrinários**. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/327254461_DO_INSTITUTO_DA_DELACAO_PREMIADA_CONCEITO_ABORDAGEM_COMPARATIVA_ALIENIGENA_EVOLUCAO_LEGISLATIVA_NO_BRASIL_E_POSICIONAMENTOS_DOUTRINARIOS>. Acesso em: 26 mar. 2019.

O MARCO CIVIL DA INTERNET E O ACESSO AOS DADOS DO APLICATIVO WHATSAPP COMO UMA DAS FERRAMENTAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA.

ALEX BALMANT⁰¹

RESUMO

A modernização dos veículos de comunicação e de processamento de dados, trouxe um fôlego à criminalidade organizada, somado aos problemas de diversas e variadas tensões sociais. Com o crescimento da violência, a complexidade e diversificação do crime organizado, a interceptação telemática tem um grau importantíssimo como meio de produção de provas. A Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, permitiu a interceptação de comunicações telefônicas, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, previu um conjunto de sanções (advertência, multa, suspensão temporária e proibição de exercer atividades no Brasil) que devem ser aplicadas de forma gradativa aos atores que não cumpram as suas regras. O Estudo visa contextualizar a legislação em vigor em cotejo com as decisões judiciais proferidas no território nacional e os prejuízos advindos da sucessiva resistência em não fornecer os dados que transitam pelo aplicativo WhatsApp, com o intuito de balancear direitos à privacidade e a liberdade de expressão com a segurança pública.

01 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (2002). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário do Espírito Santo (2004). Especialização em Gestão Pública com Ênfase em Direito e Administração Judiciária, pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (2015). Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7929274732775573>).

Palavras-chave: Combate a Criminalidade. WhatsApp. Marco Civil da Internet. Segurança Pública.

ABSTRACT

The modernization of communication and data processing vehicles has brought new wind to the organized crime, added to the problems of several and varied social tensions. With the rise of violence, the complexity and diversification of organized crime, telematic interception has a very important degree as a means of producing evidence. Federal Law No. 9,296, of July 24, 1996, which regulated item XII, final part, of Article 5 of the Federal Constitution, allowed the interception of telephone communications of any nature, for evidence in criminal investigations and criminal proceedings. Federal Law No. 12,965, of April 23, 2014, known as the Civil Framework of Internet, established principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil, provided for a set of sanctions (warning, fine, temporary suspension and prohibition to carry out activities in Brazil) that should be applied gradually to actors who do not comply with its rules. The State aims to contextualize the legislation in force in comparison with the judicial decisions rendered in the national territory and the losses arising from the successive resistance in not providing the metadata that pass through the application WhatsApp, in order to balance rights to privacy and freedom of expression with public safety.

Keywords: Fighting crime. WhatsApp. Civil Framework of the Internet. Public Security.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é sabido que a sociedade vivencia um processo de evolução em todos os seus segmentos e não podemos desconsiderar que a criminalidade deixou de ter um aspecto arcaico, passando a ter requintes que vão da crueldade medieval à sofisticação, isso em decorrência dos avanços tecnológicos e da agregação de uma estrutura empresarial, extremamente organizada, podendo, inclusive, possuir um caráter transnacional ao crime.

Não é difícil perceber, no entanto, que na seara penal contemporânea, o processo deve dispor de uma forma peculiar de garantia de efetividade da jurisdição penal, palco dos mais dramáticos conflitos sociais, no qual a indisponibilidade dos interesses e a sua intensa conflituosidade (pretensão

punitiva estatal versus pretensão de liberdade), aliados ao caótico quadro de desagregação social proporcionado pelo aprimoramento da criminalidade organizada⁰², da criminalidade estatal⁰³ e da criminalidade de massas⁰⁴, exigem do operador do direito uma postura mais ativa e comprometida com os anseios da coletividade, sem que se desborde, por evidente, para posturas pouco afeições aos anseios democráticos e garantistas, fundamentos inscritos em nosso atual diploma Constitucional.

Partindo dessa premissa, a pesquisa pretende investigar os entraves entre as atividades do aplicativo WhatsApp e a sua inobservância à legislação brasileira quando o Poder Judiciário requisita as informações e os reflexos deste cenário para o crime organizado, eis que não se pode imaginar na República Federativa do Brasil, um cenário livre de criminalidade cibernética, em que criminosos possam cometer infrações penais, sem nenhum mecanismo de controle judicial, pois a regulação do ciberespaço e as particularidades desta arena pública de interação social devem ser compatíveis com os princípios e regras constitucionais e com a estrutura do sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Vê-se, portanto, sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, que o intuito é permitir o funcionamento do aplicativo no Brasil, desde que acatadas as exigências legais, garantindo a cooperação mútua entre as instituições, como forma de balancear direitos à privacidade e a liberdade de expressão com a necessária preservação da segurança nacional.

2. O MARCO CIVIL DA INTERNET E A INEXISTÊNCIA DE TRANSGRESSÃO À PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS

A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, de forma inovadora, construída em conjunto com a sociedade civil, por meio de consulta pública⁰⁵, em processo que suscitou debates no seio da comunidade e do Parlamento, nos quais foram contrapostos os interesses de diversos segmentos, em temas

⁰² Associação de pessoas estruturalmente ordenada com visão empresarial do negócio ilegal, caracterizada pela divisão de tarefas muito bem compartimentadas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática reiterada de infrações penais, ainda que sejam de caráter transnacional.

⁰³ Aparência de legitimidade e pela utilização de um aparelho de forças contra o indivíduo indefeso.

⁰⁴ Assaltos, invasões de residências, furtos, roubos, estelionatos e outros tipos de violência que acontecem de maneira intensa.

⁰⁵<https://internet-governance.fgv.br/comeca-2a-etapa-do-debate-publico-sobre-regulamentacao-do-marco-civil>. Acesso em 26.11.2019

como neutralidade, guarda dos registros de conexão e das aplicabilidades da internet, a responsabilidade do provedor de conteúdo por material infringente e o armazenamento de dados, ficou conhecida como “Marco Civil da Internet” (MCI) e foi editada com o objetivo primordial de proteger os direitos dos usuários da internet, de modo a conferir efetividade às garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão, cujo texto contém reiteradas referências à necessidade de reconhecer direitos aos usuários da internet, a exemplo das garantias de acesso à internet, da não suspensão da conexão e de inviolabilidade e sigilo das comunicações mantidas por meio da rede mundial.

A interpretação sistemática dos dispositivos que integram a *mens legis*⁰⁶⁷, revela que um dos pontos de maior destaque é assegurar a proteção jurídica adequada aos usuários da internet a partir da construção de regulamentação para a coleta e armazenamento de dados pessoais pelos provedores de conexão e de aplicações, cujo Capítulo II é dedicado à definição dos direitos e garantias dos usuários. Confira-se:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV – não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V – manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI – informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento

⁰⁶ Expressão jurídica que significa “Espírito da Lei”, que denota a interpretação particular que um jurista faz da lei.

e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI – publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII – acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I – impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Diante desse cenário, a ideia central do legislador é garantir a inviolabilidade dos dados pessoais, admitindo-se, entretanto, exceções mediante ordem judicial, na forma do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, explicitando que tanto o fluxo das comunicações mantidas pela internet, como as comunicações privadas armazenadas pelos usuários estão, como regra, protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição, conforme estabelece o art. 10, § 2º, do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. (...)

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado **mediante ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. (negritei)

Não se cuida, a toda evidência, de ofensa ao direito de acesso à rede mundial ou a garantia de liberdade de expressão do cidadão, pois existe intensa proteção à intimidade, mas não há imunidade, devendo a intimidade ceder espaço diante da ponderação de valores a ser feita pela autoridade judicial.

Soma-se, a isso, que as disposições contidas nos arts. 13, 29 e 32 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁰⁷, impede a interpretação de suas disposições no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo e admite a imposição de balizas ao exercício da liberdade de pensamento e de expressão, quando necessárias para a proteção de outros bens jurídicos de mesma relevância. A propósito, confira-se:

Art. 13. Liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (grifo nosso)

Acrescente-se, por oportuno, que o Marco Civil da Internet (MCI) não conflita com a Lei Federal nº 9.296/96, que, ao regulamentar a previsão constante na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, condicionou a realização de interceptação de comunicações telefônicas à existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Nesse panorama, o usuário possui a segurança de que seus dados só serão acessados e disponibilizados se houver algum indício de cometimento de delito e, estando presente a ideia de ponderação – utilizada para, com base no princípio da proporcionalidade, solucionar os inevitáveis conflitos surgidos entre esses direitos, de modo a, no caso concreto, fazer prevalecer um deles e restringir-se outro –, os direitos fundamentais podem ser restringidos quando outros direitos precisam ser protegidos diante das necessidades legítimas da sociedade e instituições democráticas.

⁰⁷ “DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992” - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À RESISTÊNCIA DO APLICATIVO WHATSAPP

A República Federativa do Brasil adota o sistema de unicidade jurisdicional, no qual apenas o Poder Judiciário pode, em caráter definitivo, interpretar e aplicar a lei em cada caso concreto, com o objetivo de garantir o direito das pessoas e promover a justiça. Existe sempre a esperança de que cada decisão judicial deva se reconduzir aos princípios constitucionais democráticos, reafirmando o princípio da certeza jurídica.

A propósito, leciona com maestria o Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes(MORAES, 2016, p. 740) que:

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do Poder Judiciário se acha no conceito de independência.

Nessa perspectiva, a procura de uma justificativa para fundamentar o exercício alargado da função de julgar do Estado, são notórios os casos no território nacional em que o WhatsApp sofreu medidas judiciais coercitivas, resultando na inviabilização da utilização do aplicativo nos *smartphones* através do bloqueio feito pelas operadoras de serviço de telefonia ao domínio eletrônico online do aplicativo, cujas decisões não escaparam às considerações da sociedade, quer seja sob o enfoque político, econômico ou cultural.

Com efeito, estabelece o art. 13 do Marco Civil da Internet (MCI) que “na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento”, ou seja, aqueles responsáveis por conectar o usuário na rede mundial de computadores, encontra-se a norma perfeita sintonia com a Resolução da Anatel nº 614, de 28 de maio de 2013.

De igual sorte, os provedores de aplicação, como o aplicativo WhatsApp, devem armazenar os dados de acesso dos usuários, pelo prazo de 06 (seis) meses, contados a partir do evento que ocasionou o registro, na dicção do art. 15 do referido diploma legal, podendo tal lapso temporal ser dilatado, mediante medida acautelatória.

Além disso, o art. 10, § 1º, do diploma legal citado alhures, garantiu os direitos à intimidade e a vida privada, mas relativizou a norma para determinar a disponibilização dos “registros de acesso”, mediante ordem judicial.

Logo, diante de tal quadro legal existente no Brasil, não se pode aceitar a validade – existência no plano da atividade legal e autorizável – de um meio de comunicação de dados que seja insuscetível de acesso pelo Estado, para fins de investigação criminal ou instrução penal.

Assim, explicitado o dever de disponibilização de registros de acesso, os arts. 11 e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet (MCI), contribuíram para a concretização das garantias constitucionais contempladas no art. 5º, incisos X e XII, do Texto Constitucional e preveem sanções aplicáveis aos provedores de conexão e de aplicações de internet que desrespeitem os seus preceitos normativos. Confira-se:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I – advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II – multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III – suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV – proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11. Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Então, quando o Marco Civil da Internet (MCI) – vanguarda brasileira no tema – determina a observância da legislação brasileira nas comunicações por aplicações de interneté preciso compreender a necessidade de observar a Constituição Federal, quando ela excepciona do sigilo as comunicações realizadas para a prática de atividade criminosa, sob pena de se submeter às sanções de advertência, multa, suspensão e proibição defuncionamento, sem prejuízo demais sanções cíveis, criminais e administrativas.

Mas não é só.

É de clareza hialina que o inciso VI do art. 319 do Estatuto Processual Penal, permite asuspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justoreceio de sua utilização para a prática de infrações penais, pois não pode uma investigação judicial ser embaraçada por uma empresa com fins meramente comerciais em detrimento da soberania nacional.

Acrescenta-se a isso que são plenamente possíveis a aplicação das sanções em função do poder atribuído ao Poder Judiciário de adoção de quaisquer medidas para fazer cumprir suamissão, *in exemplis*, das disposições contidas no art. 773 do Novo Código de Processo Civil – CPC (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015), considerando, inclusive, ato atentatório à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva de quem resiste injustificadamente às ordens judiciais (CPC, art. 774, inc. IV).

Como se pode ver, o magistrado brasileiro possui um leque de opções, seja pelo Marco Civil da Internet (MCI) – advindo de um projeto democraticamente debatido com a sociedade–, seja pelo Estatuto Processual Penal e pelo Código de Processo Civil, analisados em conjunto e de forma subsidiária, para suspender e até proibir as atividades do WhatsApp e de qualquer outro aplicativo que não observe as exceções previstas na Constituição Federal.

Entretanto, a partir da análise de casos concretos nos quais decisões judiciais determinaram a suspensão do aplicativo WhatsApp em todo território nacional, diante da recusa reiterada da empresa em disponibilizar às autoridades judiciárias o conteúdo de mensagens privadas trocadas pelos usuários submetidos a investigações judiciais, no dia 03 de maio de 2016, o Partido Popular Socialista, ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, registrada sob o n. 403, perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria coube ao Ministro Edson Fachin, visando o “reconhecimento da existência de violação ao preceito fundamental à comunicação, nos termos do art. 5º, inciso IX, com a finalidade de não mais haver suspensão do aplicativo de mensagens WhatsApp por qualquer decisão judicial”.

No mesmo sentido, no dia 16 de maio de 2016, houve o ajuizamento de Ação Direta de Constitucionalidade – ADI, registrada sob o nº 5.527/DF, proposta pelo Partido da República, de relatoria da Ministra Rosa Weber, com o escopo específico de “ver declarada a inconstitucionalidade da penalidade de suspensão temporária de proibição de exercício das atividades decorrentes do descumprimento de ordem judicial por parte da empresa responsável por fornecer mecanismo de troca de mensagens via internet”.

O aplicativo veio aos autos alegando ofensa aos princípios da livre comunicação, da continuidade do serviço, ao princípio da intranscendência, da individualização da pena, da livre iniciativa, livre concorrência, restrição indevida aos direitos dos consumidores e, por último, ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Na espécie, embora se tratem de processos autônomos, por convocação conjunta dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, para discussão simultânea do Marco Civil da Internet (MCI) e da possibilidade de decisões judiciais suspenderem o funcionamento do aplicativo, nos dias 2 e 5 de junho de 2017, com a participação de grande número de interessados, houve a realização de audiência pública, para debate das seguintes questões a seguir apresentadas:

1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (*end to end*) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?

2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo WhatsApp, ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (*end to end*)?

3 – Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (end to end) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?

4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo WhatsApp não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/smartphones), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do WhatsApp mediante o WhatsApp Web/Desktop), ainda que a criptografia ponta a ponta (end to end) esteja habilitada, seria possível ‘espelhar’ as conversas travadas no aplicativo para outro celular/smartphone ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação de um usuário específico.

Após a realização da audiência pública conjunta, novamente o aplicativo WhatsApp informou que está tecnicamente impossibilitado de ler as mensagens de seus usuários e, portanto, não é capaz de cumprir as ordens de interceptação no seu sistema atual de criptografia de ponta a ponta e a imposição de sanções com o objetivo de obrigar o aplicativo a alterar o seu sistema de funcionamento, violaria os direitos fundamentais de mais de 120 milhões de cidadãos, organizações e órgãos governamentais no Brasil, o direito à livre iniciativa e livre concorrência.

Ora, é óbvio que a criptografia utilizada pela empresa não é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, mas o que é vedado, isso sim, é a recusa de atendimento às determinações das autoridades judiciárias competentes quando requisitam os dados diante do afastamento do sigilo das comunicações.

Se a empresa responsável cria um sistema de criptografia, não é crível que a mesma seja incapaz de ter acesso a essas “chaves”, para o atendimento excepcional das decisões judiciais, não trazendo fundamento técnico para justificar a resistência em não atender aos comandos judiciais.

No ponto, trago à colação, excerto do Informativo Técnico da Polícia Federal nº31/2016-SRCC/DICOR/DPF, elaborado após a suposta implantação da criptografia “end to end” ou “ponta a ponta”, “não há nenhum indicativo de qual protocolo de criptografia utilizado, como é feita a gestão das chaves, tampouco se esta encriptação é realmente fim a fim ou se é apenas entre cliente e o servidor.

Como a implementação da criptografia fim a fim foi incremental e considerando a implementação de clientes de terceiros encontrados na internet, há forte indícios que a criptografia fim a fim seja opcional e teoricamente poderia ser desabilitada mediante parâmetros configuráveis

nos equipamentos servidores da empresa. Recursos adicionais, como o WhatsApp Web e o serviço de notificações teoricamente podem ser utilizados para permitir a duplicação das mensagens e posterior interceptação mediante ordem judicial.

Além disso, segundo Tobias Boelter, pesquisador de segurança e criptografia na Universidade da Califórnia⁰⁸, em Berkeley, nos Estados Unidos, o aplicativo WhatsApp lida com o protocolo Signal, em seu sistema de criptografia, ou seja, quando um usuário manda uma mensagem para outro, o aplicativo gera uma chave que é trocada entre o remetente e o receptor e garante que aquela conversa é segura.

Ocorre que, se por algum motivo, se o receptor ficar offline depois que a mensagem foi enviada do smartphone do remetente, o WhatsApp gera uma nova chave de segurança. Ao “destrancar” a mensagem e “trancá-la” novamente com outra chave, o WhatsApp passa a ter acesso à sua conversa e pode até, em tese, ler suas mensagens, se quiser.

O que se percebe, com certa facilidade, que a empresa não aceita – ou não quer aceitar – que existe uma norma constitucional vigente que excepciona todos esses direitos e permite ao Estado brasileiro, impor a qualquer meio de comunicação a quebra de sigilo, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução do processo penal, criando, portanto, uma verdadeira imunidade jurisdicional em seu favor, impossibilitando, assim, a atuação das autoridades judiciais, interferindo diretamente na independência constitucional garantida ao Poder Judiciário.

Com esse enfoque, se o Poder Judiciário requisitar os registros, o aplicativo pode efetivamente atender à ordem judicial alterando as chaves de segurança, mas jamais poderá, ainda que no gozo do preceito da livre iniciativa, representando interesse privado, negar-se a cumprir aquilo que determina a legislação e as decisões judiciais, fazendo da internet uma “terra de ninguém”, em respeito ao princípio da soberania do interesse público, quando se pretende garantir a segurança da sociedade e a ordem pública.

No entanto, mesmo considerando a importância dada ao término do impasse pelos Juízes, representantes do Poder Judiciário nacional, investidos de interesse público presumido, não foi proferida pelo guardião da Carta Magna da República Federativa do Brasil, uma decisão que conseguisse solucionar definitivamente a controvérsia.

⁰⁸ https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/brecha-na-criptografia-do-whatsapp-perrmite-que-mensagens-sejam-interceptadas/65316. Acesso em 26.11.2019.

4. OS REFLEXOS DO LIVRE FUNCIONAMENTO DO APLICATIVO WHATSAPP PARA AS ATIVIDADES DO CRIME ORGANIZADO

A incrível revolução tecnológica, nas últimas décadas, eclodiu uma nova realidade social nas diversas culturas espalhadas pelos continentes terrestres, insurgindo uma simbiose do mundo real e virtual, que está cada vez mais difícil estabelecer limites, diante das consequências da atuação do crime organizado para a sociedade e para o Estado, exigindo adoção de medidas eficazes de ações preventivas e repressivas por parte das instituições públicas, principalmente no que consiste à legislação vigente, que não pode deixar margens para omissão, colocando a soberania nacional em risco.

Conquanto a República Federativa do Brasil tenha alcançado um bom desenvolvimento na área tecnológica e das telecomunicações, com franca expansão para a utilização de tecnologia que permite a utilização do ambiente digital, cada vez mais rápido, o mundo virtual tornou-se um ambiente propício para as atividades criminosas usadas por células terroristas, homicidas, pelo tráfico de substâncias estupefacientes, de armas e de pessoas, por pedófilos, pelo crime organizado, pelo porte de arma de alto poder destrutivo em vias públicas, pelos grupamentos que em nome de uma pseudojustiça se unem para a barbárie, aterrorizam a população e esvaziam os cofres públicos sem temer o Estado, no qual o ordenamento jurídico brasileiro ainda se surpreende com situações para as quais não há precedentes, muito embora, tenha entrado em vigor a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários.

É necessário, portanto, o uso de ferramentas contemporâneas para o combate aos ilícitos praticados, pois uma investigação policial não pode ser dificultada por uma empresa que possui interesses meramente comerciais em solo nacional, sob pena de constituir um privilegiado elemento catalisador e estimulador da prática de condutas criminosas, atingindo, em última instância, o direito fundamental à segurança, comprometendo-se o papel estatal da prevenção e da persecução penal e, enfim, conduzindo ao descontrole e à impunidade.

Patrícia Pech Pinheiro (citado por Vargas e Vargas, 2016⁰⁹), advogada especializada em direito digital, preleciona de forma peculiar, que o bloqueio está em conformidade com o Marco Civil da Internet. Segundo ela há respaldo da legislação e não abuso de autoridade, e ainda acrescenta temendo a impunidade: “Se as quadrilhas combinam tudo por WhatsApp, ou outro serviço do tipo, a empresa precisa, ao menos, colaborar para garantir a segurança pública. Não é o objetivo delas oferecer meios para que sejam cometidos crimes”.

Ora, ao longo do tempo, o crime organizado foi aperfeiçoando o seu *modus operandi*, em novo *locus*, conforme as necessidades e as dificuldades encontradas e já demonstrou, por mais de uma vez, que tem poder e condições de causar pânico, não somente na sociedade brasileira, mas também dentro dos órgãos de segurança pública, deixando claro que este país tem sérios problemas na forma como trata a criminalidade moderna e precisa impor medidas para que o aplicativo respeite a legislação brasileira, sob pena de gerar mais fortalecimento das facções.

Além do mais, a magnitude do fenômeno das *fake news* e a porosidade da população em relação às notícias falsas, por conta da replicação quase automática das notícias via redes sociais e aplicativos de comunicação, por meio do impulsionamento de conteúdo por manifestantes e opositores políticos nas eleições presidenciais de 2018 e na primavera árabe – um conjunto de revoltas, protestos e conflitos contra os governos, à busca de mudanças sociais, a falta de direitos e a crítica aos governos totalitários, sem nenhum controle judicial –, acendem o sinal de alerta e acaba por criar uma blindagem, uma verdadeira “caixa-preta”, difícil de monitorar, ante a tergiversação da empresa em não cumprir as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, somada à condição de anonimato de quem dispara as mensagens, terminando, assim, por favorecer a disseminação de *fake news* por meio do aplicativo, o que é vedado pela legislação.

5. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão e o direito à intimidade, devem ser analisados sob a perspectiva da unidade da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, em diversas passagens, impõe limitações explícitas aos direitos fundamentais.

⁰⁹ PINHEIRO, Patrícia Pech. Webinar: WhatsApp e seus impactos legais no ambiente corporativo. 2016. Disponível em: <<http://ppadvogados.com.br/profissionais/teste/agenda/webinario-whatsapp-e-seus-impactos-legais-no-ambiente-corporativo>>

O Marco Civil da Internet (MCI), não abre margem para, por si só, viabilizar a interceptação do conteúdo de comunicações digitais em situações estranhas à ressalva estabelecida pelo art. 5º, XII, da CF/88, pois, como visto, o citado art. 10, § 2º, contém explícita referência à necessidade de conjugação da ordem judicial com a observância dos requisitos estabelecidos em lei para a quebra do sigilo.

Com efeito, o escalonamento efetivo das sanções legais deverão ser aplicadas como forma de impedir o descumprimento reiterado das regras, diante da potencial gravidade de privilegiar inúmeros indivíduos que se utilizam impunemente dessa plataforma para a prática dos seus atos lesivos, o que justifica a severidade das penalidades passíveis de aplicação pelo juiz competente no caso concreto, enquanto persistir a resistência do aplicativo WhatsApp ou qualquer outro congênere em desrespeitar as decisões do Poder Judiciário, como órgão moderador e democrático do nosso sistema constitucional, sem que se possa apontar qualquer inconstitucionalidade da lei.

Impossibilitar, em toda e qualquer situação, a suspensão ou a proibição do exercício das atividades mencionadas no Marco Civil da Internet (MCI) corresponderia a sobrepor os interesses econômicos dos provedores de conexão e de aplicações de internet aos direitos catalogados na Carta Maior, o que, em um mundo globalizado, onde serviços das mais diversas ordens são oferecidos sem limitação geográfica, pode tornar o Estado incapaz de proteger os direitos que lhes são caros, ficando à mercê da conduta de empresas privadas que, naturalmente, tem como principal objetivo a obtenção de lucro e não a proteção de direitos fundamentais de seus usuários.

Não há, portanto, como se vislumbrar, na disciplina conferida à questão pela Lei nº 12.965/2014, desconsideração das balizas determinadas pela norma constitucional, tampouco possibilidade de interpretação do comando legal que importe em afronta à Constituição Federal.

Espera-se, então, que as ações constitucionais sejam julgadas improcedentes, pois, em última análise, acabaria em criar uma “barreira à atuação jurisdicional”, implicando, portanto, na redução da efetividade das decisões jurisdicionais como instrumentos de composição das lides ou de eficácia das decisões, especialmente em feitos de natureza criminal e, repita-se, privilegia as empresas exploradoras de ferramentas de comunicação virtual, que possuem finalidades apenas econômicas, que somente podem existir, de forma válida na República Federativa do Brasil, se dispuser de alguma ferramenta que permita ao Estado realizar a quebra do sigilo da comunicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 Nov. 2019.

BRASIL. Decreto n. 8.771/2016. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 12.965/2014. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 9.296/96. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5527. Relator: Rosa Weber. Diário Oficial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 403. Relator: Edson Fachin. Diário Oficial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Marco Civil da Internet**. 2. ed. Edições Câmara, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalizada organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM**, 2008.

JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: Comentários à Lei n. 12.995/2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEMONS, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Célia. **Marco Civil da Internet**: Jurisprudência Comentada. São Paulo: RT, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 740 p.

PINHEIRO, Patrícia Pecha. **Webinário: WhatsApp e seus impactos legais no ambiente corporativo**. 2016. Disponível em:

<<http://ppadvogados.com.br/profissionais/teste/agenda/webinario-whatsapp-e-seus-impactos-legais-no-ambiente-corporativo>>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

WHATSAPP. **Política de Privacidade do WhatsApp**. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE E CONSEQUENTE ENFRAQUECIMENTO DO CRIME E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

JEFFERSON RHIDDAN QUEIROZ FREIRE⁰¹

AUDARZEAN SANTANA DA SILVA⁰²

RESUMO

Tendo em vista que a eclosão criminal é um fenômeno social, as políticas públicas são ferramentas que ajudam significativamente na prevenção criminosa. No presente artigo perpassa-se pela conceituação do termo políticas públicas, seu ciclo e seus atores perante a Constituição Federal de 1988. Também será tratada a implementação das políticas públicas, seja no âmbito da prevenção primária com políticas que visam, a médio e longo prazos, evitar que o crime se concretize ou que organizações criminosas se estabeleçam, sejam no âmbito das prevenções secundária ou terciária, que ocorrem no pós-crime, visando evitar a disseminação do mesmo ou focado no egresso do sistema prisional. Buscou-se demonstrar duas coisas: a) que o Estado, enquanto ente supremo perante seus administrados, é responsável por prover condições mínimas de subsistência social; e, b) onde o estado se faz presente com políticas públicas integrativas, a criminalidade não encontrará forças para continuar agindo sobre regiões ou grupos mais vulneráveis. O

01 Aluno do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON.

02 Possui graduação em Direito pela Universidade de Cuiabá (2000), Doutorado em Ciência Política no DINTER UFRGS/FCR, Mestrado Profissional em Poder Judiciário pela FGV-RIO (2009), MBA em Poder Judiciário pela FGV (2007), Pós-Graduação em Gestão Pública com ênfase em Administração Judiciária pela EMERON/RO (2015) e Pós-Graduação lato sensu em Direito Ambiental (AMBRO) pela EMERON/RO (2021). Atualmente é Juiz de Direito do Poder Judiciário de Rondônia, Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Porto Velho, professor da Escola da Magistratura de Rondônia (EMERON), Membro do Conselho Superior da EMERON e Membro do Comitê de Redação Científica do Centro de Pesquisa e Publicações Acadêmicas (CEPEP) da EMERON (**Lattes ID:** <http://lattes.cnpq.br/2588867261447718>).

trabalho foi realizado com pesquisa qualitativa, por meio do método dedutivo e de procedimentos técnicos bibliográficos. Por fim, com os casos de sucesso citados foi possível mostrar a efetividade das políticas públicas como ferramenta de combate à cooptações de novos agentes criminosos, redução da criminalidade e melhor qualidade de vida para a sociedade.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Prevenção criminal. Organizações criminosas.

ABSTRACT

Given that criminal outbreaks are a social phenomenon, public policies are tools that help significantly in criminal prevention. In the present article, the cycle of public policies, its actors, and the Federal Constitution of 1988 were perpetrated. The implementation of public policies, whether in the context of primary prevention with policies that aim, in the medium and long term, to prevent crime from materialize or establish criminal organizations, whether in the context of secondary or tertiary prevention, that occur in the post-crime, aiming to prevent its spread or focused on the egress of the prison system. The aim was to demonstrate that the state, as a supreme entity before its administrators, is responsible for providing minimum conditions of social subsistence. Demonstrating that where the state is present with integrative public policies, crime will find no strength to continue to act on more vulnerable regions or groups. It is a qualitative research, performed through the deductive method and bibliographical technical procedures. The success stories showed the effectiveness of public policies as a tool for combating the co-optations of new criminal agents, reducing crime and improving the quality of life for society.

Keywords: Public policy. Crime prevention. Criminal organizations.

1. INTRODUÇÃO

Em se tratando de políticas públicas como instrumento de combate à cooptação de agentes criminosos e consequente enfraquecimento das organizações criminosas, observa-se a ausência do Estado quanto ao seu resguardo mínimo junto ao cidadão, criando um ambiente propício à expansão

de determinadas organizações criminosas. Neste sentido, surge um ambiente favorável à cooptação de potenciais agentes criminosos. Onde impera, dentre outros, a desestrutura familiar, ausência de educação, de saneamento básico, de moradia, de presença ostensiva das forças policiais, existe ambiente fértil à criminalidade.

O primeiro capítulo dedicará atenção aos conceitos adotados quanto à expressão política pública, em relação a abordagem estatal ou multicêntrica, políticas públicas quanto ao ciclo, políticas públicas quanto aos seus atores e políticas públicas quanto à Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo trataremos de políticas públicas e Criminologia. Será feita uma abordagem quanto às prevenções primária, secundária e terciária.

No terceiro abordaremos as políticas públicas e sua relação com as organizações criminosas, face a ausência do Estado. E casos de sucesso em que as políticas públicas cumpriram com seu desiderato na prevenção criminosa.

Sendo assim, buscaremos demonstrar os reflexos das políticas públicas no enfrentamento ao crime e organizações criminosas.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS.

2.1 Conceituação.

Os estudos voltados para as políticas públicas, nos últimos 70 anos, vêm tomando força no objetivo de compreender os fenômenos políticos-administrativos, especialmente no que tange à melhoria na qualidade de vida da coletividade e pacificação social.

Em 1951 foram lançados dois livros considerados fundamentais para o respectivo estudo: *The Governamental Process*, de David B. Truman; e, *The Policy Sciences*, de Daniel Lerner e Harold D. Lasswell. O primeiro buscou analisar os grupos de interesse, estruturas e técnicas em sede de políticas públicas junto aos 3 poderes e administração pública, quanto à sua burocracia.

Por sua vez, o segundo buscou analisar o interesse crescente sobre a formulação e avaliação do impacto gerado pelas políticas públicas, orientando-se para a resolução de problemas públicos em sua concretude (SECCHI, 2017).

De acordo com Souza (2007, apud SECCHI, 2017), os pilares dos estudos das políticas públicas, são a sociologia, economia e ciência política. Porém, também encontra base na administração pública, engenharia, psicologia social e direito.

Neste sentido, percebe-se um estudo multidisciplinar. Vez que os problemas públicos necessitam, para a resolução, de intervenção por diversos setores/áreas do conhecimento. Ou seja, na busca de um resultado esperado, os atores responsáveis pela implementação da política pública se socorrem do auxílio conjunto de diversas áreas.

Sendo assim, uma política pública voltada ao saneamento básico, terá reflexo em outra área, como a da saúde. Outra voltada para a habitação, trará reflexos na segurança pública. Ou seja, existe entre as políticas públicas uma transversalidade em suas características, certo compartilhamento (SECCHI, 2017).

O termo “política” pode assumir duas conotações. De acordo com BOBBIO (2002, apud SECCHI, 2017, p. 1), *politics* é a atividade humana ligada à obtenção de poder sobre o homem. Então, um sentido de competição e competição política.

Ainda conforme o autor, a outra concepção, da expressão em inglês *policy*, tem relação com norteammento, orientação para decidir e agir. Sendo assim, observa-se o emprego dessa concepção de política em situações como *“Nossa política de atendimento visa a qualidade e conforto do cliente”*.

A expressão política pública, então, está intimamente ligada à concepção de orientação. Objetiva-se, mediante um norte, obtido pela respectiva política pública, a resolução de determinada problemática de interesse público.

Determinada política pública constitui-se de dois elementos fundamentais. Quais sejam, intencionalidade pública, razão de se estabelecer como política pública e resposta a um problema público, respectiva resolução do problema tido como de relevância coletiva (SECCHI, 2017, p. 2).

Alguns autores entendem que uma política pública só será pública se emanada de atores estatais. Para eles, as políticas públicas só podem ser oriundas do Estado.

Nesta abordagem, embora até se permita a participação de entes não estatais no momento da criação e implementação, as tomadas de decisão e lideranças são exclusivas do Estado (SECCHI, 2017).

Entretanto, outra corrente, numa abordagem multicêntrica, considera, tendo em vista a essência das políticas públicas, que além do Estado, elas podem ser emanadas de organizações privadas, não governamentais. Uma espécie de rede de políticas públicas. “Autores da abordagem multicêntrica atribuem o adjetivo ‘pública’ a uma política quando o problema que se tenta enfrentar é público” (SECCHI, 2017, p. 3).

Laura Soares (2002, apud Liberati, 2013, p. 85) preconiza que por políticas públicas:

entende-se um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do poder público em uma determinada área. A universalidade é compreendida enquanto garantidora de acesso a todos, porém, sem desconsiderar a diversidade e a heterogeneidade da população e suas regiões. (2002, apud Liberati, 2013, p. 85)

O objetivo primordial das políticas públicas é a resolução de um problema iminentemente público. É a própria problemática observada que dá sentido de público. Por afetarem a coletividade e não o Estado somente pelo fato da política ter sido oriunda dele. Neste sentido:

A essência conceitual de política pública é o problema público. Exatamente por isso, o que define se uma política *é ou não pública* é a sua intenção de responder a um problema público, e não o tomador de decisão ter personalidade jurídica estatal ou não estatal. São os contornos da definição de um problema público que dão à política o adjetivo de “pública” (SECCHI, 2017, p. 5).

Em relação ao que seja problema público o autor continua:

(...) a definição do que seja um “problema público” depende da interpretação normativa de base. Para um problema ser considerado “público”, este deve ter implicações para uma quantidade ou qualidade notável de pessoas. Em síntese, um problema só se torna público quando os atores políticos intersubjetivamente o consideram problema (situação inadequada) e público (relevante para a coletividade) (SECCHI, 2017, p. 10).

Ou seja, é necessário que os atores envolvidos na pretensa resolução do problema, em análise, verifiquem que ele implique significativamente numa quantidade de pessoas, considerando-o como situação inadequada que impeça o alcance de uma situação ideal possível. Observado no *status quo* na situação/problema que impeça o alcance de situação ideal, que inflija a coletividade, das políticas públicas surgem, dentre outros, os programas públicos, projetos, leis, campanhas publicitárias, esclarecimentos públicos, inovações tecnológicas, subsídios governamentais, rotinas administrativas, coordenação de rede de atores (SECCHI, 2017, com adaptações).

São exemplos de operacionalização de políticas públicas em diversas áreas:

Saúde: programa de distribuição gratuita de medicamentos em parceria com municípios, estados e Governo Federal por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Educação: programa de reforço escolar para alunos com dificuldades de aprendizagem nas disciplinas de Português e Matemática do ensino fundamental do estado do Amazonas.

Segurança: instalação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) em comunidades carentes do Rio de Janeiro.

Gestão: metodologia de Avaliação de Desempenho Individual associado à remuneração variável para os servidores do Governo do estado de Minas Gerais.

Meio ambiente: mecanismos de desenvolvimento limpo (MDL) criado pelo Protocolo de Quioto, Organização das Nações Unidas (ONU), como estratégia de redução das emissões de gases de efeito estufa.

Saneamento: Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). **Habitação:** programa Minha Casa Minha Vida do Governo Federal em parceria com estados, municípios, bancos públicos e organizações da sociedade civil.

Emprego e renda: programa Meu Primeiro Trabalho, do Governo do estado de São Paulo, voltado para estudantes das escolas públicas conseguirem inserção no mercado de trabalho.

Previdência social: Legislação especial que permite que trabalhadores rurais possam se aposentar, por idade, cinco anos antes que os trabalhadores urbanos.

Planejamento urbano: Plano Diretor de desenvolvimento territorial do município de Chapecó, em Santa Catarina.

Justiça e cidadania: portaria emitida por Juiz da Comarca do município de José de Freitas, no Piauí, que proíbe o funcionamento de bares, restaurantes e boates após a meia-noite.

Economia: regime de câmbio flutuante definido pelo Banco Central, o qual permite que a taxa cambial do país varie de acordo com a oferta e a demanda de moeda.

Assistência social: Campanha do agasalho feita por organizações da sociedade civil, meios de comunicação, voluntários e Secretaria Municipal de Assistência Social do município de Araucária, no Paraná.

Relações internacionais: Coordenação do Brasil na missão de paz da ONU no Haiti;

Cultura e esporte: programa de fomento a projetos artísticos e culturais com recursos do Fundo de Apoio à Cultura do Distrito Federal.

Ciência, tecnologia e inovação: Lei Municipal de Inovação de Florianópolis, que institui um fundo para projetos de inovação e um programa de incentivo à inclusão digital e capacitação tecnológica.

Infraestrutura e transportes: Plano Nacional de Logística e Transportes (PNLT), elaborado pelo Ministério dos Transportes em parceria com o Ministério da Defesa (SECCHI, 2017, p. 11-12).

Observe-se o exemplo da política pública de assistência social dado pelo autor. Os atores envolvidos – sociedade civil, meios de comunicação e Secretaria Municipal de Assistência Social (abordagem multicêntrica) – identificaram o problema (situação inadequada, qual seja a vulnerabilidade de cidadãos em situação de rua naquela cidade considerando as baixas temperaturas) e implementação do programa de agasalho (resolução do problema, busca da situação ideal possível).

Na esteira das definições, encontramos as políticas públicas regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas. A primeira estabelece padrões de comportamento, serviço ou produtos aos atores, sejam públicos ou privados (p. ex.: regras de segurança alimentar, regras de tráfego aéreo, operações no mercado financeiro etc.).

As distributivas geram benefícios para grupos de atores e custos difusos para a coletividade/contribuinte (p. ex.: as políticas de subsídios, incentivos e renúncias fiscais etc.). As redistributivas concedem benefícios concentrados a algumas categorias e implicam custos concentrados a outras categorias (p. ex.: as cotas raciais, benefícios sociais ao trabalhador etc.).

E, por derradeiro, as políticas constitutivas. Trata-se de políticas definidores de competências, jurisdições, regras de disputa política e de elaboração das políticas públicas propriamente ditas, ou seja, são as metas-políticas por encontrarem-se acima das outras três. (Lowi, 1964, p. 689, apud SECCHI, 2017, p. 25, com adaptações).

2.2 Políticas públicas quanto ao ciclo

Entende-se por ciclo das políticas públicas todo o caminho traçado por esta. Desde a respectiva identificação do problema até sua consequente extinção.

Devido as características das próprias políticas públicas, as fases no ciclo não são fixas em sua ordem. O objetivo central do ciclo é a organização, ordenamento de ideias quanto às peculiaridades de cada política pública.

Para Secchi (2017), o ciclo divide-se em 7 fases, quais sejam: a) identificação do problema; b) formação da agenda; c) formulação de alternativa; d) tomada de decisão; e) implementação da política pública; f) avaliação da política pública; e, g) extinção da política pública.

Sobre a primeira fase, o da identificação do problema, conforme dito anteriormente, o problema é uma situação inadequada que se busca debelar ou mitigar, visando uma condição ideal em prol da coletividade.

Esse problema pode surgir repentinamente, como o caso de uma tragédia natural, pode paulatinamente ganhar força, como o trânsito das cidades, bem como estar latente por tanto tempo que sua existência passa despercebida, como por exemplo, as habitações em desconformidade com o plano diretor dos municípios, causando a favelização.

De acordo com Sjöblom (1984, apud Secchi, 2017, p. 45, com adaptações), a identificação do problema público passa pela percepção do mesmo, ou seja, quando afeta a percepção de um relevante número de atores essa situação pública passa a ser insatisfatória; pela definição ou delimitação do problema, quando são criados nortes para o conjunto de causas, soluções, culpados, obstáculos, avaliações; e, por fim, a avaliação da possibilidade de solução, um problema é socialmente identificado quando tem uma solução em potencial.

Encontrado o problema, surge para determinados atores a oportunidade de seu enfrentamento. Os objetivos buscados por estes atores

são variados. Desde a resolução, até a visibilidade do próprio ator como forma de manutenção de seu *status* e/ou representação.

Agora será tratada a segunda fase do ciclo, o da formação da agenda. Trata-se, por exemplo, de um programa de governo, planejamento orçamentário etc. Um conjunto de problemas relevantes, tidos como prioritários. Sendo assim, entram na “agenda”.

Para Secchi (2017, p. 47), de acordo com sua essência, os problemas podem ganhar ou perder espaço na agenda:

Existem problemas que ganham ou perdem espaço progressivo na agenda, por exemplo, o aumento gradual dos congestionamentos nas grandes cidades. Já outros problemas são cíclicos, e ganham ou perdem espaço na agenda de acordo com o episódios marcantes ou de sazonalidade, como ondas de criminalidade e epidemias de dengue. Por fim, existem problemas adormecidos que ganham súbita atenção, mas que depois progressivamente voltam à normalidade, como geralmente são os problemas de segurança nacional.

A agenda poderá ser política, quando o conjunto de problemas merecer atenção pública, também chamada de sistêmica. Ou formal, quando elenca os problemas cujo poder público já decidiu enfrentar (Cobb e Elder, 1984, apud, Secchi, 2017, p. 46).

Para entrar na agenda política, o problema deverá atender a três condições. Atenção, pois diferentes atores (coletividade, mídia, etc) devem entender como merecedor de atenção. Resolutividade, ou seja, as ações possíveis devem ser necessárias e factíveis. E, competência, deve existir responsabilidade pública (Cobb e Elder, 1984, apud, Secchi, 2017, p. 47-48).

Agora será falado sobre o terceiro ciclo, chamado de formulação de alternativa. Vez que o problema entrou para a agenda, surge o momento de formular as alternativas para a sua resolução.

São avaliados os custos e benefícios das alternativas, bem como as consequências. Neste instante surgem os métodos, estratégias e programas que visam os objetivos pretendidos.

Neste diapasão, os atores envolvidos na formulação fazem uso de projeções (empírico-indutivas, baseando-se no que já ocorreu, exemplos passados), predições (teórico-dedutivos, tentam prever os resultados, efeitos etc) e conjecturas (*brainstormings*) (SECCHI, 2017, com adaptações).

Após a fase anterior, passa-se à fase decisória (quarta fase): tomada de decisão. Esse é o momento em que se equacionam os interesses e as intenções do enfrentamento do problema público são explicitadas (SECCHI, 2017, p. 51, com adaptações).

A quinta fase do ciclo é do Implementação da política pública. Neste momento os atores efetivamente põem em prática as políticas públicas (momento de execução).

Segundo Sabatier, existem dois modelos de implementação de políticas públicas:

Modelo *top-down* (de cima para baixo): caracterizado pela separação clara entre o momento de tomada de decisão e o de implementação, em fases consecutivas. Esse modelo é baseado na distinção wilsoniana entre “Política e Administração” (Wilson, 1887), no qual os tomadores de decisão (políticos) são separados dos implementadores (administração).

Modelo *bottom-up* (de baixo para cima): caracterizado pela maior liberdade de burocratas e redes de atores em auto-organizar e modelar a implementação de políticas públicas. Nesse modelo é reconhecida a limitação da decisão tecnológica. Implementadores têm maior participação no escrutínio do problema e na prospecção de soluções durante a implementação e, posteriormente, os tomadores de decisão legitimam as práticas já experimentadas. A implementação é predominantemente avaliada pelos resultados alcançados *a posteriori*, em vez da avaliação baseada na obediência cega a prescrições. (1986, apud SECCHI, 2017, p. 60-61).

Sendo assim, para o autor, o primeiro modelo de implementação é estanque. Foi elaborado e decidido pelos atores políticos respectivos e a implementação é atividade de mero esforço administrativo. Deve ser cumprido sem alterações ou adaptações. Nesse modelo, quando da existência de falhas na implementação é culpa dos agentes. Entretanto, no segundo modelo, o formato aderido pela política pública é maleável, adaptável por aqueles que a implementam. Ficará em conformidade com as necessidades daqueles que estão lidando diretamente com a execução.

Avaliação da política pública é a sexta fase do ciclo. Nesta fase é avaliado se as políticas públicas empregadas atingiram seus objetivos. Caso contrário, identificam-se as falhas correspondentes.

A avaliação observa os momentos anteriores, durante e posteriores à implementação. Neste momento são observados diversos critérios. Para Secchi, os principais são:

Economicidade: refere-se ao nível de utilização de recursos (*inputs*). Produtividade: refere-se ao nível de saídas de um processo produtivo (*outputs*).

Eficiência econômica: trata da relação entre *outputs* (produtividade) e *inputs*

(recursos utilizados).

Eficiência administrativa: trata do seguimento de prescrições, ou seja, do nível de conformação da execução a métodos preestabelecidos.

Eficácia: corresponde ao nível de alcance de metas ou objetivos preestabelecidos.

Equidade: trata da homogeneidade de distribuição de benefícios (ou punições) entre os destinatários de uma política pública. (SECCHI, 2017, p. 63).

Tendo em vista a política pública empregada, o objetivo alcançado (ou não) e os critérios utilizados, as avaliações produzem informações de grande utilidade no seio político. Podendo, por exemplo, evidenciar um bom ou mau trabalho de determinado ator. Poderá, então, para um ator político aumentar sua credibilidade junto ao eleitorado, ou não.

A última fase do ciclo é denominada de “extinção da política pública”. Assim como o ciclo natural da vida, o ciclo das políticas públicas também chega a seu fim. Seja com a plena resolução do problema público responsável por sua gênese, seja por sua ineficácia. Porque o problema público deixou de ser problema e saiu da agenda.

Existem também as políticas com prazo de validade. Sua vigência é determinada por lei, por exemplo.

2.3 Políticas públicas quanto aos seus atores

Uma vez entendida a conceituação das políticas públicas, em especial quanto a abordagem multicêntrica, passada a análise do seu ciclo, necessário se faz a compreensão dos agentes envolvidos, seus atores.

Compreendido que a política pública não se restringe tão somente àquelas oriundas do poder público enquanto estado, mas sim de um variável número de atores, tanto na concepção, formulação, implementação até sua extinção. As políticas públicas recebem a interferência/influência de uma gama de atores. Desta forma, atores são aqueles capazes de influir nas políticas públicas em todo seu bojo.

Eles direta ou indiretamente interferem na opinião pública, na inclusão ou não nas agendas até o instante em que se convertem em ações: a concretização das políticas públicas.

Podem ser individuais, como os políticos e servidores públicos (que na doutrina são denominados de burocratas). Os burocratas estão à frente das políticas públicas, na implementação/execução. Ou serem coletivos, como os partidos políticos, grupos de interesse etc. São exemplos deste último tipo os sindicatos, grupos ambientais, de pesquisa (SECCHI, 2017, com adaptações).

2.4 Políticas públicas quanto à constituição federal de 1988

A Constituição é a base de um estado democrático de direito. Todas as leis, normas, regulamentos e atos administrativos a ela devem obediência, sob pena de serem dadas por inconstitucionais.

Neste sentido, as políticas públicas, sejam atos oriundos de entes estatais ou não, devem submissão ao princípio da supremacia constitucional.

Na visão de José Afonso da Silva, esta é decorrente da rigidez constitucional, pois a Constituição:

“se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas” (1991, p. 45, apud, Liberati, 2013, p. 53)

Ora, se todo o ordenamento jurídico deve obediência hierárquica à Constituição Federal, não seriam diferentes as políticas públicas implementadas num estado organizado.

Elas estão intimamente ligadas aos direitos fundamentais. Buscando debelar problemas públicos, refletem sobremaneira na melhoria e qualidade de vida de seus clientes.

As políticas públicas estão em consonância, direta ou indiretamente, com os ditames esculpidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A exemplo, políticas públicas que visam a conscientização quanto à dignidade da pessoa humana; quanto à prática da discriminação, racismo.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

Acrescente-se que a própria Constituição Federal de 1988 dá força à empregabilidade de políticas públicas. Sobretudo com alvo na cultura e juventude.

(...)

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 8º A lei estabelecerá:

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E CRIMINOLOGIA: UMA ABORDAGEM QUANTO ÀS PREVENÇÕES PRIMÁRIA, SECUNDÁRIA E TERCIÁRIA

Como explicitado alhures, as políticas públicas visam alcançar a resolução de um problema público, mediante um conjunto de ações. Criando-se uma orientação aos entes, sejam públicos ou não, na consecução desse resultado. Para tanto, muitas visam a prevenção. Vez que o prejuízo já concretizado só restariam as políticas voltadas à minimização.

No estudo da criminologia, no tocante às prevenções sociais - quais sejam as prevenções primária, secundária e terciária - as políticas públicas têm grande relevância.

Prevenção criminal, nada mais é que a adoção de medidas concretas no sentido de evitar o fenômeno criminoso.

Sendo assim, para que se exista política pública faz-se necessário a existência de uma situação problema. Em se tratando do fenômeno criminoso, o crime propriamente dito é este problema. As políticas públicas, nesta seara, irão agir no sentido de coibir, prevenir a eclosão criminal, por meio de ações concretas e projetos que objetivam contornar situações que fomentem a criminalidade.

Conforme leciona Lima Jr. (2014, p. 59-60):

O estudo dos fatores inibidores e estimulantes do fenômeno criminal será decisivo na elaboração de programas preventivistas. O desemprego, a miséria, a falta de assistência social, desigualdade, corrupção política, etc, são fatores que estimulam a criminalidade, enquanto a justiça social, garantia de trabalho, educação, saúde, democracia, igualdade de oportunidades, e outros direitos sociais consubstanciam, sem dúvida alguma, elementos recalcitrantes da criminalidade.

Então, por prevenção primária, entende-se a atuação dos entes responsáveis dirigida a evitar a eclosão criminosa. Para tanto, direciona seu enfoque na causa dessa problemática. Ou seja, busca a implementação de ações que oportunizem melhorar a qualidade de vida da coletividade. Direciona o foco para os direitos fundamentais como moradia, saúde, saneamento básico, educação, segurança etc.

É na prevenção primária - medida de média a longo prazo - onde se operam com mais eficácia as políticas públicas. Conforme Gonzaga (2018, p. 170):

É sabido que países mais desenvolvidos, como Suécia, Suíça e Japão, possuem um viés de implementação de políticas públicas muito acentuado, em que o Estado é responsável em prover todas as necessidades básicas (direitos sociais) dos seus cidadãos. Não havendo a falta de direitos elementares, o cidadão não se sente motivado a cometer crimes para ter sua saúde (hospital), educação (escola) e segurança (policimento). Ele já tem isso só pelo fato de ser cidadão, sendo tal fator suficiente para ter-se o mínimo existencial.

Na mesma esteira de raciocínio, para Zaffaroni (2004, apud, OLIVEIRA, 2009, p. 117) existem casos, cujas situações vividas pelos agentes podem torná-los mais propensos, vulneráveis à criminalidade:

A criança desadaptada na escola, a que abandona os estudos, a que é forçada ao trabalho nas ruas, à desocupação, ao abandono ou à internação em instituições para menores, a que é tomada como bode expiatório dos conflitos familiares, a que sofre carências alimentares nos primeiros meses de vida, são todas pré-candidatas à criminalização, particularmente quando pertencem aos setores mais pobres

Em complemento, afirma o autor que a “função da prevenção à criminalidade deve ser a de diminuir a vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio sistema penal” (2004, apud, OLIVEIRA, 2009, p. 117).

Enquanto a prevenção primária envida esforços com políticas visando impedir a eclosão criminosa, a secundária e terciária agem em momento posterior ao crime.

A prevenção secundária visa os focos de criminalidade. Nesta prevenção as políticas públicas estão direcionadas às localidades onde o fenômeno criminoso já ocorreu. Tem vistas ao impedimento de novos fatos.

Gonzaga (2018, p. 171) entende que esse tipo de prevenção, para os políticos, é bem eficaz por trazer-lhes visibilidade. Porém é um indicativo de que houve falha, vez que faltou implementação de políticas públicas. Sendo assim, exemplifica o autor quanto à implementação de política pública em sede de prevenção secundária:

Um bom exemplo de implementação da prevenção secundária nos focos de criminalidade é o que se fez na cidade do Rio de Janeiro, nos locais de alto índice de criminalidade, como na famosa comunidade carente chamada de “favela da Rocinha”. Nela foi implantada a Unidade de Polícia Pacificadora, ou simplesmente UPP, em que se instala uma unidade da Polícia Militar de forma permanente no coração da comunidade carente, como forma de inibir os criminosos a cometerem delitos, pois a presença estatal tem por fim impor freios aos criminosos. (GONZAGA, 2018, p. 171)

Como é cediço as UPP's por si só não resolveram o problema da criminalidade na favela. Também é necessário a coexistência com outras políticas públicas que visem a participação maciça do estado nas localidades de maior incidência de criminalidade. Políticas públicas de transporte, lazer, inclusão sócio-cultural, saúde, moradia, saneamento, etc.

Conforme o estado vai recuperando seu espaço nestas localidades os focos de criminalidade, conseqüentemente, vão se esvaindo ou migrando para onde o estado ainda não se estabeleceu, onde a criminalidade ainda impera.

Quando já não foram possíveis ações de políticas públicas preventivas na gênese do fenômeno criminoso, quando houve falhas ou quiçá existiram ações nos focos da criminalidade, surge a prevenção terciária.

Tendo em vista que o crime já ocorreu, as políticas públicas no campo da prevenção terciária estão voltadas para o agente criminoso. Envidam-se esforços no sentido de que o mesmo não volte a delinquir. Residem aqui as políticas de ressocialização do egresso.

Sendo assim, observa-se que o melhor momento da aplicação de políticas públicas, voltadas ao combate à criminalidade, reside na prevenção primária. Tais políticas, aplicadas neste momento temporal (antes da eclosão criminal), são as que demandam maior tempo de maturação e resposta. Mas são as que, após sua consolidação apresentam melhor resultado. Talvez por isso sejam políticas, por vezes negligenciadas pelo poder público. São ações que não causam impacto midiático frente ao eleitorado tal qual a instalação de uma UPP.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS E A ATUAÇÃO DAS ORCRIM FACE A AUSÊNCIA DO ESTADO.

É sabido que a criminalidade é um fenômeno social. Nasce da ausência do Estado enquanto responsável por prover as condições mínimas de subsistência dos seus cidadãos. Vez que se trata de estado democraticamente organizado, com supremacia sobre seus administrados.

Uma vez que é fenômeno social, a criminalidade também sofre evoluções. Passa da atuação isolada de indivíduos, para atuações organizadas, hierarquizadas. O crime organizado é talvez, ou quiçá efetivamente seja, uma das modalidades criminais mais danosas para a sociedade na história recente, pois se entranha nos mais diversos meandros da sociedade – política e empresarial.

Existem dois tipos distintos de criminalidade organizada. Conforme Nestor Sampaio Penteado Filho:

Criminalidade organizada do tipo mafiosa (Cosa Nostra, Camorra, Ndrangheta e Stida, na Itália; Yakuza, no Japão; Triade, na China; e Cartel de Cali, na Colômbia), cuja atividade delituosa se baseia no uso da Violência e intimidação, com estrutura hierarquizada, distribuição de tarefas e planejamento de lucros, contando com clientela e impondo a lei do silêncio. Seus integrantes vão desde agentes do Estado até os executores dos delitos; as vítimas são difusas, e o controle social encontra sério óbice na corrupção governamental; **A criminalidade organizada do tipo empresarial não possui apadrinhados nem rituais de iniciação; tem uma estrutura empresarial que visa apenas o lucro econômico de seus sócios. Trata-se de uma empresa voltada para a atividade delitiva. Busca o anonimato e não lança mão de intimidação ou violência. Seus criminosos são empresários, comerciantes, políticos, hackers etc.** As vítimas também são difusas, mas, quando individualizadas, muitas vezes nem sequer sabem que sofreram os efeitos de um crime (2012, p. 127, apud Gonzaga, 2018, p. 185- 186). (Grifos do autor)

O crime organizado está presente em diversos países, sejam desenvolvidos ou não. E no Brasil não seria diferente. Aqui existem ambos os tipos. Tanto as do tipo mafioso, a exemplo das diversas facções criminosas. Quanto as do tipo empresarial, conforme se verificou pelas atuações da Operação Lava-Jato. O crime organizado passou a se institucionalizar em diversas searas e esferas do governo e empresas.

O termo “organização criminosa”, antes do advento da Lei 12.850/2013, tinha no país conceituação oriunda da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Palermo.

Mediante ratificação pelo Decreto Legislativo nº 231/2003, promulgado pelo Decreto nº 5015/2014 a Convenção integrou o nosso ordenamento jurídico, definindo no art. 2º, “a”, grupo criminoso organizado como:

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

Posteriormente, foi editada a Lei 12.694/2012, definindo no art. 2º organização criminosa como sendo:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

E por derradeiro a lei vigente, nº 12.850/2013, em seu art. 1º, § 1º, concebe nova conceituação do que vem a ser organização criminosa:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Percebe-se então, em relação às diferenças existentes entre a atual Lei nº 12.850/2013 e a anterior, Lei nº 12.694/2012, que para a associação exigia-se de 3 ou mais pessoas, agora 4 ou mais. Na legislação anterior falava-se apenas em crimes e cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 anos. Atualmente inseriu-se o termo “infrações penais”, ou seja, estão inclusas as contravenções penais. Além de que, agora, com penas máximas superior a 4 anos.

Nesta senda, conforme dispõe Luiz Flávio Gomes é necessário para se configurar organização criminosa:

associação de forma estável, duradoura, permanente, pois do contrário configuraria mera coautoria (autoria coletiva) para a realização de um determinado delito. Se quatro ou mais pessoas, num evento cultural (um baile, por exemplo), se reúnem naquele momento para bater ou matar uma pessoa, estamos diante de uma autoria coletiva (coautoria), não de uma organização criminosa (que exige estabilidade prévia). A associação de várias pessoas numa passeata, desde que seja ato isolado, não permanente, não configura organização criminosa. Permanência e estabilidade do grupo deve ser firmada antes do cometimento dos delitos planejados (se isso ocorrer depois, trata-se de mera coautoria - nesse sentido Rogério Sanches/Ronaldo Pinto) (apud Masson e Marçal, 2018, p. 74).

Das modalidades de organizações criminosas, talvez a mais complexa em se combater, seja a do tipo empresarial, pois entranhado no meio político, meio este contaminado por pessoas com forte desvio de caráter desde suas campanhas eleitorais.

A dificuldade também reside nas mudanças legislativas. Tendo em vista um poder legislativo contaminado por legisladores com graves desvios de caráter, como podem efetivar a fiscalização do executivo ou criarem leis que possam pesar a mão da justiça sobre os mesmos?

De acordo com o site transparenciainternacional.org.br, no ranking que mede o índice de percepção da corrupção mundial, em 2018 o Brasil se encontrava em 105º lugar, com 35 pontos. Sendo que são rankeados 180 países e que as pontuações vão de 0 a 100, tendo como mais próximo de 0 os países mais corruptos e mais próximos de 100 os tidos como mais íntegros (Transparência Internacional, 2018).

Neste momento as políticas públicas de conscientização do eleitorado, no sentido de pesquisas quanto aos candidatos “fichas-suja”, envolvidos com atos de corrupção e malversação do erário público, tendem a ganhar significativa importância. Em se tratando das organizações criminosas do tipo mafiosas, estas encontram campo fértil onde o poder público não se faz presente quanto a inúmeras questões relativas às políticas públicas voltadas à dignidade da pessoa humana.

Observe-se que as regiões, mas não necessariamente apenas, de baixa renda, são ambientes mais propensos à marginalização. Em face da ausência do estado, as organizações criminosas ganham força. Não raras as vezes, em muitos bairros violentos de grandes cidades, o que impera é a vontade do tráfico. Em algumas regiões os “chefes” lançam mão de “leis” em que proíbem o cometimento de certos crimes dentro da “comunidade”.

No momento em que o estado não integra estas regiões com políticas públicas voltadas às prevenções primárias, secundárias e até mesmo, terciárias, os agentes criminosos se estabelecem, a exemplo do ocorrido com o denominado conjunto habitacional Orgulho do Madeira em Porto Velho-RO.

Como forma de trazer visibilidade às administrações estadual e municipal, foram entregues mais de 4 mil unidades habitacionais na capital de Rondônia. A visibilidade eleitoral foi grande e sem dúvidas supriu um déficit habitacional significativo. Mas apenas a entrega das habitações não é suficiente.

Não existe posto policial na localidade (Bairro Orgulho do Madeira) e com o aumento populacional da região, conseqüentemente, houve aumento da criminalidade. Nos noticiários locais são recorrentes os casos

de criminalidade ocorridos no conjunto. Conforme reportagem do site Mais RO (2019) no residencial moram vários integrantes do Comando Vermelho, facção rival do PCC.

Além do déficit policial, não existem postos de saúde para atender a demanda. Isso faz com que os moradores se desloquem para os bairros Mariana e Socialista, que por conseguinte, tem seus postos sobrecarregados.

Desde a entrega, em meados de 2014, os moradores sentiam a falta de escolas e creches no bairro. Externavam a dificuldade em matricular seus filhos nos bairros próximos, o que levou à evasão escolar de muitos.

Somente em 2019, cerca de 5 anos após, foram entregues duas escolas no bairro. Uma em um prédio alugado e a outra é fruto de compensação empresarial para a construção de um shopping e supermercado na zona leste. Com isso o governo espera suprir um déficit de 1000 vagas escolares.

Faz-se necessário que impere a presença do estado nessas áreas de maior foco de criminalidade, mas não somente com a presença das forças policiais. Passar tão somente a sensação de segurança não é suficiente.

O crime deve ser inibido em sua gênese, quando não, que se impeça a propagação do mesmo com políticas públicas implementadas na área da educação, saúde, transporte, políticas sociais de fomento à cultura, lazer, esporte, primeiro emprego etc. Ou seja, com políticas de prevenção ao crime.

Em se tratando, por exemplo, de crimes como homicídio, conforme observa Szabó e Risso (2018, p. 22-23), em relação à educação:

Quando o tema é a educação, a evasão escolar é o grande vilão. A escola perde ou expulsa o “jovem problemático”, e isso é um divisor de águas: fora da escola, ele tem mais chances de fazer escolhas erradas e acabar passando pelos sistemas de medidas socioeducativas e prisional, ou de virar mais um número na triste estatística de homicídios. Literalmente, estamos matando nosso futuro.

No âmbito da moradia, continuam as autoras:

Outro fator é a urbanização rápida e irregular. Estudos mostram que, em áreas urbanas que crescem acima de 4% ao ano, rompem-se o tecido e a coesão social, lesando os mecanismos de regulação coletiva. Isso traz efeitos muito negativos para a manutenção do contrato social.

De acordo com Ferreira da Silva (2017, p. 80), para o enfrentamento do crime organizado, não somente a criação de leis efetivas são necessárias, mas também atacar a causa:

É preciso além de criar leis aptas a enfrentar o crime, combater as causas que o geram, com políticas públicas adequadas, não só no aspecto processual penal, mas também no campo social, de forma que a tríade das ciências criminais, quais sejam, direito penal, criminologia e políticas criminais, sejam de fato enxergadas de forma única e aplicadas efetivamente com vistas ao cumprimento das determinações constitucionais.

a. Casos de sucesso das políticas públicas no enfrentamento aos crime organizado

Variados são os exemplos em que as políticas públicas se demonstraram eficazes no combate efetivo às organizações criminosas, tanto no âmbito internacional quanto no nacional.

Após a identificação do problema público e a consequente definição da política pública aplicável (incidindo nas áreas e grupos mais vulneráveis), a implementação das ações indicou ser plenamente possível (com a intervenção do estado e demais atores) a significativa redução de situações geradoras de conflito social.

No âmbito internacional podemos destacar o exemplo talvez mais significativo da aplicação das políticas públicas frente às organizações criminosas, que foi o da Colômbia.

No início da década de 1990 o país passava por uma grave crise de extrema violência social. O domínio dos carteis de droga e conflitos armados imperavam na época. Além dos casos alarmantes de corrupção policial no país.

Então o governo colombiano (Governo do Estado do Ceará, 2019) encampou uma política de depuração nacional das forças policiais. Um número expressivo de agentes foi excluído. A partir de então foram adotadas novas concepções da atividade policial, com foco, por exemplo, na gestão e participação comunitária na fiscalização. Em Medellín o governo recuperou territórios anteriormente dominados pelas guerrilhas das FARC e investiu em políticas que envolviam desde serviços básicos até a reurbanização das áreas mais suscetíveis contribuindo para o bem-estar social.

São símbolos dessas políticas públicas integrativas e de reurbanização de áreas dominadas pelo narcotráfico, o Parque Biblioteca España e o teleférico que une a periferia ao centro da cidade.

No Brasil observa-se o exemplo de maior repercussão, inclusive internacional, foi a implementação das Unidades de Política Pacificadora, no Rio de Janeiro.

Uniram-se em parceria o governo e o município em prol da retomada de territórios antes ocupados integralmente pelo tráfico de drogas (Governo do Estado do Ceará, 2019).

Com inspiração na polícia comunitária buscou-se substituir as frequentes incursões policiais, com resultados de conflitos armados, pela presença maciça e contínua de contingente policial em escala superior às incursões.

O objetivo era a expulsão do tráfico e a implementação de políticas voltadas ao serviço social nas comunidades ora pacificadas, como forma de fixação do poder estatal frente à criminalidade organizada.

Por consequência foi observado aumento da atividade econômica, melhoras na confiança entre comunidade e polícia, valorização imobiliária etc.

Em Minas Gerais (Governo do Estado de Minas Gerais, 2019), identificado o problema público da alta taxa de homicídios, foi desenvolvido o projeto FICA VIVO!. Tendo como objetivo, dentre outros, envolver a comunidade na elaboração de estratégias e implementação propriamente dita da política pública. Tornando a comunidade responsável em exercer influência em seus jovens; melhorar as relações família/comunidade; trabalhar na eliminação de fatores de risco que levam o jovem a iniciar na criminalidade; colocação do jovem no primeiro emprego etc.

Foi observado uma redução significativa das taxas de homicídio em comparação com outras regiões onde o projeto FICA VIVO! não foi implementado (Governo do Estado do Ceará, 2019).

Outro exemplo de sucesso é o de Espírito Santo (Governo do Estado do Ceará, 2019), onde foi implementada a política intitulada de “Estado Presente”. O problema público detectado era a alta taxa de homicídios nas regiões de grande vulnerabilidade social.

Especificamente objetivou-se o combate à violência letal e incremento da prevenção primária, conjugando diversos atores, no fortalecimento do acesso ao esporte, saúde, educação, geração de emprego e, conseqüentemente, renda.

Foram realizadas também obras de infraestrutura (drenagem, pavimentação), reforma de bases policiais, escolas, construção de novas habitações, unidades de pronto atendimento e saúde familiar etc.

5. CONCLUSÃO

Fica claro que o enfrentamento às organizações criminosas, não passa tão somente pela criação de legislações mais rígidas, ou da estratégia de atuação exclusivamente repressiva pelas forças policiais.

As prevenções secundária e terciária possuem importância estratégica porque direcionam seus esforços aos focos de criminalidade, perante as áreas e grupos vulneráveis, mais suscetíveis à cooptação criminal ou enveredam esforços junto ao criminoso propriamente dito. Buscando fazer que o mesmo não retorne à atividade criminosa. Porém ambas têm um ponto negativo em comum. Qual seja o momento. O instante de aplicação das políticas públicas voltadas à prevenção secundária e terciária é posterior à eclosão criminal. O fenômeno criminoso já ocorreu.

Por isso, a implementação de políticas públicas no enfraquecimento de organizações criminosas não deve ficar restrita ao âmbito da prevenção secundária e terciária. A busca agora é em impedir que novos fatos contrários à pacificação social ocorram, minorar seus reflexos ou evitar a retomada da conduta criminosa por parte do egresso.

Urge, portanto, a necessidade de trazer à frente a implementação efetiva de políticas públicas no âmbito da prevenção primária.

Observa-se que, tanto internacionalmente quanto no Brasil, onde foram identificados problemas públicos e direcionado maior atenção à implementação de políticas públicas no âmbito da prevenção primária, o resultado foi significativamente favorável à sociedade.

O investimento na prevenção primária é a médio e longo prazo. Depende do envolvimento de diversos atores estatais – como governo (nas

três esferas), judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias etc – atores não estatais – como a sociedade civil organizada, grupos de apoio, liderança de bairro, empresariado etc – e, principalmente, da vontade política.

Na vontade política talvez resida a maior resistência quanto a implementação de políticas públicas no âmbito da prevenção primária. Pois, uma vez que não traz a visibilidade imediata pretendida para convencimento eleitoral, tais políticas são substituídas por aquelas em que efetivamente vai trazer apelo eleitoral.

Existem áreas onde, de fato, a ausência estatal favorece a fixação do crime organizado. Em contrapartida, quando existe a atuação massiva do estado há consequente enfraquecimento das organizações criminosas, sejam elas do tipo mafioso, sejam do tipo empresarial.

Com o estado suprindo as necessidades básicas de seus cidadãos, em especial frente àqueles grupos e regiões comprovadamente mais vulneráveis à cooptação de novos agentes pelas organizações criminosas, certamente haverá um ganho social significativo com o enfraquecimento das mesmas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.850, de 12 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 26 Out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm. Acesso em: 26 Out. 2019.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 Out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 5015, de 12 de março de 2004. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 26 Out. 2019.

FERREIRA DA SILVA, Felipe. **O Crime Organizado no Brasil e os Meios de Repressão e Prevenção**. Maringá: VISEU, 2017.

GONZAGA, Christiano. **Manual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Política de Prevenção a Criminalidade**: Fica Vivo; Programa de Mediação de Conflitos. Minas Gerais, 2019.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ. **Experiências Exitosas de Enfrentamento à Violência e à Criminalidade**: ANÁLISE DE BENCHMARKING. Ceará, 2019.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA JR., José César Naves de. **Manual de Criminologia**. Bahia: JusPODIVM, 2014.

MAIS RO. **Morte de membro do PCC em Rondônia foi planejada de dentro do presídio por rivais da facção Comando Vermelho**. Mais RO. Porto Velho, 2019. Disponível em: <https://maisro.com.br/morte-de-membro-do-pcc-em-rondonia-foi-planejada-de-dentro-do-presidio-por-rivais-da-facciao-comando-vermelho/>. Acesso em: 27 Out. 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Kris Brettas (Org.); OLIVEIRA, Gleiber Gomes de (Org.). **Olhares sobre a prevenção à criminalidade**. Belo Horizonte: Instituto Elo, 2009. 379 p.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: CENGAGE, 2017.

SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. **Segurança Pública Para Virar o Jogo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice da Percepção da Corrupção 2018. Transparência Internacional Brasil**. 2018. Disponível em: https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=CjwKCAjw3c_tBRA4EiwAICs8Ci2SsTWQbHHFn-mrSgtb7mvCtY1lI0Onq8t0koLjeD4zBLVMITCPGxoCcxYQAvD_BwE. Acesso em: 26 Out. 2019.

ÁUREO VIRGÍLIO QUEIROZ⁰¹

LAIANA FREIRE NEVES DE AGUIAR⁰²

RESUMO

O presente artigo visou realizar levantamento bibliográfico a respeito da temática; e, relacionar casos concretos com formas de atuação da polícia judiciária. De modo a atender o objetivo principal do presente trabalho de demonstrar como o controle, bem como a auditoria tem evoluído no enfrentamento à corrupção. Para atendimento aos objetivos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica que é o estudo sistemático com base em publicações já realizadas em vários meios de informações. No levantamento bibliográfico foi conceituada a lavagem de dinheiro, em seguida sobre o controle externo e seu papel a relação do combate externo e o combate a corrupção no Brasil, e por fim, a relação com a polícia judiciária com casos concretos. Foram utilizados autores como Aro (2013), Magalhães (2014), Calixto e Velasquez (2005) e Coelho (2010). Desse modo, compreende-se que a corrupção compromete a própria legitimização política do Estado em uma intranquilidade antagônica à “paz social” idealizada nos idos tempos de formação da República.

Palavras-Chave: Auditoria. Prevenção. Lavagem de dinheiro.

01 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (1997). Mestre Profissional em Poder Judiciário pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (2008). Doutorando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor de Direito do Consumidor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário São Lucas/Afya - Rondônia. Juiz de Direito no Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital do Estado de Rondônia (**Lattes ID:** <http://lattes.cnpq.br/0681997848664916>).

02 Possui graduação em ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS pela Universidade Federal de Rondônia (1998) e graduação em DIREITO pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (2004). Especialização lato sensu em (1)Direito Constitucional e Administrativo, e (2) Estudos avançados sobre o crime organizado e corrupção. Atualmente é auditora de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Assessoria Jurídica e Auditoria (**Lattes ID:** <http://lattes.cnpq.br/0106752320473653>).

INTRODUÇÃO.

Magalhães (2014, p.167) pontua que são estimados, anualmente, no mundo um valor aproximado de oitocentos milhões de euros lavados, o equivalente a 5% da produção econômica em nível global. Dessa forma, percebe-se que os volumes desses recursos afetam diretamente o mercado financeiro global, tornando economias nacionais vulneráveis bem como causando instabilidade na economia mundial.

A possibilidade de utilizar o dinheiro considerado “sujo” frente a sua legitimação, advindo das inúmeras técnicas de lavagem de dinheiro, amplia o volumed dos negócios, expandindo as atividades, sejam elas de cunho legal ou ilegal, bem

como a influência social e assim, consequentemente, ampliam ainda mais o poder da atuação criminosa (CARLI, 2006, p.107).

É no intuito de compreender o crime da lavagem de dinheiro que o presente trabalho desenvolveu uma análise sobre a efetividade dos processos de auditoria no combate e prevenção à corrupção, desta forma o tema escolhido relaciona-se com a Auditoria e a possibilidade de prevenção à lavagem de dinheiro.

Sabe-se que o fenômeno da lavagem de dinheiro trata-se de um conceito com dimensões globais, com conceituação breve refere-se a ganho de dinheiro com origem ilícita, a exemplo de valores advindos do tráfico ilícito de drogas (SILVA, 2006, p.27).

O conceito de lavagem de dinheiro, de forma científica, não pode ser definido em apenas um, mas o consenso entre os estudiosos da área é de estar relacionado com a execução de procedimento lícito para tornar a caracterizar capital de origem ilícita (ARO, 2013, p.167). Desta forma questiona-se como os processos de auditoria funcionam no combate e prevenção à corrupção?

Para tanto, justifica-se a realização do presente trabalho dada a importância do tema se dá diante das notícias permanentes de casos de desvio de dinheiro público por organizações criminosas, assaltando os cofres e impactando o desenvolvimento e a economia mundial, bem como do Brasil.

Assim foram elencados objetivos intermediários, sendo eles: realizar levantamento bibliográfico a respeito da temática; e, relacionar casos concretos com formas de atuação da polícia judiciária. De modo a atender o objetivo principal do presente trabalho de demonstrar como o controle, bem como a auditoria tem evoluído no enfrentamento à corrupção.

Para tanto a metodologia de pesquisa utilizada teve por finalidade realizar uma pesquisa aplicada, uma vez que utilizará conhecimento da pesquisa básica para resolver problemas. Desta forma, a presente pesquisa será tipificada em bibliográfica que é “toda atividade acadêmica pressupõe uma pesquisa bibliográfica inicial.

A preparação de trabalhos escritos [...] ou orais [...] fundamenta-se em dados colhidos por meio de pesquisa bibliográfica” (ANDRADE, 2004, p.51). Na concepção de Vergara (2004, p. 48) pesquisa bibliográfica é “o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais e redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral”.

1. CONCEITUAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Aro (2013, p.168) pontua que os dois países que iniciaram a criminalização da lavagem de dinheiro no mundo foram os Estados Unidos e a Itália, tendo mais enfoque no primeiro. A data estimada remonta a década de 70 em que o Código Penal Italiano incriminou a substituição de valores na prática de determinados delitos, especialmente o roubo e a extorsão qualificados. Já nos Estados Unidos o surgimento tem data aproximada do início do século XX, no surgimento das máfias, após o advento da Lei Seca.

Dessa forma o conceito da substituição de crimes por dinheiro tomou variadas denominações, conforme apresenta Magalhães (2014, p.166):

É extensa a variedade de denominações aplicadas à dissimulação de bens decorrentes da prática de infrações penais, sendo colacionadas pela doutrina especializada as seguintes: blanchiment d'argent (França e Bélgica); blanchissage (Suíça); gelwäsche (Alemanha); blanqueo de capitales (Espanha); riciclaggio di denaro sporco (Itália); lavado de dinero (Argentina); money laundering (EUA e Reino Unido) e branqueamento de capitais (Portugal). (MAGALHÃES, 2014, p.166):

Destaca-se que inúmeros tratados internacionais se aportam para o crime da lavagem de dinheiro, a exemplo cita-se a Convenção de Viena de 1988, a qual impôs aos Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) a criminalização da conduta delituosa. No Brasil o referido tratado se tornou o decreto nº 154 de 26 de junho de 1991 que estabelece a Convenção contra

o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, pontuando no artigo 3, delitos e sanções, a seguinte passagem:

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso

a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos;

No Brasil o acolhimento a expressão “lavagem de dinheiro” advém da Lei nº 9.613/89 que teve como estruturação duas justificativas pontuais: a primeira seria uma tentativa de uniformizar a linguagem empregada nos tratados internacionais e a segunda afastar possíveis terminologias racistas decorrentes de traduções das nomenclaturas utilizadas em outros países. Ainda permeiam críticas na escolha do termo em virtude de ser uma linguagem figurada, visto que o delito não abrange apenas “dinheiro”, mas qualquer bem, direito ou valor advindo de prática de infração penal (MAGALHÃES, 2014, p.167).

De forma geral, a conceituação do crime de lavagem de dinheiro está relacionada com “procedimento de caracterização lícita ao capital de origem ilícita” (ARO, 2013, p.170). Ou ainda, pode se definir “como um conjunto de operações por meio das quais os bens, direitos e valores obtidos com a prática de crimes são integrados ao sistema econômico financeiro, com a aparência de terem sido obtidos de maneira lícita” (ARO, 2013, p.170).

É possível perceber na literatura da temática da lavagem de dinheiro que três são suas fases ou etapas: a) colocação; b) circulação ou ocultação; c) integração. A primeira etapa denominada colocação ou ainda *placement* “[...] consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores” (ARO, 2013, p.171), tem como objetivo principal de disseminar a origem dos recursos.

Essa primeira etapa é a fase mais vulnerável para o praticante do delito, visto que os recursos inseridos no sistema financeiro não possuem uma origem passível de justificativa, normalmente nesse momento, os criminosos fazem uso do nome de parentes ou de pessoas falecidas (os

“laranjas”), geralmente, dividem pequenos valores em depósitos para empresas de “fachada”, de modo a possibilitar o não controle por parte dos órgãos de fiscalização (SAADI, 2007, p.23). Para ARO (2013, p.172) essa técnica de inserir no mercado financeiro pequenos valores é denominada *smurfing*, visto que não gera maiores suspeitas. Outra técnica utilizada nessa etapa é a utilização de estabelecimentos comerciais que se utilizem apenas do dinheiro em espécie.

A segunda etapa denominada circulação ou ocultação que tem como objetivo principal dificultar o rastreamento contábil dos recursos adquiridos de forma ilícita, especialmente, na tentativa de não relacionar a cadeia de evidências entre os valores e sua origem, ocultando assim a origem ilícita (SAADI, 2007, p.23). É a fase da camuflagem de evidências, é a fase da lavagem propriamente dita, com dissimulação da origem dos valores para não identificação da procedência.

Para que a segunda etapa possa ser atendida são realizadas inúmeras transações financeiras complexas, que em sua maioria são internacionais, vislumbrando desvincular a origem inicial dos valores. Normalmente, são utilizadas contas fantasmas, seja de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas, com saques em dinheiro em determinadas instituições financeiras e depósitos em outras instituições, perfazendo teias altamente complexas de operações, dificultando o rastreio dos valores (SAADI, 2007, p.23).

A última fase é a da integração, que é a fase final do processo, podendo inclusive acontecer de modo concomitante com a fase da circulação ou ocultação. É nesse momento que o capital é formalmente incorporado ao sistema econômico, geralmente por investimentos no mercado mobiliário e imobiliário, fazendo que o dinheiro pareça ser de origem lícita. Geralmente, os investimentos são na cadeia hoteleira, supermercado, participação em capital social de empresas, joias, obras de artes, entre outros (ARO, 2013, p.171).

Para melhor exemplificar as fases da lavagem de dinheiro tem-se a figura a seguir representando as mesmas.

Figura 01: Representação das fases da Lavagem de Dinheiro



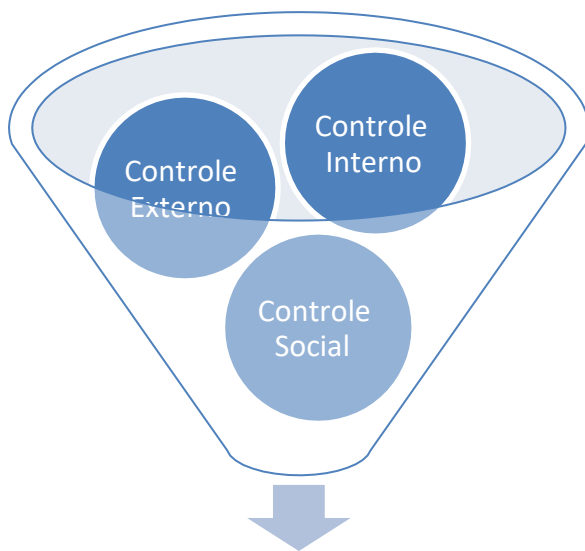
Fonte: Elaborado pela autora baseado em Saadi (2007) e Aro (2013).

2. O CONTROLE EXTERNO E SEU PAPEL

Na Administração Pública, o controle exerce três dimensões distintas: o controle interno, o controle externo e o controle social. A figura a seguir apresenta demodo figurativo as dimensões do controle.

O controle interno na visão de Calixto e Velasquez (2005, p.64) trata-se de um planejamento geral realizado em uma determinada organização que de maneira padronizada adotam mecanismos de segurança para seus ativos, exercem a exatidão e confiabilidade das informações de modo a atuarem na eficácia operacional bem como motivarem a adesão as políticas de direção.

Figura 02: Dimensões do controle



Fonte: Elaborado pela autora baseado em Calixto e Velasquez (2005).

De forma complementar o controle interno é aquele exercido pelo poder público frente ao objetivo de assegurar a execução de suas atividades, dentro dos princípios básicos da administração pública, trata-se do poder de autotutela da frente aos atos e agentes (CALIXTO E VELASQUEZ, 2005). O controle interno é inerente ao funcionamento da entidade e cumpre um papel de confiança para o controle externo e o controle social.

Já o controle social é o exercício do controle por parte dos cidadãos, de forma direta. Esse tipo de controle atua como um elemento que garante a possibilidade do governo atingir os objetivos dos órgãos e entidades com eficiência, efetividade e dentro de conceitos democráticos. Esse controle pode ainda ser exercido por meio de organizações da sociedade civil.

De forma geral o exercício do controle social, quando preventivo, atua na informação para os cidadãos, estimulando a ocorrência do controle externo e do controle interno realmente efetivos (RIBEIRO FILHO *et al*, 2008, p.49).

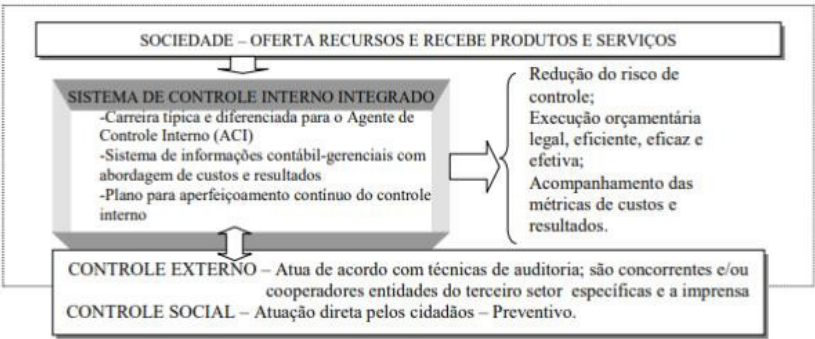
Já o controle externo é definido no art. 70 da Constituição Federal de 1988, conforme disposto a seguir:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Apesar de o conceito de controle externo estar disposto na Carta Magna brasileira, a doutrina expressa duas concepções: a primeira relacionada com o controle jurisdicional, o controle do Ministério Público e controle social, e a segunda o controle externo *stricto sensu*, ou seja, a capacidade da administração na guarda e no emprego de bens, valores e dinheiro público com fiel execução ao orçamento, sendo um controle político de legalidade contábil e financeira (COELHO, 2010, p.67).

De forma resumida, Ribeiro Filho *et al* (2008, p. 56) realizam um quadro sinóptico dos sistemas de controle no Brasil e suas respectivas aplicações conforme disposto a seguir.

Figura 03: Sinopse dos sistemas de controle no Brasil



Fonte: Ribeiro Filho *et al* (2008, p. 56).

O controle externo na esfera da administração pública, na visão de Lima (2008) é exercido com auxílio de órgãos técnicos, os denominados entidades de fiscalização superior (EFS). Podem ser de dois tipos: as controladorias, que atuam sem poder de imposição de sanção e os tribunais de contas, órgãos colegiados com poder de imposição de penalidades.

Dessa forma, o controle externo tem como agente principal os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, quando for o caso, nas suas respectivas esferas de atuação. No entanto, o controle externo é exercido pelo Poder Legislativo. A vocação do controle externo, enquanto organização localizada, corpo funcional próprio, função e programas financiados por meio dos recursos públicos só é concretizada na perspectiva da atuação da auditoria externa (RIBEIRO FILHO *et al*, 2008, p.30).

2.1 O CONTROLE EXTERNO E O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Nesse aspecto, é fundamental dispor a respeito da teoria do triângulo da fraude. Essa teoria foi elaborada por Donald Cressey em 1953 e consiste no entendimento de que a ocorrência de fraudes é condicionada pela existência conjunta das três dimensões: **pressão, oportunidade e racionalização**.

Para esse autor, a pressão relaciona-se a problemas financeiros não compartilhados (como por exemplo, problemas pessoais), a oportunidade com a existência de determinados conhecimentos e a posse de determinadas informações e a racionalização é o ato de tornar o processo como “correto” (MACHADO E GARTNER, 2017, p.112).

Outro aspecto teórico sobre o controle externo e o combate a corrupção tem-se as três linhas de defesa no combate à corrupção: a **primeira linha** inclui os controles da gerência e as medidas de controle interno, a **segunda linha** o controle financeiro, segurança, gerenciamento de riscos, qualidade, inspeção e conformidade e a **terceira linha** engloba a auditoria interna (BRASIL, 2018, p.23).

Apesar de serem linhas de atuação distinta esse modelo de atuação estabelece uma coordenação entre as responsabilidades por parte dos envolvidos e a não criação de departamentos para atendimento as demandas. Neste olhar, a primeira linha seria responsável pela implementação de ações preventivas, detectivas e corretivas no processo de auditoria interna. A segunda linha estaria relacionada a gestão de riscos, estas também integrada a ação dos gestores (BRASIL, 2018, p.23).

Figura 04: Triângulo da fraude



Fonte: Brasil (2018, p. 19)

A gestão de riscos trata-se da gestão do risco de ocorrência de fraude e corrupção de modo a identificar, analisar e tratar possíveis ações negativas à organização, de modo a impedir ou reduzir seus impactos. Desse modo, o gerenciamento dos riscos visa atuar na “identificação, avaliação e priorização de riscos, seguida de uma aplicação coordenada e econômica de recursos para minimizar, monitorar e controlar a probabilidade e o impacto de eventos negativos ou maximizar o aproveitamento de oportunidades” (BRASIL, 2018, p.23).

No Brasil a instituição da gestão de governança, que inclui a gestão de riscos, está estabelecida no decreto nº 9.203 de 22 de novembro de 2017, o qual no art.2º, II dispõe sobre o conceito:

Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:

IV - gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

Nesse aspecto, é vital dispor a respeito da NBR ISO 31000. Trata-se de uma legislação que dispõe de princípios e diretrizes visando o gerenciamento de risco em qualquer organização. Essa normativa estabelece orientação para os processos de gerenciamento de riscos que pode ser utilizada de uma forma

geral não fazendo distinção da área de atuação. O objetivo é de harmonizar os processos de gestão de riscos em uma abordagem comum sendo aplicável a uma ampla área de atividades, desde as estratégias até os produtos ou serviços (BRASIL, 2018, p.23).

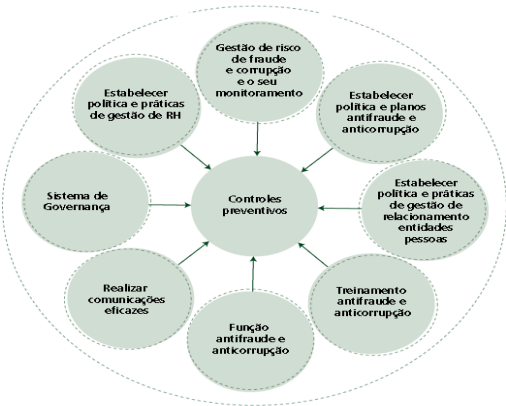
2.2. CONTROLES PREVENTIVOS

A prevenção à corrupção requer o ceticismo de que nem todos, incluindo a alta administração, se comportarão conforme esperado apenas pela influência de seus valores morais e éticos. Havendo oportunidade, existirão pessoas dispostas a atentar contra a organização.

A prevenção se faz por meio de controles. Esses controles geram uma expectativa nos potenciais fraudadores e corruptos de que poderão ser pegos e, com isso, eles podem preferir não correr esse risco. Os controles preventivos funcionam dissuadindo o cometimento da fraude e da corrupção.

Existe forte ligação entre a incidência de fraude e corrupção e fracos controles preventivos. Em muitos casos em que a fraude e a corrupção são detectadas, é possível que tenham havido falha nos controles preventivos, que permitiram que o incidente ocorresse. Assim, é essencial que a organização reavalie seus controles preventivos direcionados para fraude e corrupção e decida se algum aperfeiçoamento é necessário.

Figura 05: Visão dos controles preventivos



Fonte: Brasil (2018, p. 49).

3. O CONTROLE EXTERNO *VERSUS* POLÍCIA JUDICIÁRIA: CASOS CONCRETOS

Os Tribunais de Contas são um dos órgãos que ajudam no combate a corrupção. O Tribunal de Contas como órgão de controle externo tem conhecimento profundo sobre o funcionamento da administração pública. Dentre suas atribuições estão o acompanhamento de contratos, projetos, e execução de serviços em áreas diversas, desde a previdência social até infraestrutura. O corpo técnico é preparado para identificar irregularidades ou algum indício de corrupção que se verifique em qualquer tipo de processo.

O Tribunal de Contas da União possui uma secretaria especializada em controle e combate à corrupção que atua na identificação, prevenção e combate à corrupção, a qual também estabelece parcerias com outros órgãos de controle que permitem troca de informação para enriquecer o trabalho de todos os envolvidos, criando uma rede integrada de combate à corrupção.

Nesse cenário, as pessoas envolvidas em corrupção respondem em várias esferas; administrativa, civil e penalmente. Com objetivo de ajudar as instituições na proteção do patrimônio público o TCU publicou em 2017 o Referencial de Combate à Corrupção - voltado para o gestor e a auditoria interna. A missão dos Tribunais de Contas é melhorar a administração pública.

O TCU tem se utilizado de Auditorias Preditivas, utilizando tecnologia da informação e cruzamento de dados para identificar riscos e irregularidades, antes mesmo que alguma fraude ou ato de corrupção realmente aconteça

Os trabalhos do TCU no combate à corrupção atualmente abrangem fiscalizações e instruções relacionadas à Operação Lava Jato; contratações da Petrobras nas refinarias do Comperj, Abreu e Lima e Refinaria do Paraná (Repar); além de obras, compras e serviços da Eletronuclear no megaempreendimento de Angra III. Entram no escopo de atuação, também, investimentos em térmicas, sondas, plataformas e contratos internacionais diretamente envolvidos com a Operação Lava Jato (CAVALCANTE, 2016, p.12)

As fiscalizações nesses empreendimentos diferem das demais não apenas pelo peculiar apelo social dos assuntos tratados, mas principalmente pelo tipo de informação que constitui o quadro fático a ser julgado nos processos. O contexto diferenciado traduz-se no fato de o juízo responsável pela condução da Operação Lava Jato ter franqueado ao TCU informações oriundas das investigações. Nesse pano de fundo, há que se avaliar como extrair o maior proveito desses processos em busca do trinômio do combate à corrupção: prevenir, detectar e responsabilizar (CAVALCANTE, 2016, p.13).

A construção de *know how* de competências – e de arcabouço legal para angariar e tratar tais informações – amplia o viés de “detecção” e de responsabilização da fraude. Potencializa uma visualização mais ampla da “governança da corrupção”, em que eventualmente determinados agentes públicos são nomeados deliberadamente para produção de resultado nefasto (CAVALCANTE, 2016, p.13).

Com informações “especiais”, produzidas algumas vezes “a quatro mãos” com outras instituições de controle – em uma soma de expertises – vislumbra-se alcançar uma massa cinzenta de responsabilidades outrora impossível. A responsabilização ampla dessa rede, logicamente, é mais efetiva para a República, pois catalisa a extração das verdadeiras raízes de governança (ou corrupção da governança) construída para produzir resultados espúrios (CAVALCANTE, 2016, p.13).

Exemplo do potencial dessas informações foi demonstrado pelo TCU mediante o Acórdão 1.990/2015-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Benjamim Zymler, em julgamento da Unidade de Coqueamento Retardado (UCR) da refinaria Abreu e Lima da Petrobras, em Pernambuco.

Naquele caso, um prejuízo que até então rondava por volta de R\$ 150 milhões, haja vista o tratamento de informações fiscais obtidas com autorização do juízo responsável pela condução da Operação Lava-jato, transformou-se em um superfaturamento de quase R\$ 700 milhões em apenas um contrato (CAVALCANTE, 2016, p.13).

De forma semelhante, no Acórdão 2.960/2015-Plenário, nas unidades de Destilação Atmosférica e Hidrotratamento de Diesel, ambas da Refinaria Abreu e Lima, um prejuízo latente de R\$ 1,07 bilhão seria impossível de ser meticulosamente concebido sem o acervo de informações então autorizado pela Justiça (CAVALCANTE, 2016, p.13).

Na Refinaria do Paraná (Repar), o eminente Ministro-Substituto André Luís de Carvalho anunciou ao Plenário do TCU, no Acórdão 2.163/2015-Plenário, R\$ 1,3 bilhão de prejuízos, após reanálise dos fatos, em face no “novo” contexto processual verificado com elementos novos dos processos compartilhados pela Operação Lava Jato (CAVALCANTE, 2016, p.13).

O entendimento da necessidade da obtenção e do tratamento das informações, associado ao massivo investimento em tecnologia da informação, viabilizou, ainda, a produção do Acórdão 3.089/2015-Plenário, relatado pelo Exmo. Ministro Benjamim Zymler.

Com a manipulação estatística e informatizada de todas as contratações da Petrobras acima de R\$ 100 milhões, na Diretoria de Abastecimento, o Tribunal alertou os órgãos responsáveis pela condução dos Acordos de Leniência na Operação LavaJato que “o valor mais provável” do prejuízo de cartéis ocorridos na Petrobras era de 17%; ou R\$ 8,8 bilhões na Diretoria de Abastecimento; ou, extrapolando para as outras contratações, potenciais R\$ 29 bilhões de prejuízos totais (CAVALCANTE, 2016,p.13).

Espera-se, com essas iniciativas estratégicas, oferecer à sociedade providências efetivas de controle externo no combate à corrupção. Tem-se ciência da necessidade de “reinvenção” do controle, capaz de torná-lo mais consentâneo à demanda de agir contra os pilares da corrupção (CAVALCANTE, 2016, p.13).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou dispor a respeito do processo de auditoria e dos casos de corrupção, deste modo realizou-se um levantamento bibliográfico a respeito da temática, inicialmente, realizando um estudo sobre a conceituação da lavagem de dinheiro apresentando aspectos históricos, legais e as suas fases ou etapas, autores como Aro (2013) e Magalhães (2014) foram utilizados como base teórica.

Em seguida, discutiu-se a relação do controle externo e seu papel, pontuando sobre as três dimensões do controle, o interno, o externo e o controle social, utilizando-se de teóricos como Calixto e Velasquez (2005) e Coelho (2010).

No terceiro capítulo foi relatada a contribuição do Tribunal de Contas da União no combate à corrupção, dentre os quais, na operação Lava Jato. Assim, como a discussão sobre a necessária reinvenção do controle externo no Brasil.

A corrupção compromete a própria legitimação política do Estado em uma intranquilidade antagônica à “paz social” idealizada nos idos tempos de formação da República. Os Tribunais de Contas, pois, como instituições criadas para fiscalizar, de modo amplo, a aderência a esses interesses republicanos, controlam a Administração Pública em prol de seu aprimoramento, estando invariavelmente emaranhados a todo esse contexto de “combate à corrupção”.

Urge, em ciência ao papel constitucional dos Tribunais de Contas e de acordocom o tempo de sua atuação, meditar sobre o seu papel na sociedade atual, ciente da demanda social por essas respostas.

5. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**.

5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ARO, Rogerio. Lavagem de dinheiro- Origem histórica, conceito, nova legislação e fases. **Unisul de fato e de direito**, n.6, 2013. Disponível em:<www.portaldeperiodicos.unisul.br>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **I Coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro**. Brasília, 2011. Disponível em:<<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **II Coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro**. Brasília, 2014. Disponível em:<<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **III Coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro**. Brasília, 2015. Disponível em:<<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

_____. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

_____. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública**. Brasília: TCU, 2018. Disponível em:<portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

CALIXTO, Eudes; VELASQUEZ, Maria Dolores. Sistema de controle interno na administração pública federal. **Revista Eletrônica de Contabilidade**, edição especial,2005. Disponível em:<<https://periodicos.ufsm.br/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização**

análise do discurso. Dissertação, Mestrado em Ciências Criminais, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em:<tede2.pucrs.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

CAVALCANTE, Rafael Jardim. **O papel dos tribunais de contas no combate à fraude e corrupção.** Revista do TCU, 2016. Disponível em:

<<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

COELHO, Hamilton Antônio. O papel dos Tribunais de Contas na busca da efetividade do controle externo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.75, n.2, 2010. Disponível em: <periodicos.estacio.br>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

LIMA, Dagomar Henriques. **Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública.** Revista do TCU, 2008. Disponível em:<revista.tcu.gov.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

MACHADO, Michele Rilany Rodrigues; GARTNER, Ivan Ricardo. Triângulo de fraudes de Cressey (1953) e teoria da agência: estudo aplicado a instituições bancárias brasileiras. **Revista Contemporânea de Contabilidade**, v.14, n.32, 2017. Disponível em:<<https://dialnet.unirioja.es/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. **Revista EMERJ**, v. 17, 2014. Disponível em:<www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

MORO, Sérgio Fernando Moro. **Crime de lavagem de dinheiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIBEIRO FILHO, José Francisco *et al.* Controle Interno, controle externo e controle social: análise comparativa da percepção dos profissionais de controle interno de entidades das três esferas da Administração Pública. **Revista Universo Contábil**, v.4,n.3, 2008. Disponível em:<www.spell.org.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

SAADI, Ricardo Andrade. **O combate à lavagem de dinheiro.** Dissertação, Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007. Disponível em:<<http://tede.mackenzie.br/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

SILVA, Francisco de Assis Campos da. **A implementação do controle da lavagem de dinheiro no Brasil e no EUA em perspectiva comparada.** Universidade de Brasília, 2006. Disponível em:<www.repositorio.unb.br>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

VASCONCELOS, Douglas Borges de. **A política pública de combate a lavagem de dinheiro no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Direito, 2015.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração.** 5.ed, São Paulo: Atlas, 2004.

“MÃOS ABENÇOADAS” - EMPODERAMENTO DAS PRESAS COMO MEIO PARA POSSIBILITAR O ROMPIMENTO COM AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

CLAUDIA MARA DA SILVA FALEIROS FERNANDES⁰¹

RESUMO:

Este artigo tem, por escopo apresentar o projeto “Mãos Abençoadas”, como proposta para dar condições para as presas se desvincularem das organizações criminosas, mediante seu empoderamento. Procura, ainda, com maior destaque, evidenciar a necessidade de elaboração de políticas sociais dentro das unidades prisionais femininas, como forma de reverter a reiterada prática delitiva, após as presas deixarem os estabelecimentos prisionais.

Palavras-chave: Projeto “Mãos Abençoadas” - Capacitação - Trabalho - Presas - Desvinculação - Organização Criminosas

ABSTRACT

This article has, by reflections, to present the project “Mãos Abençoadas” (Blessed Hands), as a proposal to give female prisoners the conditions to detach themselves from criminal organizations, through their empowerment. The larger scope is to highlight the need for social policy making within women’s prison units as a way of reversing repeated criminal practice after prisoners leave prisons.

Keywords: Blessed Hands Project. Professional Training. Works. Fangs. Untying. Organizing Criminals.

⁰¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1994) e Especialização em Estudos Avançados sobre o Crime Organizado e Corrupção pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – Emeron (2019) (**Lattes ID:** <http://lattes.cnpq.br/0889122621040940>).

1. INTRODUÇÃO

Com o descumprimento da norma penal incriminadora, o Estado passa a ter apretensão punitiva, objetivando punir o cidadão infrator do bem jurídico tutelado. Pode-se dizer que a primeira fase se encerra com a prolação da sentença penal condenatória, originando o título executivo penal, dando início à execução penal, cujo procedimento executório tem como diretriz a Constituição Federal e a Lei n. 7.210/84, ou seja, a Lei de Execução Penal.

O atual sistema penal não enfrenta seus maiores entraves na fase processual da ação penal que finda com o trânsito em julgado da sentença; na realidade os obstáculos surgem no momento em que se inicia a fase da execução da pretensão executória do Estado, que tem como ator principal o poder executivo, responsável pelo sistema prisional.

A execução penal, conforme proposta em nosso ordenamento jurídico, deveria respeitar os princípios básicos de direito, entre eles o da legalidade, do devido processo legal, da humanidade, da jurisdicionalidade, do contraditório e ampla defesa e da igualdade; contudo, tais princípios, reiteradamente, têm sido desrespeitados pelos representantes do poder executivo que atuam perante o sistema prisional.

Não é apenas a sociedade que possui resistência na aplicação dos princípios que regem a execução penal, em especial ao da humanidade e dignidade humana durante a execução penal; os próprios agentes públicos responsáveis pelo sistema prisional, reiteradamente, descumprem os referidos princípios, seja por entender que eles não devam ser respeitados, seja por serem omissos em realizar ações que lhe são impostas em razão de sua função pública.

Não se pode ignorar, contudo, a enorme resistência que há na aplicação e aceitação do aludido princípio, em toda a sua plenitude, de forma que “tão somente será possível a almejada mudança mediante a inserção de novos valores na própria sociedade, fazendo com que esta, mesmo que tardiamente, perceba o quão importante é para todos, sem distinção, a presença deste humanístico fundamento.” (PRADO et al, p. 27.).

Considerando que a área de atuação da execução penal está ligada diretamente à liberdade do homem, o princípio nodal é o da humanidade, que está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade

humana e possui como cerne o tratamento do condenado como pessoa. Tal princípio está expressamente reconhecido em vários dispositivos da Constituição Brasileira, a exemplo do art. 5º, XLIX, o qual preceitua que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Ainda, a Lei de Execução Penal preceitua:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

Todavia, o Estado tem, reiteradamente, descumprindo as determinações legais, gerando, com isso, o fortalecimento da corrupção e das facções criminosas dentro das unidades prisionais, que aproveitam para agir na omissão da prestação dos serviços por aquele ente.

A maior parte das prisões brasileiras vem funcionando com um mínimo de controle por parte do Estado, de forma que as atividades rotineiras, ao final, são organizadas e dirigidas pelos próprios presos. As massas carcerárias, enfim, ficam à disposição das lideranças criminosas, que subvertem a ordem esperada. Existe, hoje, em especial nas prisões brasileiras, diversas sociedades organizadas de criminosos que, de forma persistente e reiterada, fazem da intimidação, da violência e do crime um modo permanente de controle e demonstração de força e poder (TEIXEIRA, 2018).

Os agentes do poder paralelo atuam, geralmente, na ausência e nas brechas do Estado, criando suas próprias regras e condutas. Agem de forma direta, delimitam aos cidadãos, inclusive, o direito de ir e vir, demarcam territórios, disputam pontos de venda de drogas, arregimentam seguidores, delegam funções e hierarquizam as suas organizações, estabelecem códigos

de conduta, erigem tribunais para as suas causas e intercorrências, executam sentenças condenatórias e aliciam autoridades por meio de seu poderio econômico.

Crianças, adolescentes, mulheres e idosos acabam compactuando com os agentes do poder paralelo, que agem ostensiva ou implicitamente no psicológico de cada pessoa, recrutando-as para atuarem diretamente nessa trama da organização ou no silêncio do consentimento devido às ameaças subliminares.

Por outro lado, a administração do sistema prisional não se apercebe que o descumprimento dos princípios basilares da execução penal acabam permitindo a atuação do poder paralelo dentro e fora das unidades prisionais, uma vez que se aproveitam do vácuo deixado pelo poder público na sua atuação, como por exemplo deixam de fornecer às pessoas encarceradas o básico para suas atividades diárias, como kits de higiene pessoal, produtos para limpeza das celas ou medicamentos, permitindo que os familiares dos encarcerados, nos dias de visitas, tragam, para unidade prisional, aqueles itens.

A omissão do Estado acaba permitindo o crescimento e o fortalecimento das organizações criminosas, e, com isso, seus integrantes deixaram de ser apenas homens, passaram a recrutar mulheres para serem membros, inclusive, atribuindo funções para serem realizadas, exclusivamente, por elas.

Pensando em uma forma de proporcionar as mulheres condenadas, que cumprem pena no regime fechado no Presídio Feminino da Comarca de Ariquemes, condições de romper com os vínculos com a criminalidade, surgiu o Projeto “Mãos Abençoadas”, o qual tem por objetivo o empoderamento da mulher condenada, para que esta, ao reconquistar seu direito à liberdade, esteja apta a romper com a criminalidade e as organizações criminais; pois, se não houver o efetivo rompimento, em breve retornará ao cárcere.

Para que seja possível o rompimento efetivo da condenada com a criminalidade, o trabalho exercido dentro do cárcere não pode ter como foco apenas a remição da pena, mas sobretudo, a profissionalização e o empoderamento das presas, e isto, está sendo possível por meio do Projeto “Mãos Abençoadas”.

Não se pensar em proporcionar o empoderamento da pessoa presa, melhorando sua autoestima, permitindo-a vislumbrar outras oportunidades

de vida, é realizar uma execução de pena inócua; o período de cumprimento de pena não poder ser visto como período de sofrimento e vingança contra o agente do crime, mas sim, um tempo de lhe permitir conhecer novas formas de vida.

Isso porque, faz-se necessário pensar que, não obstante a mulher tenha atuado como agente da criminalidade, em outros momentos, até ingressar no mundo da criminalidade, também foi vítima de um círculo de violência doméstica e social.

É certo que o crime cria na vítima, que teve seu bem jurídico tutelado atacado, um sentimento de que seja feita justiça, contudo, muitas vezes, a sociedade deseja que a justiça seja realizada em forma de “vingança”; este sentimento gera resistência ao respeito aos princípios norteadores da execução de pena; todavia, os entes envolvidos na execução penal, precisam romper esse paradigma, passando a desenvolver ações que proporcionem condições de efetiva mudança de paradigmas às condenadas.

2. PAPEL DA MULHER DENTRO DO CRIME ORGANIZADO

A cada dia, a mulher vem se integrando mais à sociedade, ganhando espaço em todas as áreas; de igual modo, tem crescido o envolvimento feminino no cenário da criminalidade.

Não obstante, a evolução legislativa e da instituição de penas alternativas no Brasil, a criminalidade e o encarceramento crescem de forma constante, sendo a mulher, cada dia mais, protagonista de crimes.

Em regra, as mulheres se envolvem com o crime em razão de laços de afetividade com seus companheiros, filhos, irmãos entre outros, para assegurar os meios necessários à sua manutenção e de seus filhos, violência doméstica e, ainda, por serem dependentes químicas.

O crescente envolvimento da mulher no mundo do crime, gerou o aumento da população carcerária feminina, tornando-se necessário a criação de unidades prisionais adequadas para elas.

O ingresso das mulheres, no mundo da criminalidade, despertou interesse nas organizações criminosas em tê-las como colaboradoras. Com a captação, para integrarem as facções, as mulheres passaram a exercer papel essencial no funcionamento do crime organizado, dentro e fora das unidades prisionais.

Em reportagem veiculada na revista Exame, restou bem evidenciada a participação feminina nas organizações criminosas, as quais passaram a utilizá-las em todas as esferas, com maior relevância na comunicação entre os presos encarcerados e os integrantes das facções que estão soltos, além usá-las para levarem objetos proibidos, como drogas e aparelhos celulares, para dentro das prisões.

Em 1993, após a fundação do PCC, feita por detentos do anexo da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, as esposas dos membros ficaram encarregadas de auxiliar como pudessem de fora da prisão.

Uma das principais tarefas era mediar o compartilhamento de informações. São as mulheres que levam e trazem mensagens e dão ordens àqueles que executam os planos. O promotor Lincoln Gakiya, do Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado (GAECO) de Presidente Prudente, interior de São Paulo, explica que a função de “ponte” é uma das mais importantes da facção.

“Os presídios são adaptados para bloquear sinal telefônico, então as visitas íntimas se tornaram a base das informações necessárias para que os membros fora das cadeias executem as ações”, diz Gakiya. De acordo com ele, o trabalho de mensageiro é tão essencial que integrantes de fora de presídios recorrerem a essas mulheres para receber conselhos do que fazer. Gakiya explica que mesmo em momentos de crise penitenciária (como a atual) as mulheres são fundamentais.

“Existe um documento do PCC que se chama ‘salve’, ele sai das grandes prisões por meio das messageiras e deve ser enviado a todos os integrantes da facção. Nele estão as instruções de como executar rebeliões e ataques. São as mulheres que encaminham o ‘salve’”, diz o promotor.

O crescimento e o fortalecimento das organizações criminosas dentro dos presídios é que, reiteradamente, eles ditam regras de como a execução de pena deve ocorrer, fixando procedimentos e, caso as presas não sejam fiéis em obedecer as determinações, sofrem retaliações dentro e fora do sistema prisional.

Tal situação fática é de conhecimento do poder público, contudo, em vez de criarem mecanismos aptos a enfraquecer a atuação das organizações criminosas dentro das unidades prisionais, mantêm-se inertes, acomodam-se até mesmo para praticarem ações primárias de sua competência e, o pior, é que estas ações não são complexas, pois, se o poder executivo apenas se atentasse para o cumprimento do princípio da humanidade já seria possível um arrefecimento da atuação das facções.

3. TRABALHO NA UNIDADE PRISIONAL

A dignidade da pessoa é princípio basilar da Constituição Federal Brasileira, devendo estar presente nas relações entre os indivíduos, sejam elas oriundas de qualquer núcleo da sociedade; devendo pois ser respeitada pelo Estado, permitindo-se, assim, a possibilidade do exercício dos direitos fundamentais, entre eles os direitos à vida, saúde, trabalho e educação. Dentro do sistema prisional, a possibilidade do condenado usufruir efetivamente, desses direitos, contribuirá para eficaz ressocialização do mesmo.

Inúmeros estudos já demonstraram que a possibilidade de trabalho digno, capaz de manter as necessidades da pessoa, permite o empoderamento desta, isso, em razão de permitir ao cidadão tornar-se parte da transformação econômica e social do meio no qual se encontra inserido, e para que o mesmo sinta-se produtivo e valorizado, melhorando, com isso, sua autoestima.

[...] a valorização do trabalho humano não apenas importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como ocorreu no caso do Estado de Bem-Estar Social, mas sim admitir o trabalho e o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. Com isso o capital deixa de ser o centro dos debates econômicos, devendo-se voltar para o aspecto, quem sabe subjetivo, da força produtiva humana.[...] (DA SILVA MARQUES, p. 200).

De igual forma, o trabalho da presidiária proporciona ganhos positivos não só para sua saúde psíquica, mas contribui, sobremaneira, para sua reinserção na sociedade.

A Concepção do trabalho penitenciário surgiu historicamente a evolução experimentada na conceituação da pena privativa de liberdade. Inicialmente o trabalho estava vinculado a ideia de vingança e castigo, características mais gravosas de cumprimento de pena na prisão. Com o passar dos tempos foi se encontrando, no trabalho penitenciário, uma fonte de produção para o Estado, contudo continuou com essas características.

Hoje, porém, estão totalmente superadas as fases em que se utilizava a pena das galés, dos trabalhos forçados, como o shot-drill (transporte de bolas de ferro, pedras e areias), o tread-mill (moinho de roda) etc. Na moderna concepção penitenciária, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora de reinserção social, dando ênfase ao sentido pedagógico do trabalho. Entende-se hoje por trabalho penitenciário a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equitativa e equiparado ao das pessoas livres no concernente à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais (MIRABETE, 2007, p. 89).

Anote-se que o trabalho, na prisão, não deve ter como objetivo principal apenas a remição de pena, esta deve ser tida como um efeito acessório daquele. O trabalho prisional faz-se necessário por razões mais relevantes, por estar relacionado ao próprio efeito pedagógico da pena.

A atividade laborativa no aspecto disciplinar evita os efeitos do ócio e coopera para manutenção da ordem na prisão. Quanto ao aspecto sanitário é importante que a pessoa trabalhe para manter seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo colabora para formação da personalidade do detento; no aspecto econômico, contribuirá para que o presidiário possua algum dinheiro para suprir suas necessidades e de seus familiares; no aspecto da ressocialização, permitirá à pessoa ter conhecimento de uma atividade, a qual irá possibilitar-lhe construir uma vida mais dignidade ao reconquistar a sua liberdade.

A Lei de Execução de Pena, Lei n. 7.210/84, em seu capítulo III, trata exclusivamente do trabalho do preso e, ainda, o artigo 39, inc. V, da referida norma, estabelece como sendo um dos deveres dos presos o trabalho. Trabalhando, o indivíduo conquista, além de seu espaço, o respeito e a estima dos demais membros da sociedade, elevando, inclusive, sua autoestima e satisfação pessoal, visto que, o labor é enobrecedor. Trabalhando o indivíduo se sente honrado e útil.

Nesse toar, a laborterapia é uma arma eficaz na reinserção do preso na sociedade, onde voltará a viver após a extinção da punibilidade.

3.1 CAPACITAÇÃO DAS PRESAS

O objetivo do trabalho na execução da pena é garantir que este proporcione as presas benefícios dentro do cárcere (remição, permitindo a diminuição do tempo de encarceramento), uma profissão no momento em que tiver a sua liberdade, permitindo-lhe sustentar-se por seu próprio trabalho, permanecendo longe das práticas delitivas que a levaram ao encarceramento. Para isto, faz-se necessário a profissionalização da pessoa presa.

As mulheres encarceradas possuem necessidades peculiares específicas, diversa do preso masculino, isso em razão do modo como os vínculos familiares por elas são estabelecidos, e, ainda a forma de seu envolvimento com o crime.

[...]A imagem da mulher foi construída como sujeito fraco em corpo e inteligência, produto de falhas genéticas - postura na qual se baseia a criminologia positivista quando se ocupa da mulher criminoso. Outra característica que lhe atribuíram foi a inclinação ao mal em face da menor resistência à tentação, além do predomínio da carnalidade em detrimento da espiritualidade[...] (ESPINOZA, 2004, p. 55-56).

Não há dúvida de que por muito tempo, a mulher foi vista como “ser inferior, imperfeito”, sendo colocada na condição de submissa ao homem; inclusive esse pensamento ainda se reflete na criminalidade, eis que muitas mulheres entram no mundo do crime em razão da dependência emocional de seus companheiros.

Em regra, quando as mulheres ingressam no sistema prisional elas são incluídas em atividades laborativas, dentro das unidades prisionais, semelhante aos trabalhos destinados ao papel feminino pela sociedade da qual é oriunda, como limpar, lavar e organizar. Esse tipo de trabalho a condenada já realizava antes de se envolver no mundo do crime, portanto, se a atividade laborativa da presa continuar-se limitando àqueles tipos de trabalhos, o período em que ela permanecer encarcerada em nada contribuirá para a alteração de sua trajetória de vida.

Por isso, durante o cumprimento da pena, a capacitação e a valorização laboral desenvolvida pela presa é extremamente necessária, para que haja o empoderamento da mesma, proporcionando a libertação do ciclo de vitimização e criminalidade.

Acima de tudo, a capacitação da prisioneira deve ter como foco principal a profissionalização, permitindo que, ao ser colocada em liberdade, possa obter renda proveniente da nova atividade laborativa apreendida; inclusive que esta, num primeiro momento, possa ser viabilizada sem a intervenção de um empregador direto; pois, como é cediço, a sociedade ainda possui muitos preconceitos em empregar pessoas oriundas do sistema prisional.

[...] a não contratação das mulheres que trabalham nas diversas empresas na prisão em sua passagem para a liberdade. Esse fato pode demonstrar a não superação do preconceito para com a população prisional e confirmar que as empresas que incursionam na contratação de mão-de-obra reclusa seriam motivadas tão-somente pelas exonerações impositivas e outras vantagens fiscais que incrementam seus lucros. Se a empresa que conhece trabalhadora presa não a contrata quando está em liberdade, podemos inferir que o preconceito é maior entre os empregadores que interiorizam o senso comum para julgá-la. [...] (ESPINOZA, 2004, p. 142).

O Estado é o responsável por proporcionar, dentro das unidades prisionais, a capacitação profissional e as atividades laborativas às pessoas presas, todavia, mais uma vez é omissa no seu mister institucional. Os diretores das unidades prisionais se limitam a separar as presas para as atividades laborativas de limpeza da unidade, e, em algumas unidades prisionais autorizam, os familiares levarem matéria prima para que produzam artesanato para fins de remição.

Ocorre que muitas presas antes de entrarem no sistema prisional não sabiam fazer artesanato, outras, que embora saibam a arte do crochê não possuem visitas, sendo assim, acabam por não ter acesso ao material necessário para desenvolver uma atividade laborativa, permanecendo ociosa.

Frise-se, a autorização para que familiares levem as unidades prisionais materiais para desenvolver atividade laborativa, apenas serve para reforçar a desigualdade dentro das prisões; pois, as presas que não possuem visitas, o que é comum entre as presidiárias, uma vez que, na maioria são abandonadas por seus companheiros e familiares, acabam sem terem condições de desenvolver qualquer tipo de atividade laborativa.

Ainda, as Secretarias Estaduais de Justiça firmam convênios com órgãos públicos e até mesmo com empresas privadas para empregar presos, inclusive, muitas empresas privadas possuem interesse em empregar presidiários, isso em razão dos incentivos fiscais, o que torna sua atividade mais lucrativa.

Contudo, embora muitos empregadores estejam muito satisfeitos com o serviço desenvolvido pelos presos em suas empresas; no momento em que aqueles mesmos presos ganham a sua liberdade, e, prosseguem o cumprimento de sua pena fora das unidades prisionais ou até mesmo tem declarada extinta a punibilidade, não são contratados pelas empresas nas quais laboraram durante o período de encarceramento.

Conforme registrado alhures, essa conduta, demonstra que, na maioria, os empregadores permitem em seus quadros de funcionários as pessoas encarceradas apenas com o objetivo de obter os incentivos fiscais, eis que contribuem para o aumento do lucro de sua empresa; todavia, não estão dispostos em ter em seu quadro de funcionários pessoas egressas, ou seja, o interesse é apenas capitalista, poucos pensam em, efetivamente, contribuir para a reintegração das pessoas condenadas na sociedade; logo mais uma vez o condenado fica excluído da sociedade produtiva.

Durante as inspeções prisionais mensais realizadas na Unidade Feminina de Ariquemes/RO, onde permanecem encarceradas as presas condenadas das comarcas de Ariquemes e Buritis, a situação fática mencionada começou a ser observada, diante das reiteradas reclamações das detentas de que ficavam muito tempo ociosas, pois poucas delas tinham “oportunidade” de exercer atividades laborativas, até porque na unidade haviam poucas vagas para exercício até de atividade laborativa de limpeza.

Diante desse quadro fático, verificando a necessidade de haver um critério objetivo para que todas as presas condenadas tivessem a oportunidade de capacitação profissional e pudessem exercer atividade dentro da unidade prisional, independentemente, de possuírem visitas ou não, surgiu o projeto “Mãos Abençoadas”.

O Projeto “Mãos Abençoadas” visa capacitar as presas a produzirem peças de crochê como tapetes, toalhas, roupas, entre outras. No início do projeto, a capacitação foi realizada por uma agente prisional, que é artesã, a qual se dispôs, em seus horários de folga, a ensinar às presidiárias. A matéria prima, os instrumentos para produção e o mobiliário para a oficina foram adquiridos com verbas oriundas das penas pecuniárias.

Posteriormente, foi contratada, com verbas oriundas das penas pecuniárias, uma instrutora do SENAI para ministrar um curso para as presas que integravam o projeto. Após a conclusão do curso, foram selecionadas duas presas que se destacaram, para passarem ser monitoras do grupo, ensinando às que ingressavam no projeto. As monitoras foram inseridas no convênio do FUPEN/SEJUS, recebendo mensalmente por suas atividades.

Com o crescimento da produção, associado à qualidade dos produtos, começaram a surgir as oportunidades para que as presas expusessem seus produtos na Exposição Agropecuária de Ariquemes e nas demais festas realizadas na cidade.

Ainda, com a boa aceitação dos produtos pela comunidade local, estes passaram a ser expostos, uma vez por semana, em frente a unidade prisional e, atualmente, ali há uma lojinha para comercialização diária dos produtos confeccionados no projeto; inclusive a atual vendedora da lojinha é uma presa que progrediu para o regime semiaberto domiciliar.

Por duas vezes foi destinada verba oriunda das penas pecuniárias, primeiro para dar início ao projeto, após, para incrementar a produção.

Atualmente, o projeto se auto sustenta e, ainda, todas as presas recebem pelo fruto de seu trabalho, proporcionalmente aos seus valores, assim, a presa que produz mais receberá maior quantia.

Os valores angariados com a venda da produção é partilhado na proporção descrita no quadro a seguir:

TABELA 1 - ARTESANATO E COSTURA

Descrição dos Gastos	% Repasse	Destinação Recursos
Custo da Produção	50%	Aquisição de materiais e insumos para confecção dos produtos; gastos com transporte para levar os produtos e alimentação para as presas durante realização de exposição dos produtos nas feiras; e manutenção da máquina de cartão crédito/débito.
Reeducanda	20%	Repasse à reeducanda, proporcionalmente dividido, de acordo com a produção.
Unidade Prisional	15%	Realização de manutenção e melhorias necessárias na Unidade Prisional
Conselho da Comunidade	15%	Custos administrativos do conselho e investimento nas atividades de ressocialização

Fonte: O autor (2019)

Por meio do projeto, as reeducandas adquirem, ainda, noções de economia e empreendedorismo, pois são ministradas regras básicas de custo de produção, para que possam entender que o valor pelo qual o produto é comercializado não equivale ao lucro líquido.

Atualmente as presas, independente de possuírem visitas de seus familiares, produzem e comercializam sua produção; tornando assim o “Projeto Mãos Abençoadas” autossustentável.

A execução do Projeto “Mãos Abençoadas” dentro do presídio feminino trouxe as detentas um novo horizonte de vida, permitindo a possibilidade de terem chance de vislumbrarem um futuro produtivo.

4. EFETIVIDADE DO PROGRAMA

O poder paralelo das organizações criminosas tem várias formas e características de atuação. Articulam-se em grupo de convívio, na maioria das vezes recrutando adolescentes, mulheres, idosos e crianças, iludindo-os com expectativas de lucros e libertação de sua pobreza social. Toda organização criminosa como tal tem liderança, que dita as regras, controla, comanda e tem autoridade sobre os demais membros. Suas regras são impostas e devem ser rigorosamente respeitadas.

Na realidade, a organização criminosa se aproveita das carências e expectativas sociais para conseguir adeptos, e muitos de seus membros, com o objetivo de fugir da pobreza e obter ascensão, partem para atividade criminosa, que os envolvem.

Conforme sobredito, o Estado tem o dever de prover o bem e a paz social, por meio de seus agentes, permitindo que os cidadãos tenham a sua dignidade básica resguardada, independentemente do local onde eles estejam, ou seja, livres ou encarcerados.

As organizações criminosas possuem um discurso de respeito e proteção às pessoas presas, fornecendo-lhes inclusive auxílio material quando não possuem visitas ou seus familiares não têm condição de, semanalmente, levar o “jumbo” (denominação que as presas dão as mercadorias que lhe serão entregues na unidade prisional), bem como, oferecem proteção aos familiares das presas que estão fora das unidades. Contudo, isso tem um preço. Em troca, elas devem assumir problemas que ocorrerem dentro das celas e envolvam algum integrante da organização, em especial, quando o envolvido possua uma posição de liderança na facção.

Com a capacitação das condenadas através do Projeto “Mãos Abençoadas”, visualizaram que era possível libertarem-se da opressão das organizações criminosas, pois o que estas ofereciam poderiam conquistar sozinhas, não sendo preciso se submeter às condições e opressão impostas a elas pela organização.

Isso ocorreu em razão do projeto proporcionar às presas a resiliência de sua condição de condenada, restabelecendo a possibilidade de reconstruir a própria autoestima.

Realizadas entrevistas com vinte e cinco presas da Unidade Feminina da Comarca de Ariquemes, questionando-as a respeito do projeto, oportuno fazer a citação de uma pergunta em especial e a resposta dada. Ao ser elaborada a pergunta: O que o Projeto “Mãos Abençoadas” significou em sua vida? Obteve-se, na maioria, respostas de cunho positivo, o que transcrevo a seguir:

“É muito importante, pois nunca tinha tido na vida essa oportunidade única. Pois com esse projeto eu aprendi que podemos viver uma vida saudável, sem ter que perder a liberdade. Trabalhar, honestamente e fazer planos para uma nova vida lá fora e ser renovada.”(sic)

“Um trabalho importante, pois, assim, como eu aprendi, também ensinei, tudo que aprendi. É um incentivo de trabalho, pois é maravilhoso trabalhar e no final do mês, fazer a minha compra, com o meu próprio trabalho digno, pois minha vida mudou.”(sic)

“Um sonho realizado, pois esse projeto, me incentivou a trabalhar com dignidade e saber conseguirmos viver, sem ter que praticar um crime. E sem contar que, além de carregarmos esse aprendizado por resto da vida, podemos ganhar a nossa renda.”(sic)

“Foi muito bom fazer parte deste Projeto mudou muito meu lado financeiro e psicológico. Sou grata por ter tido apoio de todas as pessoas que fazem parte do Projeto Mãos Abençoada. Sou uma pessoa mudada e feliz.”(sic)

“Para minha Pessoa foi, e está sendo muito bom porque é atividades que ocupam nossas mentes estávamos cada vez mais nos capacitando e lá fora já temos um meio de vida para sobreviver, só agradeço a Deus e a vocês pela oportunidade.”(sic)

A partir do momento em que a presa percebe que não precisa mais submeter às condições impostas pela organização criminosa, eis que, o que esta lhe proporciona poderá ser obtido por ela, através de seu próprio esforço; inicia-se a ruptura sistêmica com o mundo do crime.

O desejo de se libertar da imposição opressora das facções, arde dentro da pessoa presa, na verdade, muito antes dela ser condenada por meio de uma sentença penal. O que acontece na realidade vida das mulheres presidiárias, é que elas ingressam na criminalidade, por não ter tido a oportunidade de ter acesso ao empoderamento pessoal no meio social onde vivia e transitava.

A mulher não escolhe, racionalmente, ingressar no crime, mas é levada a isso, pois a sociedade, na qual está incorporada, a separa e a exclui, ao tomarem conhecimento de seus relacionamentos amorosos com homens envolvidos na criminalidade.

Por tudo isso, tem-se no empoderamento da presidiária o mecanismo para possibilitar o seu acesso à sociedade com outros valores.

5. REFLEXO DA IMPLANTAÇÃO DO PROJETO NA EXECUÇÃO DA PENA

É certo que não há um meio totalmente eficaz para se extirpar os tentáculos das organizações criminosas de dentro das unidades prisionais, ou até mesmo impedir a sua ação opressiva contra as presas que deixam o sistema prisional após preencher os requisitos objetivos e subjetivos para receber os benefícios da progressão e do livramento condicional. Todavia, é possível enfraquecer o seu agir, desenvolvendo projetos com o objetivo de empoderamento das presas por meio de capacitação e profissionalização.

O sistema profissional não pode continuar a ser visto como um local onde a condenada será castigada com a perda de sua liberdade, ao contrário, se os operadores do sistema prisional têm como meta fazer surtir o efeito pedagógico da pena, devem começar fornecendo a elas os direitos sociais, dos foram privadas no decorrer da sua vida; o que se tem visto hoje, de fato, é que o sistema prisional não pode continuar a ser o ambiente hostil, que comumente, se divulga.

Há que se desenvolver políticas de integração social nos estabelecimentos prisionais, por meio da promoção do acesso à saúde, à educação e ao trabalho, em cumprimento ao que dispõe a Lei de Execuções Penais, como dever social e condição de dignidade humana (TEIXEIRA, 2018).

A implantação do Projeto “Mãos Abençoadas” dentro da unidade feminina de Ariquemes, proporcionando para as presas o empoderamento através da capacitação e profissionalização, produziu reflexos positivos na execução de pena.

Inicialmente, o impacto da implantação do projeto repercutiu diretamente dentro da unidade prisional, com melhora da saúde mental e emocional das presas, com a redução de solicitação de pedido de atendimento médico em decorrência de queixas por sintomas físicos de enfermidades. Passaram ter uma convivência mais harmoniosa entre elas, desenvolveram espírito de coleguismo e ajuda recíproca; houve redução de registros de incidentes dentro da unidade, reduzindo o número de PAD's instaurados, facilitando o trabalho diário dos agentes penitenciários.

Registre-se que das 25 presas que, atualmente, estão inseridas no projeto, e que cumprem pena no regime fechado, ao responderem à pesquisa, apenas uma respondeu que se envolveu na prática de falta grave após estar frequentando as atividades do programa; resultado muito satisfatório.

A frequência nas oficinas do projeto e a confecção dos produtos aumentaram a quantidade de dias remidos mensalmente, reduzindo, assim, o período para atingiro requisito para o benefício da progressão de regime, por consequência, o tempo de encarceramento diminui, reduzindo a população carcerária e os gastos do Estado com a manutenção da presa dentro da unidade prisional.

Outro ponto a ser registrado é que, em decorrência da redução no número de incidentes envolvendo presas dentro da unidade prisional, foi impactado diretamente a movimentação dos processos em cartório, por não necessário o juiz fazer análise de relatório conclusivo de PAD's e realizar audiências de justificação, ou seja, em regra, os processos do regime fechado passaram a ser movimentados, apenas, a fim de homologar as remições, atualizar cálculo e proceder análise do direito de progressão.

Os reflexos positivos do projeto não são verificados apenas entre as presidiárias que estão encarceradas no regime fechado; mas também no regime semiaberto. Na comarca de Ariquemes, as presas cumprem pena em regime semiaberto domiciliar, mediante monitoramento eletrônico. Sobre as que passaram pelo projeto durante o período em que estavam cumprindo pena no regime fechado, o registro de descumprimento das condições fixadas para aquele regime é praticamente zero, e de igual forma o envolvimento em novas práticas delitivas.

A propósito, durante as entrevistas com as presas do regime fechado, ao responderam a pergunta se tinham notícias a respeito das companheiras do projeto que já haviam progredido de regime, obteve-se respostas positivas. Trago à colação algumas:

“Sim, pois existem algumas delas que já estão lá fora, e que sabem utilizar

tudo o que aprendeu aqui na unidade prisional. E estão se desenvolvendo esse dedicando, e assim tendo bons resultados.”
(sic)

“As pessoa que saiu do regime conheço quatro pessoa que vive lá fora, como os artesanato que aprendeu aqui no presídio; eu praticamente esteo satisfeita no projeto agradeço todos os dias.”(sic)

“Varias colega minha que já saiu daqui esta trabalhando com dignidade e encinando outras pessoas enteressada a ter um

serviço digno e muito bonito o projeto trouxe benefício para toda a carceragem femininae estamos muito felizes.” (sic)

“Temos varias colegas que fieram o cuso e saíram profissionalizadas e trabalhando dignamente com os trabalhos, e artesanatos que aprenderam no projeto mãos abençoadas, são artesã profissional. estou muito feliz com as meninas são vencedoras!”(sic)

Portanto, o projeto auxilia na disciplina da carceragem, reduz o tempo da pena, por consequência, produz economia para o Estado com a manutenção da presa, empodera essas mulheres através da capacitação e profissionalização, permitindo a sua reintegração em um mundo diferente do qual ela estava, quando se envolveu com a criminalidade; o projeto é autossustentável e, para sua implantação dentro da unidade prisional, não gera despesas para o Estado.

6. CONCLUSÃO

A execução penal, conforme proposta em nosso ordenamento jurídico, deveria respeitar os princípios básicos de direito, em especial o da humanidade, pois sua área de atuação está ligada diretamente à liberdade da pessoa. O princípio mencionado está expressamente reconhecido em vários dispositivos da Constituição Federal Brasileira, a exemplo do art. 5º, XLIX, que dispõe ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, a assistência material, à saúde, educacional, social, entre outras.

Contudo, os órgãos da administração do sistema prisional não se apercebem que o descumprimento dos princípios basilares da execução penal, facilita a atuação do poder paralelo dentro e fora das unidades prisionais; pois se aproveitam do vácuo deixado pelo poder público na sua atuação.

Todavia, mesmo ciente, o Estado, reiteradamente, descumpre as determinações legais, falhando na administração das unidades prisionais, deixando vácuos que refletem negativamente dentro das penitenciárias, repercutindo, diretamente, na tramitação dos processos judiciais que envolvem a execução de pena.

Objetivando minimizar os reflexos negativos ocasionados na execução de pena em decorrência da omissão estatal; começou a se buscar

mecanismos, objetivando proporcionar as presas seus direitos básicos; pois, a possibilidade da condenada usufruir efetivamente, desses direitos, contribuir para a eficaz ressocialização.

Como inúmeros estudos já demonstraram que a possibilidade de trabalho digno, capaz de manter as necessidades da pessoa, permite o empoderamento desta, isso, em razão de permitir ao cidadão tornar-se parte da transformação econômica e social do meio no qual se encontra inserido.

É certo que trabalho prisional faz-se necessário por razões relevantes, por estar relacionado ao próprio efeito pedagógico da pena; tendo em vista que a atividade laborativa no aspecto disciplinar evita os efeitos do ócio e coopera para manutenção da ordem na prisão, quanto ao aspecto sanitário é importante que a pessoa trabalhe para manter seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo colabora para formação da personalidade do detento; no aspecto econômico, contribuirá para que o presidiário possua algum dinheiro para suprir suas necessidades e de seus familiares; no aspecto da ressocialização, permitirá à pessoa ter conhecimento de uma atividade, a qual irá possibilitar-lhe construir uma vida mais dignidade ao reconquistar a sua liberdade.

Pensando nestes aspectos a respeito da finalidade do trabalho proporcionado a presa, surgiu o Projeto “Mãos Abençoadas”; permitindo a capacitação da prisioneira, tendo como foco principal a profissionalização e a possibilidade de libertação econômica, para que ao ser colocada em liberdade, possa obter renda proveniente da atividade laborativa apreendida na prisão.

Com a implantação do projeto houve humanização na relação entre as presas e as agentes penitenciárias. Por outro aspecto, os impactos da multiplicação de saberes no espaço prisional, cuja sustentabilidade econômica e o conhecimento dentro da prisão, foi um condutor para a liberdade e a profissionalização da mulher presa. Ainda, as experiências testemunhadas pelas colegas que deixaram a unidade prisional renovam os ânimos e a esperança das mulheres que ainda permanecem encarceradas.

A venda dos produtos nas exposições e na loja da unidade, permitiu que a sociedade local fosse impactada, passando a ter um olhar diferenciado para as presas.

Vale registrar, que a implantação do projeto foi custeado, exclusivamente, por verbas oriundas das penas pecuniárias e, atualmente, ele é autossustentável.

O conhecimento é elemento transformador das pessoas, independentemente do local onde ela esteja, basta ela entender que possui condições de produzir transformações em sua vida por meio do conhecimento adquirido, e isso está sendo possível através do Projeto “Mãos Abençoadas”.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Silvia.. **Facções chegam a presídios femininos e viram novo desafio**.Disponível em: . Acesso em: 9 Dez. 2019.

CERIONI, Clara. **De messageiras a tesoureiras, o que fazem as mulheres do PCC**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/de-messageiras-e-tesoureiras-o-que-fazem-as-mulheres-do-pcc>. Acesso em: 19 Out. 2019.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo:IBCCrim, 2004.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, naConstituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210. de 11-7-1984.11. ed. – Revista e atualizada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária**. SãoPaulo: ed. RT, 2001.

TEIXEIRA, Sérgio Willian Domingues. **Muros Altos e Rios de Sangue - : O Sistema Penitenciário Federal e a Expansão das Facções Criminosas**. Porto Alegre, 2018. Tese (Doutorado) - Ufrgs.

VARGAS, Diogo. **Mulheres de líderes de facção eram messageiras do crime organizado**: Disponível em:< <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2016/06/mulheresde-lideres-de-facao-eram-messageiras-do-crime-organizado-5888669.htm>. Disponível em: . Acesso em:9 Dez. 2019.

INFILTRAÇÃO DE AGENTES NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

LIMITES DE ATUAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL

FABIANO PEGORARO FRANCO⁰¹

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo lançar um olhar a respeito da infiltração de agentes, sendo ela uma das modalidades de obtenção de provas prevista na legislação vigente, porém ainda utilizada de maneira bastante tímida pelas autoridades brasileiras no combate ao crime organizado. A incerteza quanto aos limites de atuação e a responsabilização penal do agente infiltrado foram fatores preponderantes na utilização comedida de tal mecanismo, decorrentes das lacunas legislativas que até então existiam. Com a publicação da Lei 12.850/13, uma nova perspectiva surge quanto à efetivação de tais medidas no combate eficaz às organizações criminosas.

PALAVRAS CHAVE: Infiltração de Agentes; Organização Criminosa; Limites de Atuação; Responsabilidade Penal.

ABSTRACT:

This article aims to take a look at the infiltration of agents, which is one of the modalities of obtaining evidence provided for in current legislation, but still very shyly used by the Brazilian authorities in the fight against organized crime. Uncertainty about the limits of action and criminal liability of the infiltrated agent were major factors in the careful use of such mechanism, resulting from the legislative gaps that hitherto existed. With the publication of Law 12.850 / 13, a new perspective emerges regarding the effectiveness of such measures in the effective fight against criminal organizations.

01 Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira convive atualmente com o aumento exorbitante da criminalidade, o qual assola o país de norte a sul, de leste a oeste. Os índices são crescentes e diversos fatores podem ser pontuados como molas propulsoras de tal fenômeno social. Trata-se de uma verdadeira epidemia.

Muito se fala na desigualdade social, a falta de oportunidade, o desemprego, a falta de educação, a pobreza, o capitalismo e até mesmo a própria sociedade. Porém não se pode perder de vista o sentimento de impunidade, decorrente das interpretações flexíveis na aplicação das leis penais, contagiadas por princípios ideológicos de descriminalização e políticas de desencarceramento.

Diante de tal cenário, com terreno fértil e ausência do Estado, os grupos delinquentes passaram a se organizar, formando-se, assim, as denominadas organizações criminosas (OrCrim's).

Neste contexto, imprescindível que sejam adotadas, ainda que tardiamente, algumas providências para o combate a tais organizações.

Na atual conjuntura brasileira, mormente na expansão sistêmica dos conhecidos crimes de “colarinho branco”⁰², que via de regra são praticados por organizações que possuem características próprias, arraigadas no núcleo do poder político, administrativo e econômico do país, necessário que a legislação pátria viesse conceituar as OrCrim's e prever os mecanismos de combate, respeitando os ditames constitucionais.

Assim, a Lei 12.850/13, ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe no art. 2º sobre o conceito de organização criminosa, tipificando a conduta. No seu art. 3º especifica, sem prejuízo aos outros já previstos em lei, os meios de obtenção de provas referentes às infrações

⁰² Trata-se de uma tradução literal do inglês *white-collar crime*, expressão cunhada em 1949 pelo criminologista Edwin Shuterland para designar fraudes e outras tramoias de funcionários graduados – especialmente em instituições financeiras – que se aproveitam de sua posição para desviar dinheiro.

No entanto, nem só de crime vive o colarinho branco. Antes dessa associação, a palavra composta *colarinho-branco*, também traduzida do inglês *white collar*, já era usada para nomear “trabalhadores assalariados ou autônomos (profissionais liberais, executivos, funcionários públicos, empregados de escritório etc.) que, dado o caráter de suas funções, se vestem geralmente com certo grau de formalidade” (Houaiss).

No inglês, a expressão *white-collar workers* – registrada pela primeira vez em 1919, num livro do romancista Upton Sinclair – se opõe a *blue-collar workers*, designação do pessoal de uniforme, mais mal remunerado, encarregado de trabalhos braçais. Esse código de cores é bem americano: em muitas empresas dos EUA, ao longo do século passado, era comum que o nível hierárquico dos funcionários fosse indicado por jalecos brancos e azuis. O colarinho azul, contudo, não migrou para o vocabulário do português.

praticadas por tais grupos, estabelecendo: i) a 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.

É inquestionável a relevância de tais mecanismos para o desmantelamento do crime organizado, uma vez que os delitos são praticados de forma complexa e de difícil elucidação, quer seja pela quantidade de agentes que a compõe ou pelo *modus operandi* empregado pela organização.

O presente artigo tem por objetivo apresentar a relevância de um destes mecanismos, ou forma de obtenção de provas, denominado pela norma como Infiltração de Agentes, assim como analisar seus limites de atuação e o consequente reflexo na seara penal.

Segundo o Professor Luiz Flávio Gomes (GOMES e SILVA, 2015), a infiltração de agentes pode ser assim conceituada:

Técnica especial de investigação excepcionalíssima e sigilosa em que, após prévia autorização judicial (guardada a devida proporcionalidade com a medida), um ou mais policiais, que sem revelar suas respectivas identidades ou condição de policiais, são inseridos de maneira dissimulada no bojo da engrenagem delitiva da Organização Criminosa, com vistas a escancará-la e colher provas ou fontes de provas suficientes a permitir adesarticulação da referida Organização (...) (GOMES e SILVA, 2015).

Ainda que expressamente prevista, sendo de elevada relevância probatória, a infiltração de agentes é timidamente utilizada, e quer parecer ser por razões da própria segurança do servidor público (policial) e das repercussões penais de sua conduta, razão pela qual a importância do estudo a respeito dos limites de atuação e seus reflexos penais.

1 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Os primórdios da infiltração policial remonta à época do absolutismo monárquico, no século XVIII, principalmente no reinado de Luís XIV da França. Neste período foram contratados os primeiros inspetores de polícia de Paris, com o objetivo de reduzir a criminalidade que assolava a população e manter o controle, ainda que de forma superficial, por parte do Estado, de todas as atividades desenvolvidas pelos principais grupos delinquentes da época. Não se distinguem as figuras do agente infiltrado e do agente provocador (CLEMENTINO, 2018)

No Brasil, a primeira legislação a regulamentar os meios de provas de combate às organizações criminosas foi a Lei nº 9.034/95, já com alterações trazidas pela Lei 10.217/01, que previa no seu art. 1º, o seguinte:

Art. 1º – Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Desta forma, é evidente que o objetivo da lei era regulamentar os meios de prova e quais os procedimentos poderiam ser utilizados para alcançá-las, diante dos ilícitos praticados por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas.

Muito embora a referida lei trouxesse inovações no ordenamento jurídico, trouxe também algumas falhas que dificultaram sua aplicabilidade. Uma delas é a ausência de conceituar o que é uma organização criminosa, ocasionando dúvidas quando se estava diante ou não de uma dessas organizações.

Outra novidade, também acrescida pela Lei 10.217/01, a qual incluiu o inciso V no art. 2º da Lei 9.034/95, foi a infiltração de agentes policiais ou de inteligência nas organizações criminosas, objetivando a investigação e produção de provas. Rezava o texto legal:

Art. 2º – Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

(...)

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

Contudo, tal novidade traz consigo outra falha legislativa. Ainda que houvesse a previsão expressa da infiltração de agentes, não havia uma definição de como ocorreria e em que consistiria tal infiltração.

A Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) também fez a previsão, em seu art. 53, inciso I, a possibilidade de infiltração por agentes de polícia, afastando aqui a possibilidade de serem usados os agentes de inteligência, mas novamente não detalhou como seria realizada a infiltração. Assim dispõe o texto legal:

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

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

(...)

Já em 2012 foi promulgada a Lei 12.694, sucedendo a Lei 9.034/95, corrigindo uma das falhas ao definir o que é organização criminosa, conforme segue:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Outra inovação legislativa na Lei 12.694/12 foi a formação de colegiado em primeiro grau de jurisdição, quando o juiz sentir necessário, para julgamento de crimes praticados por organizações criminosas. Por outro lado, não estabeleceu os meios extraordinários de investigação, os quais permaneceram regulados, ainda que indefinidos, pela Lei 9.034/95. Tendo em vista que esta não foi revogada pela Lei 12.694/12, ambos textos legais conviveram por um período.

Em 2013 o legislador editou a Lei 12.850, visando sanar as falhas anteriores, a qual trouxe em seu bojo uma alteração para o conceito de organização criminosa, revogando, assim, o art. 2º da Lei 12.694/12 e também estabeleceu sobre a investigação criminal, as infrações penais correlatas, o procedimento criminal a ser aplicado, os meios de obtenção de prova e, o

mais importante, contemplou como deve ser feita a infiltração de agentes. Assim dispôs o legislador quanto ao conceito de organização criminosa:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

(...)

Considerando que a Lei 12.850/13 anuncia e também explica os meios extraordinários de obtenção de prova, ficou revogada expressamente a Lei 9.034/95. Contudo, por mais que a nova legislação revogasse a definição de organização criminosa prevista no art. 2º da Lei 12.694/12, esta lei não foi totalmente revogada, sendo apenas parcialmente, uma vez que esta traz ainda em seu teor a previsão e regulamentação do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição para os crimes praticados por organizações criminosas, atendidos os requisitos legais, além de outros aspectos não abrangidos pela nova legislação.

2 - A INFILTRAÇÃO DE AGENTES NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E SEUS ASPECTOS PRÁTICOS.

Inicialmente é necessário distinguir entre a figura do agente infiltrado com a de outros personagens semelhantes.

Para tanto, volta-se ao conceito de infiltração de agentes, que segundo Francisco Sannini Neto assim resume:

Técnica especial, excepcional e subsidiária de investigação criminal, dependente de prévia autorização judicial, sendo marcada pela dissimulação e sigiliosidade, onde o agente de polícia judiciária é inserido no bojo de uma organização criminosa com objetivo de desarticular sua estrutura, prevenindo a prática de novas infrações penais e viabilizando a identificação de fontes de provas suficientes para justificar o início do processo penal.

Ao analisar o art. 10 da Lei 12.850/13 vê-se que apenas o agente policial pode atuar como agente infiltrado.

Desta forma, cumpre diferenciar o agente policial, agente competente da infiltração, com o informante. O informante apenas fornece informações privilegiadas, que podem ajudar em investigações, sem estar focado em desbaratar uma determinada organização criminosa. Possui caráter meramente informal e não tem necessidade de autorização judicial ou acompanhamento do Ministério Público.

Por outro lado, o policial infiltrado ingressa em uma organização criminosa na missão específica de coletar informações e provas, que não podem ser produzidas por outro meio e que possam ser utilizadas pela polícia e pelo Poder Judiciário com o propósito de dismantelar uma determinada organização criminosa.

Cumpra também distinguir o agente infiltrado com denominado espião ou agente secreto. Estes costumam agir única e exclusivamente em tarefas de inteligência voltadas para a defesa do Estado Democrático de Direito e da sociedade. Tal função é exercida pelos agentes da ABIN (Agência Nacional de Inteligência).

Porém, a principal distinção a ser feita é entre o agente infiltrado com o agente provocador. Trata-se de uma diferenciação muito importante, pois é possível imaginar casos em que a separação destas figuras se mostre numa linha muito tênue.

O agente provocador é aquele que incita o investigado na prática delituosa. Embora haja o elemento subjetivo do crime, em toda sua plenitude, no aspecto objetivo não há violação da norma penal, pois se trata de um crime impossível.

O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento na Súmula 145, que dispõe: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Por outro lado, o agente infiltrado apenas acompanha, coleta provas e informações dos membros da organização criminosa, não fazendo parte da sua atuação a instigação, induzimento ou provocação dos membros para a prática de determinado crime, muito embora, por vezes, possa se ver obrigado a praticar uma conduta delituosa no exercício de sua função.

Entretanto, se o policial exceder os limites de sua atuação, provocando ou instigando os integrantes a praticarem outros delitos diversos daqueles que estava incumbido de investigar, propondo, idealizando novas atividades criminosas, estará agindo como agente provocador, e eventual flagrante estará eivado de nulidade.

Diferente se os investigados solicitarem do agente uma opinião sobre a prática ou a dinâmica de um determinado ilícito. Neste caso estará agindo de acordo com o seu personagem, mantendo um padrão mínimo de comportamento para não gerar suspeições sobre sua real identidade.

Destarte, o que importa para legitimar sua atuação e determinar a validação das provas obtidas é que o agente infiltrado não induza ou instigue os investigados a praticarem crimes que de outro modo não praticariam.

Feitas estas distinções, importante a análise de como ocorre a infiltração do agente policial na organização criminosa. A regulação da matéria está disposta no art. 10 da Lei 12.850/13:

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

Conforme frisado anteriormente, a infiltração somente poderá ser realizada por “agentes de polícia” em tarefas de investigação. Na leitura do art. 144, § 1º, I e § 4º, IV, da Constituição Federal, compete à polícia federal e à polícia civil a investigação de infrações penais, com exceção dos crimes militares, razão pela qual somente agentes da polícia federal e da polícia civil poderão atuar como infiltrados. Evidente que se tratando de crime militar caberá à polícia militar efetuar a infiltração de agentes, eis que nestes casos estar-se-ia exercendo papel de polícia judiciária.

Nesta análise, diferentemente do que previa a legislação anterior, agentes de inteligência (ABIN) não poderão atuar como agentes infiltrados por não pertencerem aos quadros da polícia judiciária. Por outro lado, nada obsta que a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) preste apoio operacional às polícias judiciárias, pois no art. 3º da Lei 12.850/13 prevê “a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”.

Outro ponto relevante quanto à infiltração de agentes é identificar que se trata de providência a ser adotada sob a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, ou seja, não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Essa é a interpretação mais acertada do *caput* do art. 10 da Lei 12.850/13, em combinação com seu § 1º, o qual dispõe que em caso de representação da autoridade policial, o juiz ouvirá o Ministério Público.

O § 2º do artigo em análise estabelece os requisitos legais para o deferimento da medida, que determina a existência de indícios da infração penal (organização criminosa), prevista no art. 1º da Lei, e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

Diferentemente do que é exigido para a decretação da prisão preventiva, a qual somente pode ser decretada se houver a prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, no caso da infiltração de agentes, acertadamente, a legislação contenta-se apenas com a existência de indícios da infração penal. E tal requisito não poderia ser diferente, eis que diante da complexidade dos delitos praticados pela organização criminosa, exigir prova da materialidade ou mesmo indícios da autoria, seria inviabilizar a infiltração.

Importante ressaltar que a medida somente poderá ser concedida se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. Trata-se da *ultimaratio*, exatamente em virtude do alto risco intrínseco da operação, uma vez que o agente infiltrado pode ser desmascarado e pagar com a própria vida. Talvez por tal exigência e grau de risco, ainda vem sendo utilizada de forma bastante restrita.

Aqui, quando trata da impossibilidade de obtenção das provas por outros meios disponíveis, pode haver algum questionamento quanto à mitigação de direitos fundamentais do indivíduo, considerando o grau de invasividade na vida privada do investigado, o que avança na seara da constitucionalidade da medida.

Todavia, por outro lado, a incolumidade pública também é um direito fundamental garantido na Constituição Federal, conforme estabelecido nos arts. 6º e 144 da Carta Magna, e que deve ser acautelada. Neste compasso, havendo um possível conflito de direitos fundamentais, é necessária a equalização pelo aplicador da norma.

A respeito do tema o Ministro Alexandre de Moraes (MORAES, 2015) ensina:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da forma e da harmonia do texto constitucional em sua finalidade (MORAES, 2015).

Portanto, não há direito individual que seja absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que a infiltração de agentes no âmbito das organizações criminosas não fere a Constituição Federal.

Ainda, nos termos da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 5.015/04), no art. 20, item 1: se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir: (i) as operações de infiltração, por parte de autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

No que tange ao prazo, previsto no art. 10, § 3º, da Lei de Organizações Criminosas, é outra inovação trazida pela legislação atual, visto que a anterior não dispunha expressamente o período de duração da infiltração de agentes. O prazo indicado é, inicialmente, de seis meses, podendo haver prorrogação de acordo com a necessidade das investigações. Por outro lado, a lei não prevê quantas vezes poderá ser renovada a infiltração, claro que sob a análise do juiz para decidir a partir da complexidade do caso, avaliando o risco para o agente.

Com base neste prazo os Professores Cleber Masson e Vinícius Marçal (MASSON & MARÇAL, 2017) ensinando a existência de duas espécies de infiltração: a) *Light Cover* ou infiltração leve, com duração máxima de seis meses e que exige menos engajamento por parte do agente infiltrado; e b) *Deep Cover* ou infiltração profunda, que se desenvolve por mais de seis meses, exigindo total imersão no âmago da OrCrim, sendo que na maioria dos casos o agente infiltrado assume outra identidade e praticamente não mantém contato com a sua família e amigos.

Conforme previsto no artigo 10, § 3º, da Lei de Organizações Criminosas, admite-se as duas formas de infiltração, uma vez que o procedimento pode ser adotado por seis meses, mas com a possibilidade de renovações.

Um dos casos mais emblemáticos de infiltração de agente ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1976, e durou 6 (seis) anos. A difícil operação realizada pelo FBI infiltrou um dos seus agentes, chamado Jack Garcia, em uma das famílias ítalo-americanas mais clássicas do crime da cidade de Nova York, a família Gambino.

A escolha do agente decorreu de suas características pessoais, como aparência física, forte sotaque italiano e até mesmo da forma como arrumava o dinheiro e documentos pessoais, todas características muito similares aos hábitos da família mafiosa. Assim, conseguiu conquistar a confiança dos comandantes do grupo criminoso.

Além disso, o agente Garcia teve que se distanciar da família e amigos, sendo permitidos apenas encontros esporádicos. Claro que ele teve que se preparar, visando falar, agir e pensar como se um criminoso fosse. Utilizou a estratégia de se apresentar como ladrão de joias e necessitou demonstrar seu conhecimento na prática, executando furtos em joalherias.

A vida do agente Jack mudou completamente, pois teve que usar outro nome, inclusive documentos falsos que foram feitos pelo governo americano, sabendo que um simples equívoco poderia comprometer toda operação e sua própria vida. Em 1982 a operação foi concluída e a consequência foi a condenação de mais de 100 pessoas por crimes federais (MEDRONI, 2009)

Por óbvio que uma operação tão complexa, que guarda elevadíssimo grau de risco à integridade física e à vida do agente policial e de sua família, exigindo deste uma preparação especial, não só no aspecto físico e mental, mas principalmente no aspecto emocional, bem como a relevância do valor probatório da medida, o que poderá implicar no desmantelamento de toda uma

organização criminosa, é imprescindível que as autoridades responsáveis pela operação façam um acompanhamento minucioso do desenrolar das atividades do agente. Razão pela qual o art. 10, § 4º e § 5º, da Lei 12.850, assim dispõe:

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Desta forma, além do controle dos riscos a que se submete o agente policial infiltrado, a apresentação dos relatórios visa também garantir que não haja qualquer tipo de nulidade e/ou ilegalidade acerca das provas obtidas e até mesmo como prevenção de eventuais excessos que, por ventura, possam ser cometidos pelo policial. Trata-se de instrumento de controle essencial para o sucesso da operação.

Outro ponto relevante trazido à luz pela atual Lei de Organização Criminosa está previsto no art. 12, que versa sobre a segurança do agente infiltrado. O *caput* do artigo dispõe, de forma expressa, a respeito do sigilo que deve nortear a operação, garantindo que o pedido será distribuído de forma a não conter informações que possam indicar a operação ou identificar o agente a ser infiltrado.

No parágrafo primeiro estabelece que deverão ser adotadas medidas necessárias para garantir o êxito da investigação e a segurança do agente infiltrado. O parágrafo segundo dispõe que havendo indícios de que o agente corre risco iminente, a operação será sustada imediatamente, com a comunicação à autoridade judiciária.

Por sua vez, o art. 14 reza sobre os direitos do agente, sendo que este pode recusar ou fazer cessar a operação (inc. I); bem como ter sua identidade alterada e usufruir das medidas de proteção a testemunhas (inc. II); ter sua qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas no curso da investigação e processo criminal, salvo se houver decisão judicial em sentido contrário (inc. III); e não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito (inc. IV).

Vê-se, portanto, a preocupação do legislador em garantir ao máximo a segurança e privacidade do agente infiltrado, tudo isso evidencia o grau de risco que tal operação traz para o policial, o qual expõe a sua vida em prol de obtenção de provas no combate ao crime organizado. Gize-se que mesmo desbaratada a organização criminosa, havendo a revelação da identidade do infiltrado, correrá, ele e sua família, sérios riscos pelo resto de suas vidas.

3 - LIMITES DE ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS

Um ponto bastante sensível sobre a matéria diz respeito aos limites de atuação do agente infiltrado.

A Lei das Organizações Criminosas não limitou a atuação do policial na infiltração de agentes. Deixou para que isso fosse detalhado no caso concreto, em análise aprofundada da operação a ser desenvolvida.

É certo que a ausência de limites legais poderá gerar certa preocupação quanto à utilização do instituto, eis que sem limites pré-definidos a atuação do agente policial tornar-se-ia uma atividade muito arriscada, uma vez que ele atuará com o receio de ter a sua identidade descoberta pelos criminosos e, ao mesmo tempo, temor de sofrer punições administrativas e responsabilização por crimes cometidos.

O grande problema, não somente da legislação brasileira como da internacional ao regular a infiltração é a falta de clareza sobre os limites de atuação dos agentes, o que torna sua atividade não somente arriscada sob o ponto de vista dos criminosos mas também sob o aspecto administrativo e de responsabilidade criminal pessoal. (CABETTE, 2014)

Contudo, pensar numa possível limitação pela lei quanto à atuação do agente infiltrado, estar-se-ia engessando a operação, o que poderia torná-la, na maioria das vezes, inviável.

Por características próprias, onde um agente policial será inserido nas entranhas de uma organização criminosa, a sua atuação passa a ter uma dinâmica que pode extrapolar a previsão do legislador.

Contudo, não significa que o agente policial designado para uma operação desta envergadura tenha “carta branca” para cometer crimes. É óbvio que sempre haverá limites razoáveis.

O art. 10 da Lei 12.850/13, em sua parte final, dispõe que a medida será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Pois bem. Ressalte-se a dimensão do tema tratado. Com base no ordenamento jurídico o juiz poderá dar autorização para que um agente policial pratique ilícitos penais, visando, claro, o desmantelamento de uma organização criminosa.

Muito embora a decisão judicial seja provocada pela autoridade policial ou representante do Ministério Público, sendo que esta provocação certamente deverá conter detalhamento circunstanciado a respeito da medida que se propõe, o que servirá de balizamento para o magistrado fundamentar o seu *decisum*, é certo que neste momento não se conseguirá esgotar todos os possíveis desdobramentos da operação, estabelecendo-se limites intransponíveis de atuação do agente infiltrado.

Por tal razão, relevantes são os relatórios circunstanciados por parte do agente, o que poderá servir de fundamento para o magistrado, eventualmente, rever, ampliar ou restringir os limites antes definidos, de acordo com o caso concreto, usando sempre da ponderação e proporcionalidade que a situação requer.

Por outro lado, há consenso quanto à vedação do agente infiltrado agir como agente provocador, o que foi já estudado anteriormente. Por óbvio que o infiltrado não deve induzir os integrantes da organização à prática de crimes, fazendo nascer o *animus* de delinquir, sob pena de serem consideradas ilícitas as provas por ele obtidas, o que levaria ao fracasso toda a operação.

Ainda assim, alguns questionamentos podem aparecer: e no caso do agente infiltrado receber posição de liderança dentro da organização, como afastar a possibilidade de induzimento, sendo ele o responsável por coordenar uma equipe para o cometimento de determinado ilícito?

Portanto, de maneira acertada, a Lei 12.850/13 estabeleceu no art. 13a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ao dispor:

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

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

Neste ponto, o próximo item irá tratar a respeito da responsabilidade penal do agente infiltrado.

4 - RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

O tema da responsabilidade penal do agente infiltrado já foi palco para divergências doutrinárias, eis que a legislação anterior não tratava a matéria de forma expressa.

Com o advento da Lei 12.850/13 as discussões foram superadas.

O art. 13, *caput*, da citada lei, estabelece a aplicação do princípio da proporcionalidade com a finalidade da investigação. Isto quer dizer que se o agente infiltrado em uma organização criminosa, voltada à prática de fraudes à licitação, cometer crime de homicídio, responderá por este, uma vez que faltaria claramente a proporção necessária entre a sua ação e a finalidade da investigação. Porém, é perfeitamente admissível a ação de um policial, inserido numa organização criminosa voltada ao tráfico de drogas, na guarda, no transporte e até mesmo na venda de substâncias entorpecentes.

Quanto à responsabilidade penal do agente, o art. 13, parágrafo único, da Lei 12.850/13, deixa claro que a conduta do policial infiltrado não é punível em virtude da incidência de uma causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Neste contexto, o agente infiltrado, no exercício de sua função, sendo induzido à prática de um crime na organização investigada, usando do bom senso em não extrapolar a investigação, levando em conta a proporcionalidade e sendo dele inexigível conduta diversa, a culpa pelo crime cometido será excluída. Porém, permanecerá, considerando-se a teoria da acessoriedade limitada, a punição aos demais integrantes da organização criminosa.

A Lei 12.850/13 guarda consonância com a legislação de outros países.

Em Portugal, a Lei nº 101/01 determina a exclusão da responsabilidade do agente que pratica atos preparatórios ou de execução, desde que a conduta não consubstancie autoria mediata ou prática de crimes. Na Espanha, a Ley

deEnjuiciamiento Criminal, a qual ampliou os meios de provas no combate ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro, é clara ao prever que o agente infiltrado é isento de pena pelas ações que tenha praticado durante a operação, desde que tenha observado a proporcionalidade e não tenha agido como agente provocador.

Na França, o *Code de Procédure Pénale* é taxativo ao dispor sobre os atos que poderão ser realizados pelo agente sem implicar a sua responsabilização penal, desde que guarde correspondência com o objeto da investigação (GONÇALVES, 2014).

Portanto, adequada a postura do legislador brasileiro ao sedimentar, na Lei 12.850/13, os fundamentos legais para resguardar a ação do agente policial que recebe a arriscada missão de atuar com agente infiltrado, tratando com maior transparência a respeito de seus limites e responsabilidade penal.

5 - CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo despertar o estudo a respeito de um mecanismo altamente eficaz no combate ao crime organizado, que é a infiltração de agentes, ainda pouco utilizado nas investigações criminais brasileiras. Talvez em virtude das legislações anteriores, que não tratavam a matéria com maior detalhamento.

A Lei 12.850/13 preencheu lacunas de leis anteriores, garantindo com maior rigor a segurança do agente policial, direcionando como serão estabelecidos os limites de sua atuação e, principalmente, regrando quanto a sua responsabilização penal, tema sensível, que até então ficava a mercê dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

A organização criminosa é hoje uma realidade a ser enfrentada pelas autoridades constituídas e pela sociedade brasileira. A ausência do Estado, e muitas vezes até mesmo a conivência ou a participação direta de seus representantes, oportunizou que o crime se organizasse, invadisse esferas do poder político, administrativo e econômico de forma sistêmica e institucionalizada.

Não há que se cogitar do sucesso da operação Lava Jato ⁰³. Os seus resultados estão sendo extraordinários e alimentam a esperança do povo para um novo rumo de nossa Nação. Porém, a infiltração de agentes pode

⁰³ “A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais”. Disponível em <http://mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>, consultado em 11.12.19.

ser melhor explorada durante investigações deste porte. O agente infiltrado apresenta condição de assegurar um forte suporte quanto à materialidade e autoria criminosa.

Não há comparação quanto à credibilidade de um agente infiltrado com a incerteza no depoimento de um delator. Isto é, o sucesso da atuação de um agente infiltrado comparado à incerteza de uma colaboração premiada, pode ser um fator motivador para a utilização da infiltração de agentes, desde que presentes os requisitos para tanto.

Necessário o uso dos mecanismos legais ao efetivo combate à criminalidade que assola o país, sendo que a infiltração de agentes poderá mostrar-se um eficaz meio de obtenção de prova à disposição das autoridades. Claro, sem perder de vista a necessidade de investir na capacitação e qualificação do agente policial para atuar com proporcionalidade, segurança e bom senso no desempenho de sua função.

Referências:

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crime organizado: nova lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais>

CLEMENTINO, Cláudio Leite. Uma análise sobre a infiltração de agentes à luz da Lei 12.850/13. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/65912/uma-analise-sobre-a-infiltracao-de-agentes-a-luz-da-lei-12-850-13/1>

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação.** Salvador: Juspodivum, 2015, p. 392.

GONÇALVES, Vinícius Abdala. **O Agente Infiltrado frente ao Processo Penal Constitucional.** 1ª ed. Belo Horizonte, 2014, p. 42.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado.** 3ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2017, p. 318.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 587 e 588.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31-30.

SANNINI NETO, Francisco. **Infiltração de agentes é atividade de polícia judiciária.** Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-de-agentes-e-atividade-de-policia-judiciaria>

O CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA E O FLAGRANTE DELITO NO ESTADODE DIREITO

GLEUCIVAL ZEED ESTEVÃO⁰¹

RESUMO

O direito à inviolabilidade do domicílio, compreendido como casa, habitação, moradia, entre outros, é protegido constitucionalmente, impedindo que pessoas sem o consentimento do morador nela ingresse. A legislação infraconstitucional e a jurisprudência ampliaram o conceito para estabelecimentos não abertos ao público. Não obstante, esse direito não é absoluto no sistema jurídico brasileiro, de forma que a própria Constituição apresenta as hipóteses de exceção à garantia. A prisão em flagrante é uma delas. A jurisdição constitucional, por meio do julgamento no Recurso Extraordinário de n.º: 603.616/RO inovou a hermenêutica tradicional quanto à questão. Até esse momento, se um policial presumisse que no interior da residência estivesse em curso a prática de um crime, sem maior justificativa, se encontrava legitimada sua entrada no local, podendo, assim, realizar a prisão em flagrante do agente. A lógica foi modificada após o julgamento de referência. Assim, verificou-se que a causa justificante para o ingresso no domicílio do suspeito deve existir antes da ação policial, pois essa ação não é mais validada apenas com base no flagrante delito constatado após a relativização da inviolabilidade, notadamente nos crimes permanentes.

Palavras-Chave: Inviolabilidade de domicílio. Exceção. Hermenêutica. Cortes Superiores. Crimes Permanentes.

01 Possui graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia (2001); especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA/PVH (2003). Atualmente é juiz de direito substituto - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (<http://lattes.cnpq.br/6806163167969615>).

ABSTRACT

The right to inviolability of the home, understood as home, housing, housing, among

others is protected constitutionally preventing people without the consent of the resident to enter it. Intra-constitutional legislation and case law have expanded the concept of use not open to the public. However, this right is not absolute in the Brazilian legal system, so that the Constitution itself presents itself as hypotheses of exception to the guarantee. The arrest in the act is one of them. Constitutional jurisdiction, through trial in Extraordinary Appeal No. 603,616 / RO, has innovated traditional hermeneutics on the issue. Until that moment, if a police officer assumes that no interior of the residence is underway to commit a crime, without further justification, if he or she is legitimized to enter the scene, he / she can therefore make an arrest in the act. The logic was modified after the benchmark judgment. It was found, according to the case law analyzed that should justify, in fact, grounds for entry into the home, because an action is no longer valid only on the basis of flagrant crime, after the police invasion, notably in permanent crimes.

INTRODUÇÃO

A inviolabilidade de domicílio é uma garantia de proteção à esfera particular da vida pela necessidade que tem o homem de encontrar um refúgio, um recolhimento em que possa ter paz e encontrar equilíbrio (COSTA JR, 2007, p. 16-17). Representa uma “autêntica barreira contra a atuação dos agentes da persecução penal, limitando- os no interesse da privacidade” (MACHADO, 2018).

A inviolabilidade do domicílio, no Brasil, não é exclusividade da Constituição Federal de 1988. Constituições anteriores, a exemplo das de 1824, 1891, 1934 e 1981 (MICHELOTI, 2013), embora mais acanhadas quanto à explicitação do instituto como uma garantia individual, também trouxeram previsões sobre a importância da casa do indivíduo enquanto “asilo inviolável”, somente podendo nela ingressar os agentes do estado em situações específicas.

Não obstante a importância dada pelo Constituinte de 1988 à casa do indivíduo, é de conhecimento geral que não há direito absoluto em nosso

sistema jurídico, de forma que a própria Constituição apresenta as hipóteses em que essa garantia pode ser relativizada, sendo a prisão em flagrante uma delas.

Como problemática para investigação no presente artigo, estabelecemos que o entendimento acerca do instituto da inviolabilidade de domicílio – forjado para assegurar o direito à paz social, foi modificado pela Corte Constitucional no ano de 2015. O posicionamento que vinha sendo adotado até então era o de que se mostrava perfeitamente possível, sem que houvesse uma justificação prévia⁰², a invasão do domicílio do cidadão quando incorresse em um crime permanente, dado seu estado de flagrância.

Dessa forma, grosso modo, tradicionalmente a exegese brasileira entendia que bastava que o agente policial, por exemplo, presumisse que no interior da residência estaria ocorrendo a prática de um crime para que, sem maior justificativa, estivesse legitimada sua entrada no local, a fim de realizar a prisão em flagrante do agente. Não havia preocupação em justificar, pós fato, os motivos do ingresso no domicílio, pois tudo estava faticamente validado com base no flagrante delito constatado após a invasão policial, notadamente nos crimes permanentes.

Todavia, preocupado com essa prática, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário de n.º 603.616/RO, estabeleceu algumas diretrizes para o ingresso em domicílio em situação de flagrante nos crimes permanentes (BRASIL, 2010).

Lança-se como hipótese a de que a Corte estaria preocupada com o esvaziamento da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar; buscou fixar parâmetros mais seguros de atuação do aparato policial, para, a um só tempo, permitir o combate ao crime e, também, manter hígida a proteção constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Dessa forma, o presente trabalho se propõe a analisar, sem intenção de esgotar o tema, a prisão em flagrante enquanto uma das formas de relativização da garantia individual da inviolabilidade domiciliar, segundo a interpretação das cortes superiores do Brasil.

⁰² Restou consignado que “A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1) (BRASIL, 2015). Analisaremos o julgado no presente artigo.

Partindo de pesquisa jurisprudencial em sítios eletrônicos dos Tribunais e em doutrina, pretendemos expor a importância da garantia constitucional sob análise, estabelecendo seu conceito e abrangência. Posteriormente, vamos apresentar os posicionamentos firmados pelo julgamento do RE 603.616, e, por fim, estudar casos práticos à luz do atual entendimento do STF sobre o tema.

1 - INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: CONCEITO OPERACIONAL E SUA ABRANGÊNCIA

A Constituição Federal salvaguarda a “casa” como um asilo inviolável ao indivíduo, não tendo utilizado a expressão domicílio, mas o destinatário da proteção não precisa ter o “domínio” do local em sentido jurídico.

Os termos são tomados como equivalentes, “em que pese alguma variação encontrada no direito comparado”, no que diz respeito à “sua amplitude e eventuais pressupostos para sua restrição”. Tanto uma expressão quanto a outra, para os fins da inviolabilidade de domicílio, são compreendidas em sentido amplo, e se referem à “posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais” (SARLET e NETO, 2013, p. 546).

O termo inviolabilidade do domicílio pressupõe uma interpretação extensiva do conceito de domicílio e uma interpretação restritiva das hipóteses de sua inviolabilidade (FILIPPO, 2016, p. 70), que se relaciona com o direito que as pessoas têm a uma vida privada, com “livre desenvolvimento da personalidade”, de forma que se atribui aos destinatários, em atenção à própria dignidade, um “espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz” (SARLET e NETO, 2013, p. 547).

A “casa” merece proteção e respeito por constituir-se “sagrada manifestação da pessoa humana” (SILVA, 2005, p. 207) e uma “projeção espacial do indivíduo” (MACHADO, 2014, p. 139).

A preocupação com a inviolabilidade do domicílio, enquanto corolário do direito à privacidade, também foi objeto de cuidado de outras nações, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América (Quarta emenda); Constituição da Itália (art. 14); Constituição da República Portuguesa

(art.34);Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (art. 13) (LOPES e FREITAS, 2019, p. 565).

A inviolabilidade domiciliar na Constituição Federal de 1988, de forma mais definida que os textos constitucionais anteriores, foi erigida à categoria de garantia individual (ou direito-garantia) do cidadão, conforme estabelece seu artigo 5º:

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

...

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial(BRASIL, 1988);

A proteção encontra guarida, inclusive, na seara processual penal, nos termosdo Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra avontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidadesestabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuarprisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo alipricado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão “casa”:

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1940).

O Supremo Tribunal Federal, corte máxima brasileira, decidiu, em sede de habeas corpus n.º 90.376/RJ, que o conceito de “casa”, para o fim da proteção constitucional, compreende qualquer “compartimento habitado” e qualquer “apartamento coletivo”, compreendidos o quarto de hotel, pensão, hospedaria, trailer, escritório de advogado etc., bem como qualquer outro “local privado não aberto ao público”, onde o indivíduo exerce profissão ou sua atividade (BRASIL, 2007).

Dessa forma, é possível inferir que a garantia não se relaciona diretamente com um lugar específico, mas, sim, com a pessoa. No local em que o indivíduo tenha “expectativa razoável” de privacidade (ALMEIDA, 2013, p. 2), ali haverá proteção contra inviolabilidade tanto estatal quanto de particular.

Sanches pontua que o termo “casa” a que se referem os parágrafos 4º e 5º do artigo 150 do Código de Processo Penal, seria qualquer construção, aberta ou fechada, imóvel ou móvel, individual ou coletiva, dispensando a presença dos moradores (SANCHES, 2019, p. 240 e ss).

Todavia, no Direito Constitucional contemporâneo nenhuma ordem jurídica protege, de maneira absoluta, os direitos e garantias fundamentais. Essa, aliás, é a posição do STF manifestada no MS 23452:

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.” (BRASIL, 1999).

Assim sendo, sem maiores dificuldades, fica claro que a inviolabilidade domiciliar pode ser limitada, mas, somente, por medida prevista na própria Constituição, sendo que a prisão em flagrante delito é uma delas. Porém,

a relativização da garantia fundamental deve ser aplicada com cautela, observando os limites estritamente necessários, sob pena de esvaziamento do direito.

A propósito da limitação de direitos fundamentais, Konrad Hesse (1998) afirma que:

“A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental” (HESSE, 1998, p. 256).

Nessa perspectiva de “limite dos limites” da garantia da inviolabilidade domiciliar, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário de no: 603.616/RO, contrariando a interpretação prevalente até então, definiu que a mitigação da garantia constitucional não pode se dar de forma simplista.

A Corte Constitucional brasileira estabeleceu, então, como será visto mais adiante, os elementos mínimos para que, a partir do caso concreto, o Judiciário possa syndicar, embora posteriormente ao fato, os motivos da invasão e, a partir disso, decidir sobre a validade da prisão em flagrante quando realizada no domicílio do indivíduo.

2 - A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO EXCEÇÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR: ATUAL ENTENDIMENTO DO STF.

A prisão em flagrante é aquela que ocorre enquanto a infração penal está evidente, visível (MENDONÇA, 2011), ou seja, é aquela modalidade de prisão que decorre da “certeza visual” da realização de uma conduta (STJ. RE nº 1.637.257) que se ajusta a algum tipo penal incriminador (CPP, arts. 302 e 303)⁰³.

03 “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

IV - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

III - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL, 1941).

Voltando-se, então, para os crimes permanentes, isto é, aqueles crimes cujo momento consumativo se prolonga no tempo, e o bem jurídico permanece sendo agredido (CAPEZ, 2012), o agente estatal tem autorização para, independentemente de ordem judicial, penetrar na casa do indivíduo e realizar a sua detenção enquanto autor do ilícito.

A propósito do tema, o artigo 33, da Lei 11.343/06, dispõe sobre a caracterização do tráfico ilícito de entorpecentes nos seguintes termos:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500(quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa” (BRASIL, 2006).

Trata-se de típico crime permanente. Portanto, quando um indivíduo tem em depósito ou guarda droga ilícita em sua residência, pode vir a ser preso em flagrante a qualquer instante, independentemente de ordem judicial, momento em que, validamente, está excepcionada a garantia da inviolabilidade domiciliar.

Ocorre que boa parte da jurisprudência sobre casos tais, fazendo interpretação literal do texto constitucional, sempre entendeu que a permanência do crime, por si só, justificava a relativização da garantia individual aqui tratada, a exemplo do Recurso Especial nº 1.464.860 - SP. Pedimos vênha para transcrever a ementa, um tanto quanto extensa, mas compreensível em face da complexidade da matéria e daimportância dos direitos envolvidos.

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.464.860 - SP (2014/0158731-7)
RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE: TIAGO CARLOS PESSOA DA SILVA ADVOGADOS:
GUILHERME LOUREIRO BARBOZA ROBERTO SIMÕES GOTTARDI
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 333 DO
CÓDIGO PENAL E ART. 58, § 1º, 'D', DO DECRETO-LEI Nº 6.259/44.
ABSOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.
DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. MODIFICAÇÃO DO
JULGADO. SÚMULA 7/STJ. ANULAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS
SEM MANDADO JUDICIAL. INVIABILIDADE. CONTRAVENÇÃO
PENAL. NATUREZA PERMANENTE. REGIME INICIAL SEMIABERTO
E INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA
POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL.
FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA E ELEMENTOS
INERENTES ÀS INFRAÇÕES PENAS. DIREITO AO REGIME MENOS

[...] Alega que as provas que fundamentaram sua condenação são ilícitas e, como tal, deveriam ser desentranhadas dos autos. Aduz que os policiais militares adentraram em sua residência sem o competente mandado judicial, o que demonstra a ilegalidade das provas ali obtidas. [...] Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 58, § 1º, b, do Decreto-Lei n.º 6.259/44 e 333 do Código Penal, porque, no dia 21/2/2013, possuía e tinha sob sua guarda, listas com indicações de jogo do bicho, bem como material próprio para a contravenção em apreço. [...] Nunca foi preso ou processado anteriormente. A contravenção penal está bem demonstrada nos autos. Primeiro que o próprio réu confessou a sua prática, dizendo que somente fazia porque acreditava que ninguém vai preso por praticar contravenção penal. Além disso, os policiais confirmaram a prática do delito, bem como está demonstrado através dos documentos apreendidos na residência do réu, de que realmente fazia apostas ilícitas. Apesar de o réu tentar desqualificar a diligência policial, afirmando que quebraram o cadeado de sua casa e adentraram sem qualquer autorização, fato é que na presença de seu advogado, ainda nas dependências da Delegacia de Polícia, não reproduziu tal conduta dos policiais. Demais disso, encontraram documentos provenientes do jogo do bicho, o que caracteriza a lisura na conduta dos policiais. O que chega a ser incompreensível é a alegação de que ninguém vai preso por praticar contravenção penal. No Brasil, realmente a legislação aponta para a despenalização de condutas de menor potencial ofensivo, mas isto não quer dizer que o infrator contumaz possa simplesmente agir ilícitamente e jamais ser preso. Em lugar nenhum está escrito isso. [...] A privacidade do domicílio, constitucionalmente assegurada, encontra limites na própria Carta da República, que inclui no rol das escassas hipóteses de mitigação do direito fundamental a possibilidade de ingresso no domicílio dos particulares, mesmo sem mandado judicial, nos casos de flagrante delito, nos moldes preconizados pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. **A contravenção penal apurada nestes autos trata de figura penal permanente, sujeitando o autor da conduta ao estado de flagrância enquanto perdurar a prática penal. Neste diapasão, é legítima a ação de agentes policiais que penetram na casa do indivíduo para realizar a captura e condução ao distrito policial, fazendo cessar a atividade apurada em estado de flagrância.**"

Portanto, bastava a apreensão do entorpecente no interior da residência do suspeito para que a prisão estivesse justificada, independentemente das razões que levaram o policial a penetrar no domicílio do indivíduo flagrantado⁰⁴, colocando em risco, assim, o núcleo essencial da garantia da inviolabilidade domiciliar.

A propósito, Moraes da Rosa há tempo alertara para o fato de que a interpretação prevalente faz confusão lógica sobre os crimes permanentes. O autor diz que, não obstante o art. 303, do CPP, autorize a prisão em flagrante

⁰⁴ A título de exemplo, STF: RHC 91.189, RHC 117.159, e RHC 121.419; STJ: RHC 40.796 e AgRg no AREsp 417.637.

enquanto durar a permanência, essa circunstância deve ser anterior à prisão, isto é, a permanência “deve ser posta e não pressuposta/imaginada” (ROSA, 2014).

Nessa esteira de pensamento, a partir de novembro de 2015, o STF modificou seu entendimento, traçando elementos mínimos para que a garantia da inviolabilidade não seja esvaziada. Assim, ao julgar o RE n.º 603.613, a Corte Suprema, reconhecendo a existência de Repercussão Geral da matéria, fixou a tese de que é *conditio sine qua non* da entrada no domicílio sem mandado, a existência de “fundadas razões” (ou fundadas suspeitas):

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (STF. RE n.º 603.613).

O caso concreto analisado pelo Supremo versava sobre o fato de policiais militares terem efetuado a prisão em flagrante de um acusado de transportar drogas, ocasião em que, perguntado sobre a origem do entorpecente, o agente declinou quem seria o fornecedor do material ilícito. Diante disso, os policiais se deslocaram à casa do tal fornecedor e ali apreenderam uma quantidade de droga superior a 8,542 kg de cocaína, que estava guardada dentro de um veículo estacionado na varanda da residência.

“Assim como o Tribunal de origem, o STF reconheceu a licitude da diligência policial, apontando que: (1) o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência; (2) o fato de terceira pessoa indicar a casa em que estavam as drogas, no caso, foi suficiente para o reconhecimento da existência de *fundadas razões* da invasão domiciliar sem mandado judicial” (FILIPPO, 2016, p. 83).

A inviolabilidade de domicílio, então, foi um dos principais questionamentos em discussão

[...] no Recurso Extraordinário (RE) n.º 603.316/RO (BRASIL, 2015), julgado em 05 de novembro de 2015. Na ocasião, a tese vencedora foi que, por ser a traficância de drogas um crime permanente, o estado de flagrância perpetuar-se-ia no tempo. Sendo a flagrância uma das exceções constitucionais que permitem a invasão de domicílio, seria lícita a invasão sem a autorização judicial realizada por policiais para a busca e apreensão de provas incriminatórias no caso de suspeita do crime de tráfico (LOPES e FREITAS, 2019, p. 564).

Com efeito, a prisão em flagrante, enquanto exceção à garantia da inviolabilidade domiciliar, se mantém como hipótese legítima e importante no combate à criminalidade velada, porém, segundo o atual entendimento da Corte Constitucional, o que vai validar a prisão, e, por óbvio, justificar a relativização da garantia da inviolabilidade do domicílio do suspeito, não será apenas a permanência do crime, ou, no exemplo acima, a fática apreensão da droga, mas, sim, as “fundadas razões” que, anteriormente, justificaram o ingresso na residência.

O Supremo inaugurou no Brasil a regra de que apenas com base em “fundadas razões” preexistentes à ação policial, é que a garantia individual acima mencionada poderá ser relativizada. Portanto, enquanto a interpretação anterior se satisfazia apenas com o estado de flagrância *per si*, a atual hermenêutica exige que, após a prisão em flagrante, o Estado, por meio dos seus agentes, exponha as (fundadas) justificativas que os levaram a entender que, no interior do domicílio, estaria sendo praticado crime.

Essas “fundadas razões” passam a ser sindicáveis na via judicial, com possibilidade de, acaso consideradas inexistentes ou frágeis ao tempo da ação estatal, invalidar a prisão e a prova colhida na ocasião.

Assim, a regra atual de interpretação, a partir do julgamento do RE 603.6016, é a de que se aplica à prisão em flagrante (no interior do domicílio), as mesmas exigências legais para a expedição de um mandado de busca e apreensão (art. 240, CPP⁰⁵).

“Se a inviolabilidade é a regra, a Constituição tratou de fixar as hipóteses permissivas de ingresso em casa alheia, independentemente de consentimento do morador:[...] (1) flagrante delito; (2) desastre; (3) para prestar socorro; (4) por determinação judicial, somente durante o dia.¹⁰ Este último caso, o único submetido à cláusula de reserva jurisdicional, encontra-se regulamentado pelos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal, que autoriza a expedição de mandados judiciais quando houver *fundadas razões* [...] para prender criminosos e, em termos genéricos, apreender coisas relacionadas a condutas criminosas” (FILIPPO, 2016, p. 71).

05 “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção”.

Deveras, não se revela razoável que, por um lado, para o Estado-juiz relativizara garantia da inviolabilidade domiciliar tenha de expor, previamente, as “fundadas razões” da necessidade da medida; e, por outro lado, Estado-policial não tenha o mesmo dever.

A diferença é que, tratando-se de flagrante delito, a exposição da justa causa pode ser feita posteriormente, isto é, após o agente adentrar ao domicílio do suspeito, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Na vida prática, no cotidiano forense, essa adequação fática do estado de flagrância à relativização da garantia de inviolabilidade domiciliar não se revela fácil, principalmente quando o ponto central – fundadas razões – tem conceito aberto à subjetivismos, dando margem à insegurança jurídica.

É possível compreender, do debate realizado em torno do Recurso Extraordinário acima numerado, algumas hipóteses que não são consideradas como “fundadas razões”. Passaremos, a seguir, à análise da jurisprudência acerca da hermenêutica praticada nos Tribunais brasileiros em torno desse conceito.

3 - A “FUNDADA SUSPEITA” COMO ELEMENTO DE VALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM DOMICÍLIO: ANÁLISE DE CASOS JULGADOS

A virada paradigmática na hermenêutica das cortes superiores brasileiras, em especial pela jurisdição constitucional, em relação à possibilidade de violação de domicílio na prisão relacionada a crimes permanente e a situação de flagrância deste, a ensejar o permissivo de ingresso, fez com que o conceito de “fundadas suspeitas” como elemento justificante passasse a ter fundamental importância no atual estágio de desenvolvimento das ciências penais.

Anteriormente ao RE n.º 603.613, a Corte Suprema admitia que o crime permanente autorizava a invasão de domicílio para a realização da prisão em flagrante. Essa prisão, todavia, tinha por fundamento válido até então apenas o estado de flagrância em si, nada mais.

Em 2015, o STF, ao julgar o RE n.º 603.613, com Repercussão Geral declarada, fixou a tese de que somente com “fundadas razões” - que não mais se satisfazem apenas com o estado de flagrância - é que se pode entrar

no domicílio alheio sem mandado judicial. Dessa forma, criteriosamente, manteve-se a limitação da garantia aqui tratada.

O julgado não é isento de críticas, mas também buscou fixar critérios mais claros na atuação policial dentro do sistema de justiça penal.

Com efeito, os julgados subsequentes passaram a observar a necessidade de existência de um elemento idôneo para justificar a violação do domicílio do suspeito:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 83.501 - SP (2017/0091624-3)RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE: TEREZA RODRIGUES (PRESA) ADVOGADO: MARIANA JORGE TODARO E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM ORDEM JUDICIAL E SEM ELEMENTOS MÍNIMOS DE TRAFICÂNCIA NO LOCAL. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1 - Ainda que esta Sexta Turma tenha admitido como fundamento para a prisão preventiva a relevante quantidade entorpecentes apreendidos em poder da paciente, tratando-se de 132 pedras de crack, 84 papelotes de cocaína e ainda 26 trouxinhas de maconha, **não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente**, citando-se apenas a verificação de denúncias de tráfico de drogas que receberam através do “Disque Denúncia”, e a fuga do adolescente.

2- Verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado.

3 - Recurso em habeas corpus provido, para a soltura da recorrente, TEREZA RODRIGUES, e de ofício determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001783-23.2016.8.26.0695.” (Grifo nosso)

Está pacificado, pois, que a simples denúncia anônima não é capaz de legitimar a invasão ao domicílio do suposto autor do fato. Nesse caso, a justa causa pressupõe que mais elementos indiciários sejam coletados para viabilizar a entrada policial no domicílio do suspeito. A partir do novo paradigma julgado em repercussão geral, o entendimento atual é o de que são necessários elementos indicadores da suspeita da ocorrência de um fato ou situação que legitime o ingresso policial forçada um domicílio:

“HABEAS CORPUS Nº 423.635 - RS (2017/0288269-9) RELATORA:
MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURAIMPETRANTE:
CROACI ALVES DA SILVA

ADVOGADO: CROACI ALVES DA SILVA - RS074981

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DOSUL

PACIENTE: SANTA IRENE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA INADEQUADA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE MANDADO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EMBASADA FUNDADAS RAZÕES. LÍCITO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. PERICULUM LIBERTATIS. ORDEM DENEGADA.

1 - Não se mostra possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a negativa de autoria do delito, procedimento que demanda o exame aprofundado das provas carreadas aos autos, o que será feito pelo magistrado de primeiro grau por ocasião da sentença.

2 - De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, **não há obrigatoriedade de expedição de mandado de busca e apreensão para ingresso, inclusive no período noturno, no domicílio do acusado quando se tratar de flagrante de crime permanente**, como no caso da prática do crime de tráfico de drogas. Contudo, o referido entendimento há deser aplicado quando presentes indícios suficientes da prática do delito e da situação de flagrância, não se admitindo a busca domiciliar sem o respectivo mandado e sem o consentimento do morador em não havendo fundadas razões que a autorizem. **In casu, houve demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa, eis que, conforme destacado pelo Tribunal de origem, os agentes policiais, ao realizarem diligências preliminares, foram informados por corre de que a droga estaria em depósito na residência da paciente**, local em que foram encontrados sete quilos de maconha.

3 - Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar para a garantia da ordem pública, especialmente em razão da apreensão “09 tijolos de maconha pesando sete quilos, seis celulares, cinco balas de ecstasy e dois veículos”, que estariam sendo utilizados a serviço do tráfico de drogas.

4 - Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

5 - Habeas Corpus denegado.”

O Recurso Especial nº 1.708.422 – RJ, reconheceu a adoção da inafastabilidade das “fundadas razões” para ingresso no domicílio, conforme o julgamento da repercussão geral, inclusive citando o RE 603.616/RO, admitindo que, após prévia delação anônima, pela janela, os policiais tenham

constatando a existência de crime, autorizando o ingresso dos policiais, sendo essa uma fundada razão para a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio.

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.708.422 - RJ (2017/0285706-7)
RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO: FABIO FEITOZA BARROSO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. **NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES, ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL.** ELEMENTOS FUNDADOS DA SUSPEITA DA PRÁTICA DE CRIME.

1 - Ainda que seja incontroverso que nos delitos permanentes o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, deve ser demonstrada a presença de fundadas razões que demonstrem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito para que reconhecida a legalidade da busca domiciliar realizada.

2 - Por outro lado, conforme enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, não há de se exigir uma certeza acerca da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, sendo bastante a demonstração, compatível com a fase de obtenção de provas, de que a medida foi adotada **mediante justa causa, com amparo em elementos que indiquem a suspeita da ocorrência de situação autorizadora do ingresso forçado na casa.**

3 - Na espécie, tendo restado incontroverso nos autos que, após prévia **delação anônima**, os policiais - **antes de ingressarem no imóvel - observaram por uma janela que o recorrido estava com uma arma de fogo em mãos dentro da residência, evidencia-se a presença de elementos fundados da possível prática de crime**, a permitir a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio.” (Grifo nosso)

Caso curioso ocorreu numa situação em que, tendo abordado o suspeito fora de sua residência, esse demonstrou grande “nervosismo”. Tendo os policiais se dirigido à residência de tal pessoa, um forte cheiro de maconha foi sentido pelos policiais, o que resultou em justa causa para ingresso na residência e apreensão de grandes quantidades de drogas de variados tipos.

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE ILEGALIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME PERMANENTE. FORTE ODOR DE MACONHA. NERVOSISMO DO PACIENTE. **RAZÃO PARA REALIZAR A BUSCA NO IMÓVEL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA.** MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK (286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME. 1. Consta nos autos que os policiais perceberam o nervosismo do paciente e que ao chegarem à residência, já sentiram um forte odor de maconha, razão pela qual fizeram a busca dentro da residência. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC 423.838/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, Dje 19/02/2018).

Por outro lado, Freitas e Lopes argumentam que “apesar do caráter vinculante do RE nº 603.316/RO, ensejado pela repercussão geral, verifica-se o surgimento de algumas decisões em sentido contrário à tese vencedora”, apontando o Recurso Especial - REsp nº 1.574.681/RS, publicado em 2017, como um desses exemplos.

Argumentam, os autores, que em semelhantes circunstâncias, no RE nº 603.316/RO se considerou “lícita a invasão sem a autorização judicial realizada por policiais para a busca e apreensão de provas incriminatórias no caso de suspeita do crime de tráfico”, admitindo a invasão do domicílio; e, no julgado posterior, ao contrário, não se admitiu a mesma prática ao fundamento de que os policiais tinham apenas “suspeitas vagas” com relação ao acusado, que, ao avistar policiais da guarnição, adentrou em sua residência onde pedras de crack foram encontradas, fundamentando a decisão, então, na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (2019,p. 564).

Também no Recurso Especial nº 1.558.004, julgado em agosto de 2017, ficou decidido que a suspeita policial não configura justa causa suficiente para se adentrar à casa do suspeito, mitigando a proteção constitucional.

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2)RELATOR:
MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIOGRANDE
DO SUL

RECORRIDO: REJANE AFONSO BANDEIRA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIOGRANDE DO
SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART.619 DO
CPP. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO
DO DIREITO À INTIMIDADE.

ASILO INVIOVÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DA ACUSADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 - Não há violação do art. 619 do Código de Processo Penal se o Tribunal de origem efetivamente externou as razões pelas quais entendeu que a recorrida deveria ser absolvida.

2 - O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

3 - A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

4 - O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fáticoanterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

5 - O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno

– quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

6 - O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

7 - A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de nossos gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias [...]

13 - A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pela recorrida, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, isoladamente, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.”

Inferese que, segundo Ganem (2019), o mandado de busca e apreensão é essencial para encontro de drogas no domicílio. Contudo, tal assertiva esbarra no mundo fático das ações policiais, uma vez o retardo da ação pode levar ao desaparecimento do entorpecente com uma ação simples do agente do delito, elidindo o flagrante.

Nesse compasso, sendo o crime de tráfico de drogas permanente, a fundada suspeita deve ser lastreada por elementos fáticos palpáveis, como por exemplo o relato de testemunhas que indicam aos policiais a frequência de usuários de drogas no local onde deverá ser realizada a diligência de busca e apreensão. Não obstante, tal conduta policial será objeto do contraditório na fase processual.

4 - CONCLUSÃO

A inviolabilidade do domicílio, no Brasil, embora tenha tido previsão nas cartas constitucionais anteriores, teve sua proteção como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, protegendo-a enquanto “asilo inviolável”, somente podendo nela ingressar os agentes do estado em situações excepcionais, que ela própria determina. A prisão em flagrante é uma delas.

No ano de 2015 houve uma mudança de entendimento com caráter vinculante seara da jurisdição constitucional, em comparação ao que vinha sendo adotado até então: era perfeitamente possível, sem que houvesse uma justificação prévia, que um policial adentrasse na residência do indivíduo quando esse fosse incurso em um crime permanente, dado seu estado de flagrância. Ocorre que essa prática foi modificada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário de n.º 603.616/RO. Tal julgado estabeleceu algumas diretrizes para o ingresso em domicílio em situação de flagrante nos crimes permanentes, estabelecendo a sindicância da “justa causa” como condição de validade da invasão ao domicílio, na ausência de mandado judicial.

O trabalho teve como objetivo abordar a possibilidade de violação de domicílio por agentes estatais quando em flagrante de crime permanente, enquanto exceção àquela garantia constitucional, buscando conformar essa exceção com o entendimento do STF, a partir da tese fixada no RE n.º: 603.616.

Buscou-se perquirir elementos que compõem a da “fundada suspeita”, ou a “justa causa” para essa entrada.

Segundo o atual entendimento da Corte Constitucional, o que vai validar a prisão, e, por óbvio, justificar a relativização da garantia da inviolabilidade do domicílio do suspeito, não será apenas a permanência do crime, ou, no caso de tráfico ilícito de drogas, a fática apreensão do entorpecente, mas, sim, as “fundadas razões” para a ocorrência do ingresso na residência em momento anterior à tal entrada.

Assim, a regra atual de interpretação, a partir do julgamento do RE 603.6016, é a de que se aplica, à prisão em flagrante no domicílio, as mesmas exigências legais para a expedição de um mandado de busca e apreensão. No entanto, é preciso enfatizar que tal exame é feito em sede de contraditório e ampla defesa deferidos durante a fase processual.

Após a discussão, a hipótese de que a Corte estaria preocupada com o esvaziamento da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, buscando fixar parâmetros mais seguros de atuação do aparato policial, foi confirmada. Todavia, ainda haverá muita discussão acerca da margem de interpretação subjetiva do que pode ser considerada “justa causa” na prática.

5 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Matheus Bragança de. Provas ilícitas em uma sociedade tecnológica: expectativa razoável de privacidade e a internet. **Anais do Encontro Nacional de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos e Fundamentais UNESC**. 2013. Disponível em: <<http://www.redireito.org/wp-content/uploads/2013/05/ALMEIDA1.pdf>>. Acesso em 02 nov.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23452**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC n.º 90.376/RJ**. Relator: Celso de Mello. 18 de maio de 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>>. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 04 de nov. 2019.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 04 de nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.464.860 SP** 2014/0158731-7. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. 20 de maio de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189912091/recurso-especial-resp-1464860-sp-2014-0158731-7>>. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.637.257/RJ** (2016/0296957-0) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Publicação DJ 15/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO** RG/RO – Rondônia. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator: Gilmar Mendes. 27 de maio de 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629906/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-603616-ro-rondonia>>. Acesso em 02 nov. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 16 ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA JR. P.J. da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). Salvador: JusPODVIM, 2019.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do recurso extraordinário 603.616, à luz do direito dos Estados Unidos. In: **Revista Aporia Jurídica (online)**. Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage. 5ª Edição. Vol. 1 (jan/jul-2016). p. 69-89.

GANEM, Pedro Magalhães. Violação de domicílio em tráfico de drogas. **Canal de Ciências Criminais**. 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/violacao-de-domicilio-em-trafico-de-drogas/>>. Acesso em 3 nov. 2019.

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

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREITAS, Márcio dos Santos Alencar. A garantia de inviolabilidade de domicílio: análise do RE 603.616/RO a partir da teoria argumentativa de Neil McCormick. **Revista Argumentum - Argumentum Journal of Law**. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/605>>. Acesso em 02 nov. 2019.

MACHADO, Iuri Vitor Romero. Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparado. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, v.6, n.10, p. 135-166, jan./jun. 2014.

MACHADO, Iuri Vitor Romero. Posso cheirar sua casa? A nulidade decorrente da inviolabilidade de domicílio. **Sala de aula criminal**. 2018. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/posso-cheirar-sua-casa-a-nulidade-decorrente-da-inviolabilidade-domiciliar>>. Acesso em 03 nov. 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. 1 ed. São Paulo: Método, 2011.

MICHELOTI, Marcelo Adriano. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Marcelo_Micheloti.html>. Acesso em: 02 nov. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teorias dos jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL: INSTRUMENTO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

ROGÉRIO ALESSANDRO SILVA⁰¹

GUILHERME RIBEIRO BALDAN⁰²

RESUMO:

Este artigo tem por objetivo analisar, de forma não exaustiva, como a cooperação interinstitucional pode contribuir na apuração dos atos de corrupção praticados por organizações criminosas no seio da Administração Pública, partindo de uma breve análise do fenômeno da corrupção em si, da forma de atuação e dos mecanismos de enfrentamento das instituições Tribunais de Contas e Polícia Investigativa, com a finalidade de compreender se é possível, de fato e de direito, a realização de trabalhos conjuntos, como forma diferente e eficiente de investigar e responsabilizar gestores e particulares envolvidos em atividades danosas ao erário.

Palavras-chave: Corrupção. Organizações Criminosas. Cooperação interinstitucional. Tribunais de Contas. Polícia Investigativa.

ABSTRACT

This paper aims to analyze, in a non-exhaustive way, the institute of the in the crimes committed by criminal organizations, starting from the didactic material provided by the facilitator teacher of the module on this topic, as well as the as of research carried out in pertinent doctrinal texts and articles, with the understanding whether there is in fact a state investigating, prosecuting and prosecuting crimes that are committed by criminal organizations.

01 Delegado de Polícia Civil Judiciária e Assessor Técnico da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo ILES/ULBRA-RO.

02 Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí-SC. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas-RJ. Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia desde 2000. Magistrado desde 1995. Vice-Diretor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, biênio 2016/2017. Reeleito para biênio 2018/2019.

Keywords: Corruption. Criminal Organizations. Interinstitutional cooperation. Courts of Auditors. Investigative Police.

INTRODUÇÃO

O primeiro questionamento que se faz ao adentrar ao tema da corrupção é exatamente o de se saber se ela é um fenômeno ético, social, jurídico, público, privado, dentre outros, pois, a depender da resposta, poderia ser possível pensar numa forma eficiente de combate e até mesmo de prevenção, dados os efeitos deletérios que dela exsurtem para a sociedade, como se tem visto de forma mais nítida ultimamente⁰³.

Na verdade, a corrupção pode ser vista e analisada por várias lentes, a depender do observador, do pesquisador.

Segundo Furtado (2006), Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, por exemplo, em artigo intitulado “A Comunidade Internacional e a corrupção transnacional: razões para combater a corrupção”, o combate à corrupção tomou corpo a partir da década de 1980, quando a discussão abandonou o campo da ética, da sociologia e do Direito e ganhou o terreno da economia e das finanças internacionais:

Até o início da década de 1980, as pesquisas científicas acerca da corrupção eram desenvolvidas basicamente nas áreas da sociologia, do direito criminal, da administração pública, da história e da ciência política. O fundamento básico até então apontado para intensificar o combate à corrupção era o fato de que ela seria criticável do ponto de vista da ética: devia-se combater a corrupção tão-somente porque ela não se adequava aos princípios da moralidade ou aos padrões éticos.

As pesquisas até então desenvolvidas no âmbito econômico acerca da corrupção a consideravam um problema exclusivo do setor público, cujos efeitos seriam indiferentes para a economia e, em algumas situações, até benéficos, na medida em que

03 Luís Roberto Barroso, ao prefaciar a obra *Crime.gov*, de Jorge Pontes e Márcio Anselmo, afirma que: “É um equívoco supor que a corrupção não é um crime violento. Corrupção mata. Mata na fila do SUS, na falta de leitos, na falta de medicamentos. Mata nas estradas que não têm manutenção adequada. A corrupção destrói vidas que não são educadas adequadamente, em razão da ausência de escolas, deficiências de estruturas e equipamentos. O fato de o corrupto não ver nos olhos as vítimas que provoca não o torna menos perigoso. A crença de que a corrupção não é um crime grave criou um ambiente geral de leniência e de impunidade que nos trouxe até aqui, a esse quadrosombrio em que recessão, corrupção e criminalidade elevadíssima nos atrasam na história, nos retêm como um país de renda média, que não consegue furar o cerco.” (PONTES, JORGE; ANSELMO, MÁRCIO. *CRIME.GOV*: quando corrupção e governo se misturam. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, pp. 11-12). No mesmo sentido, LEITE, MARCELLO COSTA E SILVA, in “A importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção”. *Revista Controle: Doutrinas e artigos*, do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Fortaleza, vol. XIII, n. 2, dez. 2015, pp. 238-253.

algumas empresas poderiam obter tratamento favorecido ou maior celeridade em determinados processos administrativos, o que poderia resultar em ganhos benéficos econômicos individuais.

A partir da década de 1980, novas pesquisas científicas acerca da corrupção revelaram os reais efeitos econômicos que dela decorrem, no sentido de que o desempenho das economias dos países e das próprias empresas seria fortemente influenciado pelos impactos negativos gerados pela corrupção.

A constatação de que a corrupção deve ser combatida não apenas porque é reprovável do ponto de vista ético, mas também em razão dos maléficos efeitos econômicos e sociais que produz, conferiu ao tema importância que jamais lhe havia sido dada antes e criou, no cenário internacional, o ambiente propício para que se procurasse combatê-lo tendo em vista interesses reais e efetivos, relacionados à obtenção de vantagens econômicas para os países e para o setor empresarial. Enfim, o combate à corrupção sofreu impulso fundamental quando a discussão acerca da necessidade de combatê-la abandona o campo da ética, da sociologia e do Direito e ganha o terreno da economia e das finanças internacionais. [...] (FURTADO, 2006)

Em artigo que apresenta parte dos dados produzidos no projeto de pesquisa *Coordinating the Enforcement of Anti-Corruption Law: South American Experiences*, coordenado por Kevin Davis (NYU), Maíra Machado (FGV) e Guilherme Jorge (Universidad de San Andrés), financiado pela agência de fomento à pesquisa canadense *International Development Research Centre*, Machado e Paschoal (2016), em análise sobre o sistema anticorrupção brasileiro, notaram que desde o período colonial até os dias atuais, a legislação sempre previu punição para os casos de corrupção pública, estabelecendo multas, perda do cargo público, sequestro de bens, mas que foi com a Constituição Federal de 1988, que se estabeleceu um amplo e complexo sistema de controle da administração pública. Vejamos:

Desde o período colonial, perda do cargo público e multas podiam ser impostas a autoridades que recebessem “dávivas” ou “presentes” de forma direta ou por meio de seus familiares (*Ordenações Filipinas*, Livro V, Título LXXI). Após a independência de Portugal, todas as Constituições brasileiras

- 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e, em vigor, atualmente, 1988 - mencionam explicitamente que autoridades e funcionários públicos podem ser responsabilizados por diferentes formas de desvio de dinheiro público. No campo criminal, desde a nossa primeira codificação, de 1830, perda do cargo público, multa e prisão estão previstas para os ‘crimes contra a boa ordem e a administração pública’ (Código Penal 1830, art. 129-166). Disposições semelhantes estiveram presentes também nos códigos criminais subsequentes (de 1890 e 1940, em vigor atualmente).

Na segunda metade do século XX, aparece o primeiro dispositivo na esfera civil. A Lei 3.164, de 1957, estabeleceu mecanismos que permitiam o sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, de bens oriundos de atos de abuso da função pública, independentemente da responsabilização criminal. No ano seguinte, nova lei passa a proibir o 'enriquecimento ilícito', estabelecendo procedimentos civis para recuperação de valores e reparação do dano que poderiam ser iniciados pelo órgão público que sofreu o abuso, promotores e cidadãos sob certas condições (Lei 3.502/1958). Ambas as leis, contudo, raramente foram aplicadas. O cenário normativo começa a mudar com a Constituição Federal de 1988, que estabelece um amplo e complexo sistema de controle da administração pública. Como indica Marques, dispositivos provenientes de diferentes seções da Constituição podem ser organizados em três eixos: 1) controle interno exercido pelos próprios órgãos administrativos (procuradorias, corregedorias e ouvidorias); 2) controle externo exercido pelos tribunais de contas (nas esferas federal e estadual, mas também, em alguns casos, na esfera municipal); exercendo funções como órgãos auxiliares do Poder Legislativo; e 3) controle externo exercido pelo Judiciário, juntamente com o Ministério Público, por intermédio de procedimentos criminais e civis. [...]

Nos anos 1990, destacam os autores, como indicadores do fortalecimento do enfrentamento da corrupção no país, então em processo de retomada do regime democrático, o advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), a criação da Advocacia-Geral da União – AGU, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf⁰⁴ (Lei 9.613/1998), a Comissão de Ética da Presidência da República – CEP (Decreto 6.029/2007), as Comissões de Ética no âmbito do Poder Legislativo, mudanças na estrutura do Tribunal de Contas da União – TCU e as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's.

Nos anos 2000, segundo os mesmos autores, o avanço se deu por meio de duas formas de desenvolvimento institucional no campo do enfrentamento da corrupção, quais sejam:

A primeira diz respeito às reformas legais que levaram à criação de órgãos voltados a centralizar os mecanismos de controle interno da administração pública federal, do Judiciário e do Ministério Público: Controladoria-Geral da União (CGU), Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A segunda está relacionada ao movimento de internacionalização do controle da corrupção e da lavagem de dinheiro e aos desafios identificados na atuação do sistema de justiça na década precedente, que levaram à criação de órgãos voltados a propiciar mecanismos de coordenação interinstitucional, especificamente a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos (ENCCLA) e o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI-MJ).

04 A Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019, transformou o COAF em Unidade de Inteligência Financeira (UIF), vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil;

Também tiveram destaques, nos anos 2000, as Organizações Não Governamentais – ONG's de controle social e monitoramento de atividades governamentais, como Transparência Brasil, Contas Abertas e Observatório Social do Brasil, bem como a Amarribo e o Instituto de Fiscalização e Controle-IFC, estes dois últimos responsáveis pela liderança e coordenação de tantas outras ONG's de articulação nacional.

Na década de 2010, surgiram os protestos de junho de 2013, incentivadores das manifestações contrárias à PEC 37 (que buscava limitar os poderes do Ministério Público), a aprovação da Lei da Ficha Limpa (Lei 135/2010), bem como da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013). A Lei das Organizações Criminosas foi responsável por introduzir novos meios de obtenção de prova, em especial, a colaboração premiada e a cooperação institucional⁰⁵.

Em que pese, entretanto, os mais variados avanços legislativos, nacional e internacionalmente, no sentido de criar um ambiente propício ao enfrentamento da corrupção e das organizações criminosas de forma geral, é certo que, na prática, nosso processo de responsabilização se caracteriza por um cenário de multiplicidade institucional.

Observa-se, a partir da Constituição, espreado efeitos sobre todo o ordenamento jurídico nacional, essa característica de multiplicidade institucional, na medida em que um ato ilícito, assim definido como todo ato jurídico contrário à lei, gera – grosso modo – responsabilização civil, administrativa e penal, perante órgãos/instituições diferentes, com procedimentos e regras de competência próprias e marcados pela garantia da autonomia e independência funcional e de instâncias.

A cruzada contra a corrupção é mundial (TCU, 2018), pois a Organização das Nações Unidas – ONU estabeleceu, na Agenda 2030, entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis, e como meta global, “reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas” (item 16.5).

Caberá à Administração Pública, portanto, envidar os esforços necessários a esse enfrentamento, seja de forma preventiva, melhorando os mecanismos de controle público e/ou social, seja de forma combativa, revisitando institutos e instituições para, medindo desempenhos e resultados,

⁰⁵ Entendemos, salvo melhor juízo, mais apropriada a expressão “interinstitucional” para revelar a intenção da lei, ao mencionar que ela pode se dar entre as instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais (Art. 3º, VIII, da Lei 12.850/13), razão pela qual ela passará a ser adotada nesse texto;

trabalhar em prol de novos mecanismos que permitam a superação de barreiras jurídicas, culturais, pessoais, capazes de potencializar o grau de satisfação da sociedade brasileira e da comunidade internacional.

Previsão normativa, conhecimento científico, experiência e boa vontade já não são suficientes, se usados de forma isolada, insular, mas antes, é preciso avançar, agir conjuntamente, organizadamente, potencializando recursos os mais variados, no sentido de que a responsabilização dos corruptos se dê por completo, em todas as instâncias, como forma de minar definitivamente as forças inimigas do Estado e da Democracia.

Nos itens a seguir, será realizada uma reflexão sobre isso, analisando a forma de atuação dos Tribunais de Contas e, em especial, da Polícia Investigativa (Federal e Estadual), a fim de identificar pontos de convergência e conveniência na prestação de auxílio mútuo e na realização de trabalhos conjuntos.

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que tem como finalidade analisar de forma sistematizada as fontes selecionadas ao respectivo tema, com abordagem qualitativa e descritiva.

1 - A FORMA DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O complexo sistema de controle da administração pública brasileira é formado por três eixos:

- 1) controle interno, exercido pelos próprios órgãos administrativos;
- 2) controle externo, exercido pelos tribunais de contas; e,
- 3) controle externo, exercido pelo Judiciário, juntamente com o Ministério Público, por intermédio de procedimentos criminais e civis.

O controle externo, a rigor, conforme o art. 71 da Constituição Federal, é exercido pelo Congresso Nacional (leia-se Poder Legislativo), com o auxílio⁰⁶

⁰⁶ O Ministro aposentado do STF, Carlos Ayres Britto, em artigo intitulado "O regime constitucional dos Tribunais de Contas", explica em que consiste esse auxílio: "[...] Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia.[...]"

do Tribunal de Contas da União, e, de forma simétrica, nos Estados e alguns Municípios, pelos Tribunais de Contas respectivos (CF, art. 75). Certo é que o controle externo a cargo dos TC's só é externo exatamente porque é feito por órgão estranho àquele responsável pelo ato controlado.

Essa ideia de controle, em si, não é tão clara para aqueles que dele não se ocupam, mas para Fernandes (2016, p. 34-35), para “todas as organizações e para todas as atividades, o processo básico de controle utiliza praticamente as mesmas fases: a) obtenção de padrões fixados nos planos; b) avaliação de desempenho; e, c) correção dos desvios”, dando a entender, assim, que o controlador parte de um modelo ideal para analisar o que foi realizado pela Administração, corrigindo-lhes o rumo.

Segundo esse mesmo autor:

O objeto da função de controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas. São, assim, instrumentos da função: a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando à reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento.

A competência dos Tribunais de Contas é, assim, bastante ampla, incluindo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, estando sujeitas à sua jurisdição⁰⁷ qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais os entes federativos respondam, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária (CF, art. 70 c/c art. 75).

A estrutura dos tribunais de contas é aquela prevista na Constituição Federal (art. 73 e seguintes), que prevê julgadores (ministros e conselheiros) com garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens próprios da magistratura nacional (e auditores para substituir-lhes quando necessário), pois os julgamentos de contas nos tribunais de contas são feitos por critérios técnico-jurídicos, diferentemente daqueles julgamentos

⁰⁷ A respeito da jurisdição dos tribunais de contas e das polêmicas a respeito dessa terminologia, vide BRITTO, Carlos Ayres, in “O regime constitucional dos Tribunais de Contas” e JACOBY FERNANDES, J. U., in “Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência”, 4ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 120 e ss.

de contas ocorridos no âmbito do legislativo, que são feitos por critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, com base em Parecer Prévio dos Tribunais de Contas.

Em razão dessa adstrição ao critério técnico-jurídico é que são dotados de um corpo técnico, formado por profissionais selecionados cuidadosamente por meio de concurso público.

No que toca aos procedimentos pelos quais materializam suas atividades, e em que pese a extensão delas e a ausência de uma lei de caráter nacional para padronizar seu modo de agir⁰⁸, trazendo mais segurança, transparência e previsibilidade, os Tribunais de Contas, basicamente, julgam contas (de governo e de gestão) e fazem fiscalizações.

Diferem, nesse ponto, do Poder Judiciário, porque agem de ofício, independentemente de provocação (princípio da inércia), muito embora possam ser provocados a agir por qualquer cidadão (via denúncia) ou órgãos/ entidades/ autoridades públicas (via representação).

A materialização dessa fiscalização pelos órgãos de controle se dá, segundo Dias (2014, p. 233-234), Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Rondônia, mediante inspeções e auditorias, consistindo, as primeiras, no instrumento para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de fatos da administração e atos administrativos, e as segundas, para examinar a legalidade e a legitimidade de atos de gestão quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, e também para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades, bem como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

Ocorre que, como bem enfatizado por Dias (2014, p. 236), os trabalhos das auditorias não estão voltados especificamente para a detecção de erros, fraudes ou outras irregularidades, mas sim para emitir opinião e comentários sobre a adequação das demonstrações contábeis.

Tradicionalmente, os auditores dos tribunais de contas, a despeito de não haver uma legislação própria que lhes prevejam os direitos necessários à sua atuação, contam, como defende Fernandes (2016, p. 702), com poderes instrumentais mínimos para o desenvolvimento de suas atribuições, quais sejam:

⁰⁸ A PEC nº 22, traz em seu bojo, entre outras medidas de aperfeiçoamento dos tribunais de contas, a criação de uma lei orgânica de caráter nacional para harmonizar a forma de atuação dos tribunais de contas brasileiros.

Amplo acesso aos arquivos, documentos e informações que estejam sob a responsabilidade de órgãos e agentes da Administração Pública direta e indireta;

I - livre acesso às repartições públicas da administração direta e indireta, com a finalidade de apurar fatos;

II - poder de inquirir servidores e contratados pela Administração Pública; IV - amplo acesso a bancos de dados públicos, nesse caso sem necessidade de revelar o interesse, e independentemente do pagamento de taxas ou emolumentos;

V - poder de documentar as informações prestadas, colher provas, determinar a abertura de armários, cofres e, na presença de testemunhas, examinar e determinar reprodução de documentos.

Entretanto, por óbvio que o resultado de todo esse trabalho não poderia impor responsabilidades aos gestores sem as garantias do devido processo legal (contraditório e ampla defesa – CF, art. 5º, LV), daí porque ultrapassada essa fase constituída de forma unilateral, e havendo indícios mínimos de condutas irregulares ou de dano ao erário, inaugura, o Tribunal, uma nova fase, de depuração dos fatos descobertos, instaurando os procedimentos próprios (fiscalização de atos e contratos ou tomada de contas especial, por exemplo), valendo-se de regras procedimentais previstas em suas leis orgânicas e aplicando, subsidiariamente, as normas e princípios do processo civil.

Tanto na fase inicial, de fiscalização, quanto na fase processual, que se desenvolve mediante a participação dos gestores e/ou interessados e também do Ministério Público de Contas, reconhece Fernandes (2016, p. 205-206), que “a Administração tem sido bastante tímida na produção de prova, deixando de estreitar relação com outros órgãos que poderiam fornecer peritos e especialistas para robustecê-la ou defini-la”.

No mesmo sentido, Dias (2014, p. 239), ao defender a existência de uma contabilidade investigativa, que exige um conhecimento multidisciplinar, pois a investigação de fraudes, desfalques, apropriação indevida de bens públicos e até mesmo a lavagem de dinheiro, para além da contabilidade, claro, requer a expertise daqueles que atuam no controle interno de outros órgãos e daqueles que fazem parte do sistema acusatório criminal, como delegados de polícia e promotores de justiça.

É, especificamente, a respeito dessa atuação investigativa criminal, que se buscará falar no próximo tópico.

2 - A FORMA DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA INVESTIGATIVA NOS CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Dentre as atribuições expressamente outorgadas às Polícias Federal e Cíveis, nos Estados e no Distrito Federal, está a investigativa, de apurar as infrações penais (CF, art. 144, §§ 1º e 4º)⁰⁹.

Essa apuração, à toda vista, é feita mediante técnicas de investigação e materializadas em inquérito policial, presidido por delegados de polícia de carreira, no qual devem restar demonstradas, ao final, a materialidade e a autoria (e/ou coautoria, participação), além, claro, das circunstâncias em que o crime fora praticado (CPP, art. 4º e Lei nº 12.830/13).

A estrutura jurídica tradicional de enfrentamento da criminalidade no nosso país data da década de 40.

Nosso Código Penal, em que pesem as reformas pelas quais passou, ainda é o velho Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. E bem assim, nosso Código de Processo Penal, apesar das alterações, ainda é o velho Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Entretanto, por ser o crime uma grave e intolerável ofensa aos bens jurídicos mais valiosos de uma sociedade (GOMES, 2003, p. 109), a Constituição Federal relativizou o espectro de proteção da intimidade e da privacidade humanas para permitir a quebra dos sigilos de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mediante autorização judicial (CF, art. 5º, XII).

A sociedade, para o bem e para o mal, evoluiu, pois é da natureza humana a evolução, e, com isso, a criminalidade (fenômeno social) também evoluiu e se especializou, notadamente em razão do crescimento populacional desenfreado, do aumento da desigualdade social, do avanço irrefreável do consumo e, claro, da revolução tecnológica, que globalizou as relações pessoais e quebrou fronteiras territoriais, culturais e linguísticas.

Segundo Gomes (2012), são três os grupos de crimes organizados existentes no mundo de hoje:

⁰⁹ Embora seja o inquérito policial prescindível em alguns casos e embora hajam investigações criminais também no âmbito do Ministério Público, conforme já decidido pelo STF (RE 593727);

1º) o vinculado com os poderes criminais privados (organizações criminosas privadas) [do tipo PCC, por exemplo], 2º) o decorrente dos poderes econômicos (criminalidade organizada das empresas — [empresas construtoras no Brasil, por exemplo], dos bancos etc.) e 3º) criminalidade organizada estatal (dos poderes públicos, dos políticos, dos juízes, policiais, fiscais etc.).

Ainda segundo o mesmo autor, o crime organizado:

tem hoje um peso financeiro e econômico sem precedentes, visto que possui caráter global (muitas vezes) e conta, ademais, com um poder destrutivo impressionante [destruição do ser humano, da natureza, das condições necessárias para a vivência democrática etc.]. Estamos neste momento experimentando a mundialização da economia e do mercado, sem correspondente globalização da Justiça assim como dos direitos e garantias fundamentais. A fortaleza do crime organizado (terrorismo interno ou internacional, máfias, narcotraficantes, exploração ilícita dos jogos etc.) ao se deparar com a fraqueza do sistema jurídico de controle, sobretudo internacional, conduz a um cenário de regressão social onde vigora a “lei domais forte” (a lei selvagem).

Uma característica relevante do primeiro grupo, segundo o autor, o das organizações criminosas privadas:

consiste na exploração da miséria, ou seja, uso dos pequenos delinquentes [que, constituindo apenas “corpos” — braços, pernas e anatomia —, sem qualquer patrimônio cultural ou econômico ou social, são exploráveis, torturáveis, prisionáveis e extermináveis]. O crime organizado privado, especialmente no que diz respeito ao mercado das drogas ou das migrações, explora a mão de obra barata do miserável, do necessitado, otimizando seus lucros e benefícios [os que contam com maior espaço de liberdade em razão dos seus poderes exploram os que são mais vulneráveis — jovens desempregados, ex-presidiários etc. —, que ostentam menos espaço de liberdade — Ruggiero 2005].

O segundo grupo, o decorrente dos poderes econômicos nacionais ou transnacionais:

atua contra o meio ambiente, no mundo financeiro etc. Os grupos internacionais são claramente favorecidos pelo “vazio de direito público” no plano global, onde então esses poderes se sentem “desregulamentados” [sobretudo sob o império do neoliberalismo], havendo inversão da equação Estado/mercado, ou seja, o mercado fala mais forte que o próprio Estado, as empresas competem com este último, daí decorrendo a exploração da miséria em dimensão globalizada, da saúde pública etc.(...).

O terceiro grupo, o crime organizado dos poderes públicos desviados:

é o mais infame de todos, porque envolvem crimes contra a humanidade, torturas, desaparecimentos forçados, sequestros, guerra e, sobretudo, corrupção. A mais séria ameaça contra a democracia é a emanada desses grupos organizados, que sabem fazer amplo uso da mimetização dos capitais ilícitos, ou seja, sabem, tanto quanto os poderosos econômicos, mesclar dinheiro lícito com dinheiro ilícito, dando aparência de legalidade para todo o capital. A corrupção contraria todos os fundamentos da democracia (transparência, legalidade, moralidade etc.). Afeta de modo

grave a esfera pública assim como os princípios democráticos. O bemjurídico que está em jogo, quando se trata de crime organizado que envolve o poder público, é a própria democracia, ou seja, o Estado de Direito. São os fundamentos dos bens públicos que entram em crise, nesse caso. A capacidade intimidativa e corruptiva do crime organizado afeta, ademais, a própria função pública de proteção e de garantia. Ela proscreve a garantia das garantias, que é a função protetiva jurisdicional.

Como sabido, o sistema acusatório brasileiro, que se inicia com a investigação, na qual se procura esclarecer a materialidade, a autoria e as circunstâncias em que um crime fora praticado, tem se ocupado ao longo dos anos com os crimes comuns, e ainda quando praticados por organizações criminosas, aqueles praticados pelo primeiro grupo.

O crime praticado por organizações criminosas do segundo e do terceiro grupos, notadamente este último, que Pontes e Anselmo (2019, p. 29) denominam crime institucionalizado¹⁰, requer uma forma diferente de enfrentamento (2019, p. 89), sob pena de não ser combatido de forma eficiente e duradoura, dadas as suas características peculiares.

Assim é que a investigação dos crimes do terceiro grupo, o crime organizado dos poderes públicos desviados, sobretudo a corrupção praticada no seio da Administração Pública, não se faz da forma tradicional, pois é necessário, antes de mais nada, de profundo conhecimento da estrutura e do funcionamento da máquina pública em todas as suas relações, quer com outros setores da própria Administração, quer com os particulares e empresários, quer com organismos internacionais. É dizer, não basta o conhecimento elementar, é preciso conhecer bem do negócio “Administração Pública”, como o conhecem – e se notabilizam por isso! – os Tribunais de Contas brasileiros.

¹⁰ Para os autores, o crime institucionalizado é aquele cometido por um grupo em posição central e privilegiada dentro do poder público e dos “establishments” estatal e empresarial, que lança mão, de forma estruturante, dos arcabouços governamentais e da oficialidade sobre a qual detêm comando, implicando a capacidade de influência sobre mais de um dos Três Poderes da República.

E é preciso mais, de técnicas e estratégias que consigam senão igualar, ao menos fazer frente ao complexo mundo do crime organizado no seio da Administração, procurando até mesmo prevenir atos de corrupção e a consequente lavagem do dinheiro.

Foi com essa finalidade que o Estado brasileiro editou a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, definindo “organização criminosa”, dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas ao procedimento criminal, e bem assim, alterando o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) e revogando a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que até então tratava do assunto.

Dispõe, a lei, em seu CAPÍTULO II, DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA, que:

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. (sem destaque no texto original)

A lei, como visto, diz expressamente que em qualquer fase da persecução penal, ou seja, durante a investigação ou durante o processo, serão permitidos, sem prejuízos dos demais meios de prova (genéricos) previstos no Código de Processo Penal¹¹ (de maneira não taxativa, aliás), os meios de prova que elenca, dentre os quais a colaboração premiada, a captação ambiental, a ação controlada, o acesso aos registros de ligações

¹¹ Como o exame de corpo de delito, as perícias em geral, o interrogatório, a confissão, os depoimentos testemunhais, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios, etc, sendo vedadas apenas as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI);

telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, a infiltração e, em especial, a nosso ver, a cooperação interinstitucional, que será tratada no próximo item.

3-A COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL COMO FORMA DE POTENCIALIZAR OS RESULTADOS DESSAS INSTITUIÇÕES NO COMBATE À CORRUPÇÃO

A lei nº 12.850/13, como dito, prevê expressamente a possibilidade de a prova e as demais informações de interesse da investigação ou da instrução criminal serem obtidas por meio de cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais (art. 3º, VIII).

Entretanto, ao contrário do que fez com os institutos da colaboração premiada, da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, não estabeleceu critérios ou diretrizes mínimas de como ela funcionaria, dificultando, na prática, a sua realização, pois não basta à sua efetividade a elaboração de Acordos de Cooperação Técnica, por exemplo, bem comuns no seio da Administração Pública.

O acordo de cooperação técnica constitui um avanço, sem dúvidas, mas desacompanhado de ações concretas posteriores à sua celebração, pode representar mero protocolo de intenções.

O isolamento e a compartimentação das instituições públicas, fruto da estrutura burocrática do Estado, prevista na própria Constituição Federal, num sistema integrado e hierarquizado, que distribui competências entre os mais variados poderes, órgãos e setores da Administração Pública, precisam ser transcendidos quando o assunto é a prevenção e o combate à corrupção, notadamente praticada por uma organização criminosa (FERRAZ, 2012).

Não só os órgãos encarregados da persecução penal - Polícia Judiciária (Civil/Federal), Ministério Público (Estadual/Federal) e Judiciário (Estadual/Federal) - devem se aproximar, republicana e constitucionalmente, para melhorar os resultados nesse desafio, como também os demais órgãos e segmentos da Administração Pública e da sociedade, como as Controladorias (da União e dos Estados) e os Tribunais de Contas (da União e dos Estados) e as organizações de defesa e proteção da cidadania, do meio ambiente, do consumidor, etc., titulares de informações e bancos de dados de interesse mútuo (BRAGA, 2008).

Na essência, partindo-se da ideia de que o enfrentamento do fenômeno social da corrupção endêmica é dever primordial do Estado, enquanto garantidor da ordem democrática, responsável pela própria sobrevivência da sociedade, a compartimentação das estruturas de Estado, feita para o melhor desenvolvimento de suas atividades, não pode produzir resultado evidentemente oposto.

A corrupção, em última análise, é um fato, cuja investigação, apuração e responsabilização não pode, e não deve, ser feita isoladamente - e em forma de retrabalho, às vezes ao mesmo tempo -, a depender da repercussão/consequenciado poder/órgão fiscalizador/investigador/repressor.

Melhor dizendo, não raro, um ato de corrupção, vulgarmente assim chamado, representa, ao mesmo tempo, uma irregularidade fiscal administrativa sujeita a controle no âmbito dos tribunais de contas, um crime no âmbito do sistema de persecução penal (Polícia Judiciária/Ministério Público/Judiciário), além de um ato de improbidade administrativa, demandando, cada qual, um processo distinto em cada instituição antes mencionada (MACHADO e PASCHOAL, 2016).

Assim sendo, nada impede, aliás, tudo recomenda, que os casos de corrupção pública tanto mais facilmente serão detectados, prevenidos e combatidos quanto mais próximas estiverem as instituições responsáveis por sua detecção, investigação, prevenção e repressão.

A expertise de negócio dos tribunais de contas, para além de servir à própria finalidade do órgão, enquanto fiscalizador da Administração Pública, pode trazer luzes à investigação policial, enquanto lastro probatório qualificado, agregando valor à materialidade delitiva.

Por outro lado, em verdadeira via de mão dupla, a capacidade investigativa das polícias (federal ou civil), bem como do Ministério Público, dotada de ferramentas excepcionais para a elucidação não só da autoria, mas também do elemento subjetivo da conduta ilícita e das circunstâncias reais em que os crimes são praticados, tornaria a responsabilização administrativa a cargo dos tribunais de contas uma tarefa mais segura e eficiente, até mesmo ao impedir que pessoas inocentes sejam implicadas e envolvidas em escândalos de corrupção.

A Constituição Federal fala expressamente do princípio da eficiência¹², como vetor de toda a atividade administrativa no país, sendo desnecessário aqui tecer maiores ilações a respeito do que ele representa, de fato, notadamente quando se verifica que para os tribunais de contas a

12 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, "caput".

eficiência, por si só, não basta, mas também a eficácia e a efetividade dos atos administrativos em geral.

A cooperação interinstitucional, pois, além de prevista expressamente na lei, também tem assento próprio na Constituição Federal, enquanto efeito direto da forçanormativa dos princípios nela insculpidos.

A pesquisa aqui levada a efeito, a par de seu caráter não exaustivo, como anunciado inicialmente, revelou que há a necessidade de se aprofundarem os estudos dessa nova ferramenta, visando regulamentá-la, na medida em que a interação entre instituições, com a mescla de interesses e atividades, pode não ser tão simples.

À título de ilustração, o acordo de colaboração premiada de cerca de oitenta executivos da empreiteira Odebrecht em troca de penas mais brandas, feita somente com a participação do Ministério Público Federal – MPF, à revelia da Polícia Federal – PF, ainda que no âmbito da Força da Tarefa da Operação Lava Jato (na qual se subentende a cooperação interinstitucional entre o MPF e a PF), acabou por resultarna obtenção de provas que a polícia já possuía (PONTES; ANSELMO, 2019, p. 27).

Aliás, no estudo apresentado por Machado e Paschoal (2016), que fala da multiplicidade institucional em casos de corrupção, a cooperação interinstitucional (para eles, interação institucional), deveria se dar via mecanismos de coordenação, destacando principais formas de coordenação identificadas na pesquisa, as seguintes, não necessariamente nessa ordem:

- a) a padronização de procedimentos;
- b) a compartilhamento de informações e bancos de dados;
- c) a criação de grupos especializados;
- d) os feedbacks sobre o trabalho feito pelas instituições parceiras;
- e) as forças-tarefas e as operações conjuntas;
- f) as discussões coletivas para articulação estratégica;
- g) o planejamento conjunto de ações e operações;
- h) uma unidade central de coordenação;

Por outro lado, os principais obstáculos à cooperação por eles identificadosteriam sido:

- a) vaidade institucional e estabelecimento de relações de confiança;
- b) obstáculos de tempo;
- c) obstáculos de linguagem;
- d) raro compartilhamento de provas;

Chama a atenção, em particular, pelo paradoxo que representa, as considerações dos pesquisadores a respeito do que nominaram de “vaidade institucional”:

Em muitos casos, instituições decidem não compartilhar dados e informações com outras, para serem as únicas a receber o crédito por desvendar grandes casos de corrupção (Entrevista 7); em outros, por não confiarem informações sensíveis para pessoas de outras instituições, que não conhecem pessoalmente (Entrevistas 7 e 23).

Vários entrevistados destacaram, de diversas formas, que a confiança pessoal é um ingrediente que não apenas lubrifica os mecanismos de coordenação existentes, mas também permite que outras formas de interação se desenvolvam (Entrevistas 1, 2, 5, 7, 8, 11 e 17). Os processos de responsabilização por atos de corrupção invariavelmente lidam com informações sensíveis, quando não confidenciais, muitas vezes envolvendo funcionários do governo. E, em virtude disso, os operadores do sistema têm receio de compartilhar informações com pessoas que não conhecem pessoalmente e em quem não confiam. Essas narrativas foram reveladoras de certa fragilidade na confiança entre as próprias unidades, tanto no plano interinstitucional quanto no intrainstitucional. Como destaca um dos entrevistados, é a confiança pessoal que pauta em alguns casos a escolha do setor no interior de uma instituição com o qual se estabelecerá a coordenação, mesmo não sendo o mais diretamente ligado à temática, com vistas a garantir que a informação será bem utilizada e que o trabalho conjunto se desenvolverá de modo efetivo (Entrevista 23).

Apesar das dificuldades a serem superadas no território brasileiro, os excelentes resultados que têm sido apresentados pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (GIACOMETI JÚNIOR, 2019), principalmente no âmbito da Força Tarefa da Operação Lava Jato¹³, seconstitui em inequívoco estímulo.

13 A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/SC/PR) Regiões. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é um fenômeno mundial e a cruzada contra a sua expansão também. Até o início da década de 1980 as pesquisas científicas a seu respeito baseavam-se na área da sociologia, do direito criminal, da administração pública, da história e da ciência política. Mas quando novas pesquisas evidenciaram seus maléficos efeitos econômicos e sociais, gerando impactos negativos na economia e nas finanças internacionais, é que o assunto ganhou o destaque merecido.

No Brasil, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se estabeleceu um amplo e complexo sistema de controle da administração pública e de combate à corrupção, marcado, todavia, pela multiplicidade institucional, que prevê a possibilidade de responsabilização civil, administrativa e criminal, perante órgãos e instituições distintas, com procedimentos e regras de competências próprias e rígidas, e marcados pela garantia da autonomia e independência funcional e de instâncias.

Essa multiplicidade institucional e a possibilidade de responsabilização em diversas áreas do saber jurídico, ao mesmo tempo em que parece ir de encontro aos anseios de ampla e irrestrita punição dos atos ilícitos em geral, pode produzir um efeito inverso, um sentimento de impunidade, em razão de que a comunicação entre as instituições não é a regra, mas a exceção.

A edição da lei das organizações criminosas, com a introdução de novos meios de produção de prova, dentre os quais, a cooperação entre instituições assim diversas, é um passo no sentido de aproximá-las em busca da realização de um objetivo comum: o combate efetivo a atos de corrupção.

Aliás, em se tratando de combate à corrupção o ideal mesmo é que a responsabilização se dê de forma mais ampla e completa possível, de maneira a minar definitivamente as forças inimigas do Estado e da Democracia.

Um exemplo de cooperação interinstitucional que pode e deve ser feito buscando a produção de resultados cada vez mais efetivos para a sociedade é entre os tribunais de contas e as polícias investigativas, Civis e Federal.

Os Tribunais de Contas se destacam no conhecimento profundo do negócio jurídico da Administração, razão mesma da sua existência e do destaque recebido pela Constituição da República, enquanto responsável

exclusivo pelo controle externo de todos os demais poderes e instituições públicas. São dotados de estrutura, competência e corpo técnico especializado para a fiscalização ampla e irrestrita de todos aqueles que gerem recursos públicos, pessoas físicas e/ou jurídicas, públicas e/ou privadas. Ressentem-se, todavia, dos instrumentos processuais próprios da investigação criminal, de que são dotadas as Polícias Investigativas, e, inclusive, o Ministério Público, na apuração de ilícitos criminais.

As Polícias Investigativas, por sua vez, bem como o Ministério Público, em que pese a possibilidade de ampla e profunda investigação de casos de corrupção no seio da Administração Pública, como a possibilidade de obter judicialmente medidas cautelares de quebra de sigilos bancário e fiscal, além da interceptação de comunicações telefônicas, telemáticas, prisões e infiltrações, enfim, pouco conhece do negócio da Administração Pública, como os tribunais de contas.

Assim sendo, a união dos conhecimentos e das expertises de ambas as instituições, em verdadeira cooperação interinstitucional, visando o combate a ilícitos que ao mesmo tempo representem infração ou irregularidade fiscal administrativa (sob o aspecto do controle externo exercido pelos tribunais de contas) e infração penal (de interesse do sistema de persecução penal brasileiro, a cargo das Polícias Investigativas e do Ministério Público), pode, e deve, ser perseguida como nova e eficiente ferramenta de combate (e até mesmo de prevenção) da corrupção em nosso país.

Entretanto, o estudo aqui realizado, com base sobretudo na experiência colhida por Machado e Paschoal (2016), revelou que previsão normativa – ou mesmo a ausência de vedação legal –, conhecimento científico e boa vontade não são suficientes para gerar resultado positivo em termos de cooperação interinstitucional, dadas as peculiaridades e os obstáculos sobretudo culturais de cada instituição envolvida.

É necessário avançar na regulamentação desse novo meio de obtenção de prova, ainda que de forma local, ou mesmo *interna corporis*, visando identificar oportunidades de interesse em trabalhos conjuntos, critérios de seletividade, competências, atribuições, estratégias, proceduralização, comunicação, forma de atuação, cadeia de comando, poder de decisão, etc., como, por exemplo, o fez o Ministério Público Federal, com a edição do Manual de Forças-Tarefas (PALUDO, 2019).

5 - REFERÊNCIAS

BRAGA, Marcus Antônio. **Integração e Cooperação entre instituições do Estado Brasileiro no combate à corrupção**. Tribunal de Contas da União. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/integracao-e-cooperacao-entre-instituicoes-do-estado-brasileiro-no-combate-a-corrupcao.htm>> Acesso em: 8 de novembro de 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas**. Editora Fórum. Belo Horizonte-MG. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>>. Acesso em: 3 de novembro de 2019.

DIAS, Omar Pires. **A contabilidade forense como instrumento de controle e de investigações de crimes perpetrados contra o patrimônio público**. In: LIMA, Luiz Henrique (Coord.). Tribunais de Contas: temas polêmicos na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 225-245.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 3, 2016.

FERRAZ, Cláudio Armando. **Crime Organizado: diagnóstico e mecanismos de combate**. ESG. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias>. Acesso em: 7 de novembro de 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **A comunidade Internacional e a corrupção transnacional: razões para combater a corrupção**. Revista da CGU/ Presidência da República, Controladoria Geral da União, Brasília, v. 1, n. 1, p. 43-60, 2006. Disponível em: <<https://basedeconhecimento.cgu.gov.br/handle/1/1643>>. Acesso em: 4 de novembro de 2019.

GIACOMETI JÚNIOR, Isalino Antônio. **Desempenho da cooperação jurídica internacional nos cinco anos de “lava jato”**. Conj. OPINIÃO, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-24/isalino-giacomet-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>>. Acesso em: 11 de novembro 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli**. Conj. Coluna do LFG, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em: 7 de novembro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Direito Penal: Parte Geral - introdução**. 1. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2003. (Manuais para Concursos e Graduação).

LEITE, Marcello Costa e Silva. **A importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção**. Revista Controle, do Tribunal de Contas do Estado de Ceará, Fortaleza, v. XIII, n. 2, dez. 2015.

MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. **Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção**. Novos estudos CEBRAP [online], v. 35, n. 1, p. 11-36, 2016.

Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.25091/s0101-3300201600010001>>. Acesso em: 4 de novembro de 2019.

OPERAÇÃO LAVA-JATO. GRANDES CASOS. Ministério Público Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 4 de novembro de 2019.

PALUDO, Januário. **Forças-Tarefas: direito comparado e legislação aplicável** - MPF / Januário Paludo (Coordenador), Carlos Fernando dos Santos Lima, Vladimir Aras. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. 128 p. (Manuais de atuação ESMPU; vol. 8)

PONTES, JORGE; ANSELMO, MÁRCIO . **CRIME.GOV: quando corrupção e governo se misturam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional n. 22, de 2017**. SenadoFederal. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>>. Acesso em: 6 de novembro de 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública**. 2. ed. Brasília: TCU, 2018. (Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec)). Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corruptao.htm>>. Acesso em: 5 de novembro de 2019.

MÉTODO ALTERNATIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA - APAC, NO CENÁRIO AMAZÔNICO

MÁRCIA REGINA GOMES SERAFIM⁰¹

SÉRGIO WILLIAM DOMINGUES TEIXEIRA⁰²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo a análise da execução da pena nas unidades prisionais atuais e das facções criminosas existentes que impedem a ressocialização da população carcerária e o cumprimento da finalidade da pena, nos termos da Lei 7.210 de 1984. Com a evolução da sociedade, aumentou o índice de criminalidade, acarretando a superlotação carcerária e o aparecimento das facções criminosas nos presídios em face da ausência do Estado, e o desrespeito à dignidade da pessoa humana do encarcerado. Diante dessa crise no sistema carcerário, adota-se, no Estado de Rondônia, o Método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, como sistema alternativo de cumprimento de pena. Pretende-se demonstrar, com a transferência de determinados presos do sistema convencional para serem inseridos no método APAC, a eficácia deste no enfraquecimento das facções criminosas instaladas nos presídios, e por fim, que é vantajoso para o Estado e para o Poder Judiciário, a institucionalização do método. O estudo foi realizado com base em pesquisa bibliográfica e descritiva, aplicando-se questionários aos reeducandos da unidade Prisional de Colorado do Oeste, em visita ao CRS - Centro de Reintegração Social da cidade e Comarca de Ji-Paraná, o único na região Amazônica em funcionamento, alterando a realidade do presídio, bem como assegurando a dignidade do preso, para que este volte ao convívio social ressocializado.

Palavras-chave: APAC. Enfraquecimento das facções criminosas. Ressocialização do preso.

⁰¹ Aluna da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - AMERON. Juíza de Direito desde 2004. Titular da 1ª Vara Criminal de Colorado do Oeste.

⁰² Doutor em Ciência Política. Juiz de Direito, titular da VEPEMA da Comarca de Porto Velho e Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON.

ABSTRACT

This article aims to analyze the execution of the penalty in current prison units, such as the existing criminal factions, which put a stop to the resocialization of the prison population and prevent the fulfillment of the purpose of the penalty, according to the Law number 7.210 of 1984. With the evolution of society, the crime rate increased, leading to the prison overcrowding and the appearance of criminal factions in prisons in the face of the absence of the state, as well as the disrespect for the dignity of the human person in prison. In the face of this crisis in the prison system, it is adopted in the State of Rondônia the APAC Method - Association of Protection and Assistance to the Convicted, as an alternative system of serving the sentence. It is intended to demonstrate, with the transfer of certain prisoners from the conventional system to be included in the APAC method, its effectiveness in weakening the criminal factions installed in the prisons, and finally, that the institutionalization of the method is advantageous for the state and the judiciary. The study was conducted based on bibliographic and descriptive research, applying questionnaires to the convicts of the "Colorado do Oeste" Prison unit, as well as visiting the CRS - Center for Social Reintegration of "Ji-Paraná" city and county, the only in operation in the Amazon region, altering the reality of the unit, also bringing the dignity of the prisoner, so that he can fully return to the social life.

Keywords: APAC. Weakening of criminal factions. Re-socialization of the prisoner.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar se o método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados é viável ou não para ser implantando na Região Norte do país, se há vantagem para o Poder Executivo em relação a custo por preso, bem como se há benefício para que o método seja institucionalizado pelo Poder Judiciário para alcançar a finalidade da pena, conforme previsto na Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal), visando não só ao preso, mas ao cumprimento de sua pena em local distante das facções criminosas, permitindo a ressocialização do mesmo, a busca de um novo olhar da sociedade, olhar de esperança de uma nova vida.

O trabalho tem como proposta que o método APAC seja implementado para o combate do crime organizado nas unidades prisionais de Rondônia, visando à institucionalização pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, pelo Governo do Estado de Rondônia, com a finalidade de enfraquecer as facções criminosas existentes, a exemplo da realidade do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pretende-se, com a implementação da APAC, a ressocialização do preso, conseqüentemente, a diminuição da prática de novos crimes, ou seja, a diminuição da reincidência.

2. HISTÓRICO SOBRE A PENA.

Segundo (CAPEZ, 2014), o conceito de pena é sanção penal de caráter aflitivo, imposta aos culpados pelo Estado, em execução de uma sentença, pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões estando protegida a comunidade.

A finalidade da pena sofreu diversas alterações ao longo do tempo, dentre elas, tem-se a primeira teoria absoluta ou da retribuição: o fim da pena era impor castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado, pura e simplesmente retribuição a alguém pelo mal que havia cometido (*punitur quia peccatum est*).

A segunda teoria, a finalista, utilitária ou da prevenção: a pena tem o fim, imediato, de prevenção geral, representado pela intimidação dirigida ao ambiente social (incutir o medo nas pessoas para que não possam praticar condutas tidas como crime), prevenir a prática de delito pela mesma pessoa ou por outra pessoa.

A terceira teoria, mista ou eclética ou conciliatória: a pena tem dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime pela reeducação, readaptação social ou ressocialização e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

Pela teoria mista (eclética ou intermediária), a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção.

Para Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel, apud (FABBRINI MIRABETE; N. FABBRINI, 2014), toma vulto a Escola do Neodefensismo Social ou a Nova Defesa Social, que buscou instituir um movimento de política criminal humanista, fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora).

Independente do que uma ou outra teoria sustenta, a finalidade da pena, além de punir, é de ressocializar o preso, pois, só assim, a sociedade estará protegida das práticas de novos crimes ou, ao menos, a diminuição do número de crimes.

O preso, diante do que for oferecido a ele no cárcere, terá o livre arbítrio de cometer novos delitos no seio da sociedade, sabendo que voltará ao cárcere, ou procurar aceitar as condições que lhe forem proporcionadas dentro do cárcere: estudo, profissionalização, bem como o emprego, que gerará uma renda lícita para o seu próprio sustento e de sua família, o que seria ideal.

Portanto, a ideia primordial do cumprimento da pena é o binômio punir o criminoso, diante da ação criminosa, e de sua ressocialização, para que ele volte ao convívio social transformado-se em nova criatura, como um cidadão de bem, pronto para somar na sociedade livre.

2.1 - O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

Ao longo dos anos, as penitenciárias brasileiras não receberam a atenção devida por parte dos órgãos envolvidos na execução de pena, em especial do Poder Executivo. Conforme bem destacado por (GRECO, 2016), a ausência de compromisso por parte do Estado com os problemas no cárcere, inclusive por falta de orçamento destinado ao sistema penitenciário quase nunca suficiente para subsistir as necessidades básicas dos presos, gerando ofensa aos direitos dos mesmos, com a superlotação carcerária, com a falta de alimentação adequada, de local apropriado de banho de sol, de água potável para higiene pessoal, de kits de higiene, de atendimento médico, de medicação, de vagas de trabalho, de cursos educacionais, de colchões para dormir.

Na verdade, há falta de compromisso por parte do Estado para tratar essas mazelas do cárcere, mas deve-se destacar o que pensa parte da sociedade: que além da sentença à qual a pessoa foi condenada, é necessário que, dentro do cárcere, a sua vida seja a pior possível, sem qualquer direito básico, tentando infligir pena maior do que a prevista em lei, ainda com os resquícios do que acontecia nos séculos passados, o corpo deveria sofrer consequências pelo descumprimento da ordem social, sem qualquer observância à dignidade da pessoa humana.

Além da falta do Estado em conceder os direitos básicos aos presos, eles sofrem também com o tratamento degradante por partes dos agentes penitenciários, os quais não recebem qualificação específica para lidar com eles, nem cursos de relação humana.

A falta de salários dignos, torna-os frágeis para se corromperem e permitirem a entrada de drogas, celulares e aceitarem outros favores dos presos ou de seus familiares, em troca de dinheiro. Tem-se, como causa da crise penitenciária, segundo (GRECO, 2016), o controle ineficiente por parte daqueles que deveriam atuar/fiscalizar o sistema penitenciário:

A culpa por essa ineficiência não deve ser creditada somente ao Poder Executivo, ou

seja, aquele Poder encarregado de implementar os recursos necessários ao sistema penitenciário. [...] Caberá, portanto, aos Promotores de Justiça, aos Defensores Públicos e aos Juízes encarregados da execução penal a fiscalização periódica dos sistema, investigando os motivos pelos quais a Lei de Execução Penal não vem sendo cumprida, e os direitos mínimos dos presos, ignorados, para que sejam

efetivamente punidos os responsáveis pelo voluntário descumprimento da lei⁰³.

Quando os presos não aguentaram mais essas mazelas nos presídios, uniram-se criando a primeira organização criminosa, intitulada Comando Vermelho, no ano de 1979, no Instituto Penal Cândido Mendes, na cidade de Angra dos Reis, no Estado do Rio de Janeiro, descendente da Falange Vermelha, grupo político radical.

O Comando Vermelho é a organização criminosa mais antiga do Brasil, formada por presos comuns e presos políticos. O Comando Vermelho especializou-se em crimes de roubos em bancos, empresas e joalherias. Dentre as primeiras medidas instituídas pela organização, foi a criação de um

caixa comum, para arrecadação de proventos de atividades criminosas, bem como de dinheiros concedidos por ex-presos, quantia esta denominada dízimo.

Esse caixa era para financiar fugas de presídio, mas também para amenizar as condições precárias vivenciadas pelos presos. Portanto, aquilo que o Estado deveria fornecer (alimentação, saúde e segurança) o Comando Vermelho fornecia.

A facção do Comando Vermelho possui regras rígidas internas e inquebráveis. Existe até um tribunal do crime, no qual os chefes, a maioria presos, decidem o que fazer com os transgressores. Caso algum membro informe à polícia a prática de algum ato a ser praticado pela facção ou mudar para outra facção, este é punido com a morte, dentre outras penalidades.

Espalhado pelo Brasil afora, o Comando Vermelho, instalou-se em diversos presídios e conquistou jovens e, nesses locais, muitos presos são mortos por negarem a ajudar financeiramente às organizações, ou quando jovens ou adultos não aceitam entrar na organização em troca de algum benefício, muitas vezes, benefício financeiro à família do preso.

Não é diferente na região amazônica, pois aqui em Rondônia existem presos dessa facção há anos. Diante da criação e funcionamento do Comando Vermelho, outros presos organizaram-se e criaram outras facções, com a finalidade de praticarem novos crimes, previamente ajustados no cárcere ou depois de conquistarem a liberdade.

Após, foi criado o Primeiro Comando da Capital – PCC, no Estado de São Paulo, fundado em 31 de agosto de 1993, na Casa de Custódia de Taubaté, tendo inclusive um estatuto, estabelecendo normas de conduta dos membros da facção. Em seguida foram criadas outras organizações criminosas nos Estados, dependendo de cada região, condição dos presos e suas ideologias.

Essas organizações criminosas estão presentes inclusive nas pequenas cidades, como na Cadeia de Colorado do Oeste, unidade prisional de baixa periculosidade, onde agentes penitenciários foram surpreendidos, no último dia 31 de agosto de 2019, com o grito de guerra do PCC pelos presos da unidade⁰⁴.

Os grupos criminosos não são só organizados dentro das prisões, mas também fora delas, porque são financiados pelo tráfico de drogas e

⁰⁴ Gravação de áudio, fornecida pelo Diretor da Unidade Prisional de Colorado do Oeste. Unidade da qual sou juíza Corregedora, desde o ano de 2011.

por prática de outros crimes financeiros, transformando esse comércio de criminoso em dinheiro, que é lavado, tornando-o lícito - lavagem de dinheiro. As organizações são extremamente arquitetadas e organizadas para obterem poder, dinheiro e armas de fogos.

Dentro das prisões, os novos condenados que iniciam o cumprimento de suas penas, são perseguidos, humilhados, ameaçados e agredidos para que sejam “batizados” em uma das organizações criminosas, sob pena de ameaças de morte para eles e membros de sua família e ainda que estejam fora das prisões, são perseguidos até que se rendam às organizações.

É comum ouvir relatos de familiares de presos que se sacrificaram para adquirir produtos de higiene, alimentos e dinheiro, e esses objetos são tomados pelos faccionados, ficando os presos oprimidos e perseguidos para se tornarem membros de facções, o que acaba inevitavelmente acontecendo, para salvaguardar suas famílias.

Ao se tornarem membros, as facções passam a sustentar os presos dentro das celas e de suas famílias, que estão fora do presídio sendo, por isso, impedidos de saírem das facções e obrigados a cometerem crimes planejados pelos chefes das organizações.

Nota-se que as facções seduzem jovens que entram nas prisões, levando-os a sonharem em se profissionalizar no crime e a desejarem ser membros efetivos de uma facção. Esses jovens se espelham em muitos chefes de facções, como Fernandinho Beira Mar – que, preso em 2001 pelo exército colombiano, foi comparado a Pablo Escobar, tamanho o poder que fora por ele conquistado. Segundo (AMORIM, 2015), em 2002, Fernandinho Beira-Mar foi considerado pelo Presidente norte-americano, George W. Bush, através de decreto, uma ameaça à segurança pública dos Estados Unidos.

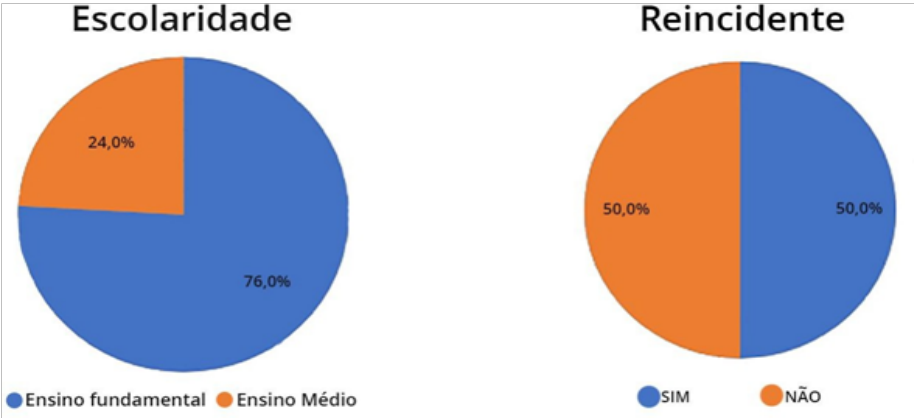
Hoje, Fernandinho Beira-Mar consegue comandar o tráfico de drogas e outros crimes, através das penitenciárias federais do Brasil e conhecido como maior traficante da América do Sul. Pela sedução ao crime, ao poder e dinheiro, as lideranças do crime organizado estão intimamente ligadas à população carente, que, na maioria, não tem mais que 30 anos.

Afirma (AMORIM, 2015), que o maior negócio das organizações criminosas, o tráfico de drogas, ultrapassou as fronteiras do crime comum e chegou aos sistema financeiro e aos altos políticos, que têm suas campanhas eleitorais financiadas pelo dinheiro do tráfico, lavados por cadeias do sistema financeiro.

É certo que o Brasil ainda não está preparado para enfrentar o crime organizado, no entanto, delegados da Polícia Federal trabalharam com muito afinco na Operação Lava Jato, investigando políticos e empresários que desviaram trilhões dos recurso da administração pública, que poderiam ser investidos em políticas públicas. É preciso leis mais duras eefetivas. É preciso investir em sistemas avançados de investigação do crime organizado, nos agentes públicos para combater esse mal que se assolou em nosso país.

A realidade da unidade prisional de Colorado do Oeste demonstra a falta de interesse dos reeducandos de estudarem, por falta de espaço suficiente, falta de investimento em curso profissionalizantes e de cursos universitários, bem como de investimento em vaga de trabalho. Assim, obtivemos os seguintes dados⁰⁵ dos reeducandos inseridos no sistema comum.

Figura 1 - Fechado



Fonte: O autor (2019)

No primeiro gráfico, verifica-se que 76% dos presos do regime fechado da Unidade Prisional de Colorado do Oeste possuem tão somente o ensino fundamental, ainda que a unidade ofereça ensino, alfabetização, fundamental, médio, com aulas presenciais, através da educação de jovens e adultos, supletivo (CEEJA).

No segundo gráfico, verifica-se que 50% dos presos do regime fechado da Unidade Prisional de Colorado do Oeste são reincidentes, ou seja, já sofreram outras condenações com trânsito em julgado.

⁰⁵ Questionários respondidos pelos reeducandos do regime fechado e semiaberto da Cadeia Pública de Colorado do Oeste, no período de 12 a 15 de agosto de 2019.

Figura 2 - Semiaberto



Fonte: O autor (2019)

No primeiro gráfico, verifica-se que 76% dos presos do regime semiaberto da Unidade Prisional de Colorado do Oeste, possuem o ensino fundamental, 16% estudaram até o ensino médio, uma pequena percentagem tem ensino superior e outra não estudou.

No segundo gráfico, verifica-se que 36% dos presos do regime semiaberto da Unidade Prisional de Colorado do Oeste são reincidentes e 64% não são reincidentes, isso porque muitos deles, sofrem apenas uma condenação e de delitos com pena até 8 anos.

Como não há ressocialização, esses presos do regime semiaberto, quando saírem do cárcere irão novamente reincidirem, isso se não cometerem faltas graves, o que ocasionará penalidade de regressão de regime. Isso demonstra claramente a falta de incentivos para ressocialização do preso, para que ele não seja reincidente.

Quanto à reincidência, dizia (FOUCAULT, 2018, p. 260) que os presos, após saírem do cárcere, têm-se mais chance que antes de voltar para ela, pois não são ressocializados. Assim, condenados são, em proporção considerável, antigos detentos. E ainda, afirmava o autor:

A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras (...) As condições dadas aos detentos libertados nos condenam fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; porque tem designação de domicílio, ou proibição de permanência; porque só saem da prisão com um passaporte que têm que mostrar em todo lugar onde vão e que menciona a condenação que sofreram.

Assim, verifica-se que os presos, ao deixarem os presídios, já estão marcados pela discriminação de serem ex-presidiários e, com isto, não conseguem ou não têm oportunidades de vagas de emprego, não restando outra alternativa senão de praticarem novos delitos para obterem recursos para o seu próprio sustento, bem como de suas famílias.

Essa é a realidade da prisão no Brasil.

2.2 - RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO.

A pena será aplicada pelo magistrado (Poder Judiciário), visando duas funções: a) reprovar o mal injusto praticado pelo infrator (punição); e, b) a prevenção cuja finalidade é ressocializar o infrator para que este não mais volte a delinquir, promover a integração social do condenado, bem como inibir que novos delitos sejam praticados por potenciais infratores.

A ressocialização do preso condenado a pena privativa de liberdade é uma das finalidades da pena expressa no Brasil, mas precisamente na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: *“Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*.

Percebe-se pelo disposto, que um dos objetivos da execução penal é propiciar a gradual e harmônica reinserção social do preso condenado. Tal escopo (...) não pode ser alcançado sem o apoio da comunidade. Não é por outra razão que o artigo 4º, da mencionada lei⁰⁶ estabelece que o Estado deve recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena.

Afirma (PRADO et al., 2011, p. 38/39), sobre o art. 1º da LEP, que:

O espírito normativo do aludido artigo é explicitado na exposição de motivos, onde se enuncia que “nenhum programa destinado ao enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário” (item 24). ‘muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, que através das pessoas jurídicas ou naturais, que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos)’ – item 25.

⁰⁶ Artigo 4º da LEP, dispõe: art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Essa corresponsabilidade da comunidade, para se alcancem os objetivos da execução criminal, vem se manifestando, em alguns Estados, como fator positivo no despertar do cidadão como ente colaborador do Estado em áreas sensíveis como da administração penitenciária.

Portanto, é necessário a colaboração da igreja católica e de outras denominações religiosas, que tenham carisma, para trabalharem com a espiritualidade dos presos. Também deve-se buscar meios junto às empresas e comunidade em geral, para assistência material aos presidiários e aos seus familiares.

Sabemos que o sistema carcerário não reabilita o preso, sendo assim, a pena privativa de liberdade perde o seu caráter ressocializador. Isto porque, nas prisões, os presos são humilhados e violentados, sua dignidade e os seus direitos não são preservados e, conseqüentemente, aquele condenado que deveria ser reeducado acaba voltando para o crime.

Portanto, o Estado não consegue alcançar o objetivo da pena de ressocializar o condenado e nem mesmo o condenado acredita que é possível a mudança de vida no cárcere. É preciso que os autores da execução da pena⁰⁷, como o Poder Executivo, desenvolvam políticas públicas, bem como o Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública e Comunidade possam ter iniciativas de projetos que recuperem o preso.

Em Rondônia, são inúmeros os projetos desenvolvidos nas diversas comarcas, que possuem presídios e cadeia pública, as quais abrigam presos dos regimes fechados, semiaberto e provisórios, tanto do sexo masculino como do feminino. Vários projetos são desenvolvidos no Estado, fábricas de artefatos (bloquetes e manilhas), marcenarias, horta, projetos de leitura, culturais, profissionalizantes etc.

No entanto, a exemplo da Cadeia Pública de Colorado do Oeste, que recebe assistência educacional, cultural e oferta de vagas de trabalho através de convênios, em razão de outros fatores detectados nos presídios, não há efetiva ressocialização, a reincidência ainda é alta e, com tudo isso, ainda não alcançamos a finalidade da pena.

07 O artigo 61 da LEP lista os órgãos da execução penal: Art. 61. São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade; VIII - a Defensoria Pública.

2.3 - MÉTODOS DE RESSOCIALIZAÇÃO COMO MECANISMO DE ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO

Pelo atual sistema vigente de cumprimento de pena privativa de liberdade, sem políticas efetivas por parte dos envolvidos na execução da pena: Poder Judiciário, Ministério Público, Poder Executivo e comunidade, em especial as igrejas, para a realização de um trabalho espiritual, social, educacional, psicológico, não haverá um retorno do preso à sociedade devidamente dissociado dos grupos criminosos organizados – facções.

É necessária e urgente a criação de políticas públicas que melhorem o sistema prisional, pois os presos são trancados em locais insalubres, degradantes e hostis, sem a menor perspectiva de melhoria. No verão amazônico, em que as temperaturas são altíssimas, os presos ficam, com certeza, em situação desumana, pois as celas não possuem ventilação adequada, outras sem qualquer ventilação, são pequenas e sem espaços suficientes para receberem presos, que ficam amontoados, dormindo uns sobre os outros, as vezes sentados, submetidos a constantes violências físicas, morais, psicológicas e sexuais. São expostos ao risco de doenças infecciosas.

É preciso a construção de novos modelos de presídios para presos de alta periculosidade e outros para aqueles de média periculosidade, bem como outros para presos de baixa periculosidade. É necessário uma mudança radical no tratamento humano dos que estão carcerados, oferecendo alimentação adequada, assistência médica, odontológica, psicológica, medicação, espaço para enfermagem e recreação.

É certo que a situação prisional brasileira está passando por mudança significativa, ao menos há uma boa vontade para que aconteça essa mudança, com as edições de Resoluções pelo Conselho Nacional de Justiça, que determinou a criação dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) em todos os tribunais brasileiros, com a finalidade de fiscalização e monitoramento no sistema carcerário (Resoluções nº 96 de 2009 e 214 de 2015), bem como de outras que visam a ressocialização do preso através de práticas da justiça restaurativa (Resolução 225 de 31 de maio de 2016 do CNJ).

O Conselho Nacional de Justiça também criou o Banco Nacional de Monitoramento de Prisão - BNMP2.0, visando o controle de cumprimento das ordens de prisão e soltura de preso em âmbito nacional e em tempo real. Esse controle de entrada e saída de presos no cárcere, permite que eles não

fiquem esquecidos nas prisões, sem um julgamento adequado, condenação ou absolvição, ou seja, de uma resposta, por parte do Estado, não só ao preso, mas também à vítima (sociedade).

A criação do SEEU - Sistema Eletrônico de Execução Unificado, novo sistema eletrônico de execução de pena, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná e Conselho Nacional de Justiça, inovou em muitos aspectos, dentre eles, na confecção de atestado de pena a cumprir.

O próprio sistema calcula, automaticamente, a pena do condenado, a partir de lançamentos das guias de execução, bem como, de benefícios de remição de pena, a vantagem é que não há mais sobrecarga de servidores das varas de execução para efetuarem cálculos de pena (atestado de pena), de sorte que todos os envolvidos na execução, seja a Defensoria Pública, Ministério Público, Advogados e diretores das unidades podem ter acesso aos processos e obterem os cálculos atualizados, através do acesso a qualquer computador.

Mas é preciso investir em políticas públicas, para que os presos possam cumprir apenas com um mínimo de dignidade, como sustenta Kenya Margarita Espinoza Valásquez e Milagro Mengana Catañeda, apud (GRECO, 2016, p. 242/244):

Para essa crise penitenciária, foram propostas soluções em 3 âmbitos: a) A política criminal, um dos fatores fundamentais para que as funções atribuídas às penas sejam cumpridas é, efetivamente, o combate à corrupção, permitindo-se, dessa forma, o cumprimento das determinações legais destinadas à execução penal. [...], somente levando ao cárcere os casos graves, que importem em violação a bens jurídicos de maior importância. [...]

b) No âmbito da política penitenciária existe a necessidade de uma efetiva fiscalização pelos órgãos competentes, Ministério Público e do Poder Judiciário, bem como a preparação dos funcionários encarregados de exercer suas funções perante o sistema prisional. [...]

c) A política estatal é de vital importância para o alívio do sistema carcerário. Os Estados devem cumprir as determinações constantes em suas Constituições, bem como nos Tratados e Convenções Internacionais de que são signatários, implementando os direitos sociais e necessários a evitar o abismo existente entre as camadas da sociedade. Assim, o Estado deve cumprir suas funções sociais, permitindo que a população mais carente tenha acesso à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, à habitação, enfim, acesso aos direitos básicos do cidadão.

Assim, jovens presos são seduzidos pelas organizações criminosas, pelo poder, droga e armamentos pesados e, por não se oferecer nada de concreto contra essas sedução.

É preciso mudar e, para isso, o Estado deve investir em políticas públicas de prevenção, para que diminua a punição, antes mesmo que estes jovens pratiquem o primeiro delito de pequena periculosidade para não mais sair dele e, então, praticarem crimes mais graves, atuando nos presídios, verdadeira escola do crime.

2.4 - MÉTODO APAC - ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS.

2.4.1 - Histórico

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC nasceu em São José dos Campos, São Paulo, no ano de 1972, no mesmo período em que se iniciaram rebeliões em Rio de Janeiro e São Paulo, coincidindo os períodos do surgimento das facções, demonstrando que o Estado era falho nos presídios e não cumpria com as suas obrigações em relação ao preso e a sua pena.

Um dos criadores da APAC foi o jornalista Mário Ottoboni, inspirador do método e apóstolo dos condenados, aos quais dedicou por ato de amor incondicional e desprendido, a sua vida⁰⁸. Segundo Ottoboni, o método foi criado para desenvolver um trabalho com a população prisional da única cadeia existente na cidade de São José dos Campos e com o objetivo de amenizar as aflições de uma população em constantes rebeliões e os atos de inconformismo dos presos, que viviam amontoados no estabelecimento situado na região central daquela cidade.

A finalidade da APAC é de valorização da pessoa humana, oferecendo ao condenado condições de recuperar-se e, com o propósito de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça. O método rompe com o sistema penal vigente, cruel em todos os aspectos e que não cumpre a finalidade precípua da pena: preparar o condenado para deixar o presídio, desenvolvendo condições de conviver harmoniosamente e pacificamente com a sociedade. A metodologia tem como princípio valorizar o ser humano em sua essência, evangelizá-lo, reconhecê-lo, como uma pessoa que não

⁰⁸ Mário Ottoboni, nasceu em Barra Bonita/SP, teve participação ativa na vida política da cidade de São José dos Campos. Advogado e jornalista, idealizador do método APAC, criada no ano de 1972, mérito reconhecido pela Organização das Nações Unidas. Faleceu no dia 14/01/2019, aos 88 anos, deixou 4 filhos e netos. Frase que mudou a vida de Mário: “Eu estava na prisão, e fostes visitar-me”.

teve oportunidade de conviver em um lar estruturado, com oportunidade de estudo, de emprego e de conhecer a Cristo Jesus. Portanto, a APAC é o método que visa a valorização humana e também de evangelização, pois esses dois aspectos se interligam e se complementam.

O Método cuida, em primeiro lugar, da valorização humana da pessoa que errou e que, segregada ou não, cumpre pena privativa de liberdade. O ponto alto do método é o processo de evangelização, por ele vai-se criando raízes na personalidade do ser humano, libertando-o de todas as amarras que o escravizam.

(GRECO, 2016), em sua obra, dá um enfoque sobre a importância do processo de evangelização do preso:

Depois de conhecer pessoalmente um número considerável de penitenciárias no Brasil e, também na Espanha, posso dizer, com segurança, que um dos fatores mais importantes para a efetiva reinserção do condenado no convívio em sociedade é, de fato, sua conversão, vale dizer, a entrega, verdadeira, de sua vida a Jesus Cristo.

[...]

O ambiente, as fisionomias, os comportamentos, a higiene, enfim, tudo é diferente nas celas dos presos convertidos. E não se pode dizer que isso é pura imaginação de alguém que acredita que a Bíblia seja a Palavra de Deus. Por mais que se queira repudiar esse pensamento, Deus tem propósitos também para os presos.

De acordo com estudos realizados, as vantagens do método APAC são:

a) Preserva os elos afetivos: a visita da família mantém vivos os elos afetivos do recuperando. O calor humano da família, dando ou recebendo orientação, aconselhamento, notícias de amigos e parentes dão-lhe alento, estimulando a voltar para o meio em que vivia;

b) Menor número de recuperando nos Centros de Reintegração Social, diminui ou evita: formação de quadrilhas; constituição de pequenos grupos que subjugam os mais fracos; entrada de drogas; indisciplina; violência e corrupção;

c) Aumenta a segurança e o controle da população prisional, pois proporciona: facilidade de revistas nas celas; ordem no sistema com ajuda de recuperandos; separação por estágios dos recuperandos de melhor e pior comportamento; atendimento de emergência, concernente à assistência

médica e hospitalização;comparecimento a velórios de parentes e outros atos de relevante importância;

d) os Centros de Reintegração Social: área para laborterapia, sala com aproveitamento para aulas de conhecimentos gerais, valorização humana, religião, alfabetização, reflexões de grupo, televisão, atos religiosos e tudo mais que possa concorrer para recuperação;

e) custo mensal do preso é menor do que o Estado gasta por preso no sistema comum, vez que não há agentes penitenciários, não há qualquer tipo de polícia para cuidar do preso. É o preso cuidando do preso, para sua recuperação.

Vejamos ainda, dados positivos, informados no site da FBAC, sobre os recuperandos inseridos no método⁰⁹:

Quadro 1 - Média de Reincidência

Internacional	70%
Nacional	80%
APACs	15%

Fonte: Portal FBAC

Quadro 2 - Trabalho nas APAC's

Laborterapia	1.670
Oficinas e Unidades Produtivas	725
Trabalho para a APAC	266
Trabalho externo	589
Total de recuperando trabalhando	3.250

Fonte: Portal FBAC

Quadro 3 - Educação e Profissionalização

Ensino Fundamental	778
Ensino Médio	637
Ensino Superior	144
Curso Profissionalizantes	56
Total de recuperandos estudando	1.615

Fonte: Portal FBAC

Pelas tabelas acima, verifica-se que o índice da reincidência dos presos inseridos no método APAC é muito baixo, cerca de 15%, em relação à média nacional, no método convencional, que é de 80%. Todos presos inseridos no

09 Fonte:<http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>

método APAC recebem educação, são profissionalizados e trabalham segundo a competência de cada um.

O método apaqueano possui 12 elementos:

- 1) Participação da comunidade - previsto no próprio art. 4º da LEP, na necessidade da cooperação da comunidade no processo de recuperação do recuperando;
- 2) O recuperando ajudando o recuperando - despertar no recuperando a necessidade de ajuda mútua para construção de valores humanos;
- 3) Trabalho - o trabalho é necessário para o reeducando ficar fora da ociosidade e deve ser diário;
- 4) Espiritualidade e a importância de se fazer a experiência com Deus;
- 5) Assistência jurídica - para conferir os direitos e garantias do recuperando;
- 6) Assistência à saúde - médica, odontológica e psicológica;
- 7) Valorização humana - base do Método APAC- objetivo de priorizar o ser humano. Ser chamado pelo seu próprio nome. Incentivá-los aos estudos e procurar resgatar o amor à família;
- 8) A família - Do recuperando e da vítima;
- 9) O voluntário e o curso para sua formação - o trabalho é baseado na gratuidade, na ajuda ao próximo, mantendo-se por doações;
- 10) Centro de Reintegração Social - CRS - é o local em que os recuperando cumprem suas penas, sendo formado pelo regime fechado, semiaberto e aberto;
- 11) Mérito - será sempre pelo mérito que o recuperando irá progredir, sendo observado, diariamente seu comportamento;
- 12) A jornada de libertação com Cristo - são realizações de palestras, propostas levando o recuperando a repensar um novo sentido para a sua vida.

Após ter dado certo, o método foi expandido do interior do Estado de São Paulo para o Estado de Minas Gerais, sendo a primeira APAC a de Itaúna/ MG e, em 1997 criado o CRS, uma referência nacional e internacional.

O magistrado da Comarca de Itaúna, Dr. Paulo Antonio de Carvalho, afirmou no prefácio do livro *Vamos Matar o Criminoso?* (OTTOBONI, 2001),

que participou de um Seminário, no ano de 1995, ministrado por Mário Ottoboni, em que expôs as linhas mestras do Método APAC, no tratamento do condenado, oportunidade que ouviu a novidade no trabalho:

A existência de presídio sem policiais, onde os próprios presos tinham as chaves das celas e compartilhavam sua administração, trabalhavam o dia todo, tinham assistência da família e da comunidade, religião, cursos de profissionalização e, o que é mais importante, deixavam, no interior da prisão, a vida do crime e se transformavam em homens do bem.

A partir do Seminário o magistrado Paulo Antonio de Carvalho, passou a mudar sua mentalidade de ver o preso e de perceber a execução de pena, de que é possível “matar o criminoso e salvar o homem”, bastando, para tanto, que se viva a mensagem de Cristo de que ele está atrás das grades é nosso irmão e que se lhe dispense todo o amor capaz de redimi-lo.

Com a instalação da APAC de Itaúna e seu sucesso, foram implantadas outras em várias cidades do Estado de Minas Gerais. Com a implantação de novas APACs, Mário Ottoboni, pensou em criar uma entidade que pudesse orientar, fiscalizar e padronizar o método APAC, por isso, foi criada a FBAC - Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados¹⁰, entidade com finalidade de além de orientar, fiscalizar, zelar pela unidade e uniformizar as APACs no Brasil e assessorar a aplicação do Método APAC no exterior. É filiada à Prison Fellowship Internacional - PFI, organização consultora da ONU para assuntos penitenciários.

Hoje as APACs de Minas Gerais são apoiadas pelo Programa Novos Rumos que mantém e aprimora a propagação da metodologia APAC nos municípios de Minas Gerais, buscando a sensibilização da comunidade para as práticas de humanização da pena e do Juízo da Execução, para a devida aplicação da Lei de Execuções Penais. Atualmente, existem 53 APACs em funcionamento e 77 em implantação, no total de 130¹¹. O método APAC se expandiu para outros 16 países, dentre eles: Costa Rica, Colômbia, Chile, Bolívia, Portugal, Alemanha, Argentina, Noruega e Porto Rico.¹²

10 FBAC- Fraternidade Brasileira De Assistência Aos Condenados, tem sede atual na cidade de Itaúna-MG, desde 2004. Sede equipada e sustentada por doações.

11 Fonte: FBAC. <http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>. <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/noticias-site/2797-fbac-participa-do-iii-forolatinoamericano>.

12 Segundo informação da FBAC - FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/noticias-site/2797-fbac-participa-do-iii-forolatinoamericano>.

2.4.2 - APAC no cenário Amazônico

Na região Norte, a primeira APAC a ser instalada foi na Comarca de Ji-Paraná, após o método existir há mais de 40 anos. As autoridades envolvidas na execução de pena, Juiz Edwaldo Fantini Júnior e a Promotora de Justiça Eiko Vieira Araki, convencidos da mudança de mentalidade dos presos através da metodologia da APAC, iniciaram, no ano de 2017, os trabalhos para implantação e, em 19/03/2018, foi inaugurado o Centro de Reintegração Social – CRS da APAC, após os inúmeros esforços despendidos pelo magistrado e promotora de justiça.

O Centro de Reintegração Social de Ji-Paraná tem capacidade para 80 presos, conta atualmente com 61 recuperandos¹³, sendo que destes, 31 cumprem pena no regime fechado, 18 no semiaberto interno e 12 no semiaberto externo. Os recuperandos do semiaberto externo trabalham em diversos locais, um deles faz faculdade presencial do curso de Administração de Empresa.

Do semiaberto interno, dois recuperandos cursam faculdade de Administração presencial, com bolsa de 100%, e um cursa à distância. Do regime fechado, 4 recuperandos cursam faculdade à distância. Os recuperandos não ficam ociosos, todos trabalham, seja dentro do CRS, auxiliando à administração, na segurança (auxiliar de inspetores), na cozinha, limpeza, padaria, laborterapia (terapia ocupacional), bem como estudam dentro da unidade. Durante o período de funcionamento, houve 4 fugas (junho de 2019).

Em entrevista com o recuperando Roberto Carlos Costa¹⁴, afirmou o que significou a APAC em sua vida:

Tomei um choque de realidade quando fui transferido para a APAC, tirou a roupa do presídio e passou a vestir roupas comuns, passou ser chamado pelo nome, minha identidade foi devolvida, resgatando a dignidade. Foi muito difícil ser inserido, por ser método rígido, com muita disciplina, porém, com amor, respeito e confiança. O ponto fundamental da APAC é a disciplina. No sistema há um encontro com Deus. A espiritualidade é um dos elementos da APAC, mas o maior é a disciplina. São 12 elementos que têm que andar juntos para que deem certo na APAC. No

13 Dados obtidos em visita desta aluna ao CRS de Ji-Paraná em 11/09/2019, fornecidos por Rosimere Benício Moraes, encarregada administrativa (funcionária contratada).

14 Roberto Carlos Costa, ex-presidiário, recuperando, cumprindo livramento condicional da pena. Foi condenado a 26 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, por tráfico internacional de drogas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dos quais 6 anos no sistema convencional, no Estado de Minas Gerais. Foi inserido no método APAC em Minas Gerais e depois transferido pela APAC de Ji-Paraná/RO. entrevistado por esta aluna, em 11/09/2019, no CRS em Ji-Paraná/RO.

sistema comum, os presos não acreditam em nada e nem na ressocialização. A APAC foi uma ferramenta que DEUS colocou na minha vida, não tinha mais família e nem trabalho, tirados pelo sistema comum. Com a APAC estou resgatando minha vida, hoje estou construindo uma nova família, trabalho atualmente como funcionário contratado na APAC e dela tira o meu sustento. Com a APAC quem ganha é a sociedade, pois tem como lema, socorrer a vítima e proteger a sociedade, promover a justiça e ressocializar o preso. Minha vida foi transformada quando foi inserido na APAC. Sou grato ao método APAC, deveria trabalhar de joelhos e dormir de joelhos agradecendo a existência do método. A APAC transpira paz, porque amando o próximo, amarás a Cristo. APAC é um método revolucionário e de Deus¹⁵.

O método existe há mais de 45 anos e foi apresentado à maioria dos magistrados de Tribunal de Justiça de Rondônia que trabalham com a execução de pena no ano de 2017, no Encontro Estadual de Juízes Criminais, com a presença do Presidente da FBAC, Valdeci Antônio Ferreira, e do juiz da 1ª Vara Criminal de Itaúna/MG, Dr. Paulo Antônio de Carvalho, responsável pela APAC de Itaúna. Com o encontro, alguns magistrados de Rondônia acreditaram no método, como eficaz para recuperação do preso.

A existência de APAC's no Estado de Rondônia é uma oportunidade do preso ser recuperado e tornar-se um homem novo na sociedade, honesto, digno, responsável, trabalhador, disciplinado com a família reestruturada, como aconteceu com o recuperando Roberto Carlos Costa.

O reeducando no CRS de Ji-Paraná custa R\$ 1.000,00, sendo que no sistema comum, o preso custa em torno de R\$ 3.000,00, portando demonstrando a vantagem econômica em adotar o método pelo Estado. Seguem as informações do Conselho Nacional de Justiça¹⁵:

Figura 3 - Custo Mensal de Manutenção de Um Preso



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

¹⁵ Dados obtidos no site: <https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios/>.

O equívoco é implantar as APAC's somente nas comarcas em que os magistrados acreditam no modelo, é preciso que o método seja implementado em todas as Comarcas, como política institucional do Tribunal de Justiça de Rondônia.

O método APAC tem dado certo e comprovado o efetivo cumprimento de pena e a ressocialização do condenado e, por essa razão, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmaram parceria para humanizar a execução penal, através do Termo de Cooperação Técnica, que visa à disseminação, em território nacional, de modelos humanizados de gestão prisional, metodologia APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados)¹⁶.

O acordo firmado prevê a interlocução com organizações nacionais e internacionais que tenham experiência na área de gestão prisional humanizada, entre elas a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), entidade responsável pela aplicação do Método APAC em todo o país.

Os resultados positivos do método APAC na humanização do cumprimento das penas de prisão foram reconhecidos durante a realização do Fórum Econômico Mundial para a América Latina, em 2018, com a entrega do Prêmio "Empreendedor Social do Ano" para a FBAC.

O objetivo final do método é recuperar vidas até então comprometidas pelo envolvimento com o crime e reduzir a reincidência criminal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vive um sistema prisional extremamente falido e ineficaz, fazendo com que o preso, a família do preso e o povo brasileiro clamem ao Poder Público, sobre alternativas para solucionar o problema, seja com a construção de novos presídios, seja com o endurecimento das leis e das penas, mas que haja uma solução certa para o problema.

Os presos esquecidos nos cárceres vivem todo o tipo de humilhação para o cumprimento de pena, todo tipo de agressão para que participe de uma facção, prevalecendo ali os mais fortes, dos comandantes das facções.

A APAC nasceu para mudar a realidade do sistema prisional falido, como um método de cumprimento de pena, que visa, acima de tudo, à

¹⁶ Fonte: matéria publicada no site do Conselho Nacional de Justiça. <https://www.cnj.jus.br/cnj-e-tjmg-firmamparceria-para-humanizar-execucao-penal/> Consultado em 30/09/2019

valorização do ser humano, humanização do sistema, baseado em valores cristãos e de amor ao próximo. É uma filosofia que trabalha com o íntimo do preso, suas dificuldades, diferenças e seus sofrimentos, recuperando os valores humanos para que veja o mundo com outras lentes.

Percebe-se que o sistema apaqueano trabalha com uma tríplice finalidade: 1) auxilia a Justiça, preparando o preso para o retorno ao convívio social; 2) protege a sociedade, retornando a ela, pessoas reestruturadas humanamente e capazes de respeitar os seus semelhantes; 3) protege o próprio condenado, baseado no cumprimento os direitos previstos na Lei de Execução Penal, cumprindo verdadeiramente a finalidade da pena.

O Método APAC é inovador e voluntário, sem polícias ou armas, busca trabalhar com a ressocialização do condenado de maneira diferente e eficaz, implicando em menor custo ao Estado, pois não há agentes penitenciários, as refeições são feitas pelos próprios (recuperandos).

Todos os dias eles têm o seu momento de oração com Deus, trabalham visando ao sustento de sua família, são estimulados a estudarem, a aprenderem uma profissão, sentido-se úteis e mantendo a cabeça ocupada, diferente do sistema comum, na qual esses direitos são violados, são humilhados, perdem a dignidade e apenas apreendem a especializar-se na prática do crime.

Demostrou-se que os condenados inseridos no método apaqueano possuem a possibilidade de, efetivamente, ressocializarem-se e, por isso, a reincidência é menor do que no sistema comum, vez que o recuperando sai com outra mentalidade dos Centros de Reintegrações Sociais - CRS.

Por fim, evidenciou-se que a transferência dos presos do sistema convencional (presídios), aqueles que se propõem ser inseridos no método apaqueano, sistema rígido de cumprimento de pena, ficam longe de serem recrutados ou impedidos de serem aliciados por facções existentes nos presídios, pois no método não possuem facções, consequentemente diminuindo a quantidade de membros (soldados do crime), e suas famílias livres dos desmandos dos chefes das facções.

Conclui-se, que é necessário um novo olhar para o método APAC, bem como boa vontade do Poder Executivo, com o apoio do Poder Judiciário, do Ministério Público, e de todos os outros órgãos envolvidos na execução de pena, em especial da comunidade para a melhoria do sistema prisional brasileiro, instalando novas APACs na região Norte, vez que respeita à

dignidade da pessoa humana do condenado, dá o devido apoio à família, que não fica à mercê das facções, mas, acima de tudo, a sociedade fica segura com a diminuição dos ataques das facções e de vítimas de crimes.

Por fim, pela tríplice finalidade da APAC alcançada, quem ganha é o preso com a sua ressocialização, a família, a sociedade em dois aspectos, pela diminuição da criminalidade e a oportunidade do Estado aplicar recursos em outras necessidades da comunidade, em especial na educação para os jovens, vez que gastará menos com os condenados.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. **CV_PCC: A Irmandade do Crime**. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2014. 379/380p.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal Simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FABBRINI MIRABETE, Julio; N. FABRRINI, Renato. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 2018.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. Niterói - RJ: IMPETUS, 2016.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2018.

OTTOBONI, Mário *et al.* **Método Apac: Sistematização de Processos**. Belo Horizonte: Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

OTTOBONI, Mário. **Vamos Matar o Criminoso?: Método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001.

PRADO, Luiz Regis *et al.* **Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO SILVA, Jane (Org.). **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012.

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: BREVE CONSIDERAÇÕES

ADRIANO LIMA TOLDO⁰¹

Resumo:

Palavras-Chave:

Abstract:

Keywords:

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa o estudo do tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal. Será apresentado um histórico da cooperação jurídica entre as nações, delimitando a necessidade e utilidade do instituto. Também, serão apresentadas as fontes do instituto e analisados os mecanismos de cooperação existentes, bem como sua aplicação no sistema jurídico brasileiro, notadamente em matéria penal.

O tema da cooperação jurídica internacional desperta interesse na medida em que a evolução da humanidade, o crescimento populacional e, em consequência, da criminalidade e de seus meios de prática, deixa evidente a necessidade de que as diversas nações interajam e possibilitem a mais ampla e irrestrita troca de informações, provas, documentos, atos, enfim, a mais diversificada gama de possibilidades de interlocução entre os países na busca da elucidação e punição de ações criminosas.

Atualmente, governos autoritários ainda resistem a colaborar com outros governos por questão ideológica, mas também tendem a alterar tal

01 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1992). Atualmente é juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Direito (CV: <http://lattes.cnpq.br/6559080145949047>).

posicionamento na medida em que a globalização, o avanço da tecnologia e o crescimento econômico do mundo contemporâneo trazem a estes países a evolução constante da criminalidade organizada, notadamente o tráfico internacional de entorpecentes, a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas, entre outros crimes praticados, ou com ramificações, em mais de um país.

Embora o instituto da cooperação jurídica penal internacional seja uma realidade no tempo presente, não se deve desconsiderar que se trata de instituto relativamente novo, que vem ganhando novos contornos.

A necessidade do combate à criminalidade organizada e à impunidade está fazendo com que, cada vez mais, os países dialoguem entre si e promovam instrumentos jurídicos aptos a permitir a colaboração entre as autoridades responsáveis.

É crescente o número de instrumentos jurídicos firmados entre as nações, notadamente tratados internacionais e acordos bilaterais, inclusive com a constituição de organismos internos específicos para atuação na cooperação internacional e na efetivação das medidas solicitadas.

Os Estados devem buscar respostas rápidas a alarmante capacidade mutativa daqueles que se dedicam às atividades criminosas. Válida a citação de TROTTA, 2007, p. 511: “na inesgotável capacidade humana de conceber e efetivar atos lesivos, a lei sempre perderá para o potencial criativo do homem de perpetrar condutas ainda não previstas em lei. E, quando não é o caso de lacunas do direito material em si, é na parte processual que podem se esconder aqueles que desafiam a lei”.

Neste contexto, o presente trabalho fará uma incursão histórica no instituto da cooperação jurídica internacional, tratará de suas fontes, bem como dos mecanismos à disposição dos países. Obviamente, sem qualquer intenção de esgotar a matéria, o texto dará uma visão geral do instituto, baseando-se na doutrina brasileira.

1 - NOÇÕES HISTÓRICAS DO INSTITUTO

Desde os primórdios da humanidade, os povos constroem transformações na sociedade através de regras inseridas, seja pela força, seja pelo poder dominante, seja pelos costumes. A criminalidade está diretamente

abarcada por essas transformações, evoluindo com a mesma dimensão do crescimento populacional e das relações sociais.

Na antiguidade já se fazia necessária a cooperação entre os povos, mas o uso da força pela nação que era mais poderosa se sobrepunha à necessidade de entabular relações com outras nações menos poderosas. O tratado mais remoto da humanidade, e que seria o marco mais antigo do exercício de cooperação internacional em matéria penal que se tem notícia, teria sido um pedido de extradição entabulado entre Ramsés II (1279-1213 a.C), faraó do Egito, e Hattusili III (1264-1239 a.C), rei dos Hititas.

O tratado teve cinco partes essenciais: a primeira uma introdução histórica relatando a luta anterior entre Egito e Hatti; a segunda, garantias mútuas de não agressão e respeito; a terceira, uma aliança defensiva contra uma terceira potência; a quarta, e é aqui que há o primeiro termo de cooperação jurídica internacional, a extradição de refugiados políticos, reenviados a pedido do país de origem; e a quinta, a invocação da proteção divina para cumprimento do tratado e para castigo a quem o descumprir.

No entanto, foi somente a partir do século XIX que as questões atinentes ao auxílio entre os países no âmbito penal tomaram forma mais usual, a exceção do instituto da extradição que, como visto, remonta aos primórdios da humanidade.

A aplicação extraterritorial da lei penal está explícita no Código Penal Alemão de 1871 e no Código Penal Italiano de 1889.

Foram com as transformações provocadas com a crescente internacionalização das sociedades que aflorou tal necessidade, sendo que já havia preocupação com crimes transnacionais, como crimes de pirataria, tráfico de escravos e crimes cometidos contra autoridades de outros Estados, como Chefes de Estado e representantes diplomáticos.

No Brasil, no Código Penal de 1890, houve a primeira referência quanto a questão da territorialidade de aplicação da lei penal.

Foi no Congresso Penitenciário, em encontros realizados em Londres, em 1872, em Roma, no ano de 1885, e em Paris, em 1895, já no final do século XIX, que houve a sugestão de uma união de polícias dos diversos países para possibilitare facilitar a prisão de criminosos foragidos que buscavam a garantia da impunidade ao sair do país onde cometera crime, bem como buscou uma melhor afinidade e interligação entre os magistrados da época para enfrentar o problema.

Na América do Sul, foi aprovado o Tratado de Direito Penal Internacional, ratificado pelos países integrantes do Mercosul, à exceção do Brasil, entabulado durante o Congresso de Direito Internacional Privado, ocorrido em Montevideu, Uruguai, no ano de 1889.

No início do século XX, mais precisamente em 1914, durante o Primeiro Congresso de Polícia Judicial, para o enfrentamento aos crimes internacionais, policiais e juristas de quatorze países pactuaram métodos de simplificação na prisão de criminosos, elaboração de um cadastro internacional e procedimentos unificados de extradição.

No entanto, com a Primeira Guerra Mundial, houve um período em que as tratativas para pactuação de estratégias comuns no enfrentamento da criminalidade transnacional sofreram uma paralisação, só retornando à discussão em 1923.

Neste ano, em Viena, Áustria, durante o II Congresso de Polícia Judicial, teve o surgimento do que, mais tarde, viria a ser conhecida como *INTERPOL*.

Representantes de mais de vinte nações e com a participação de importantes autoridades policiais de vários países estabeleceram a criação da Comissão Internacional de Polícia Criminal, organização de caráter permanente para cooperação policial mundial.

Mais uma vez, porém, por acontecimentos como a anexação da Áustria à Alemanha nazista e a Segunda Guerra Mundial, houve a suspensão das atividades da referida Comissão, que só vieram a ser retomadas a partir de 1946, já com a denominação atual de *INTERPOL*. Isso ocorreu durante o 15º Encontro de Polícia Judicial, naquele ano, em Bruxelas, Bélgica, com participação de dezessete países.

O Brasil, através do Decreto-lei n. 4.657/42, aprovou a convenção conhecida como “Código de Bustamante”, a qual dedicava grande parte de suas deliberações para tratar do Direito Internacional Penal e Direito Processual Internacional, tratando regras de competência, prova e extradição, bem como de execução de sentença penal estrangeira. Ainda, previu a cooperação internacional através de cartas e comissões rogatórias.

Na década de 50 houve muito avanço na questão. Em 1953, em Roma, Itália, operou-se o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, onde restou estabelecida a necessidade de auxílio mútuo entre os países quanto a repressão à criminalidade. Já durante a 25ª Assembleia Geral da

Organização Internacional de Polícia Criminal, realizada em Viena, Áustria, de 07 a 13 de junho de 1956, foi constituída, de forma definitiva, a *INTERPOL*, atualizando o Estatuto e o Regulamento Geral para funcionamento.

Também, foram instituídos vários tratados internacionais a respeito da cooperação jurídica em matéria penal. Os mais relevantes foram a Convenção Europeia sobre Extradução, de 1957 e a Convenção Europeia para Cooperação Judiciária em Matéria Penal, de 1959, além da Convenção Europeia para Cooperação Judicial em Matéria Penal, firmada em Estrasburgo, Suécia, no mesmo ano, entrando em vigor em 1962, e que trouxe muitos dos princípios atuais da cooperação jurídica internacional.

Embora não sendo atinente a matéria penal, mas um relevante instrumento firmado para cooperação jurídica entre os povos deu-se com a Convenção de Haia, de 1965, a qual estabeleceu os primeiros parâmetros para atuação da chamada autoridade central, que substituiu, gradativamente, a via tradicional de cooperação por meio diplomático.

Em 1970, veio à tona a Convenção Europeia sobre o valor internacional das sentenças penais, e em 1972, a Convenção Europeia sobre transmissão de processos penais.

Com o advento das Convenções do Panamá (Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias e Convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior), em 1975, houve a previsão de realização de cooperação judicial somente no âmbito civil, porém há um dispositivo, art. 2º, que remete a seara penal, facultando aos Estados-partes estender as normas das Convenções à matéria penal.

No final da década, em 1979, foi firmada a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares, ratificadas pela Argentina, Colômbia, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru e Uruguai, além da Convenção sobre Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente.

Duas convenções importantes também no âmbito da cooperação internacional, não especificamente em matéria penal, foram estabelecidas em Haia, no ano de 1980, e em Caracas, no ano de 1981.

A primeira, de Haia, trata dos aspectos civis do sequestro internacional de menores, prevendo a competência da Advocacia-Geral da União para buscar o retorno imediato de crianças encaminhadas ilegalmente a outro país.

A segunda, de Caracas, é a Convenção Interamericana sobre Extradição, a qual prevê a possibilidade de detenção provisional e outras medidas cautelares, inclusive a retenção de objetos vinculados ao crime.

Em matéria penal na América do Sul, em 1982 foram firmados Convênios, um sobre Informação e Antecedentes Penais e outro sobre Igualdade de Trato Processual e Precatórias, cujos países estabelecetes foram o Uruguai, Argentina e Chile.

O Brasil e o Uruguai firmaram muitos acordos bilaterais no âmbito penal, destacando-se: em 1879, o Acordo para Execução de Cartas Rogatórias; em 1896, o Tratado de Extradição de Delinquentes, ratificado somente em 1919; em 1906, Protocolo sobre Cartas Rogatórias; em 1921, houve o Protocolo Adicional ao Tratado de Extradição de Delinquentes, ratificado em 1926; em 1992, Protocolo de Las Leñas; ainda em 1992, o Tratado Bilateral de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais; em 1993, o Acordo de Recife e o Convênio de Cooperação e Assistência Recíproca entre as Administrações de Aduanas do Mercosul relativo à prevenção e luta contra os crimes aduaneiros.

Os mais relevantes instrumentos jurídicos que orientam a cooperação jurídica entre os países latinos em matéria penal e que foram um importante pilar na elaboração do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul, são a Convenção da OEA, firmada em 1992, na cidade de Nassau, e o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, firmado entre o Brasil e o Uruguai, em 28 de dezembro de 1992.

O Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul, o chamado Protocolo de São Luís, foi firmado em 1996, regula as questões referentes à cooperação jurídica em matéria penal entre os países integrantes do Mercosul.

Antes, em 1988, outro importante instrumento de cooperação jurídica internacional, com relevância mundial, é a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, firmado em Viena, Áustria.

Não menos importantes, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, firmada em Palermo, Itália, em 2000, em vigor no Brasil desde 12 de março de 2004, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, convencionada em Mérida, México, no ano de 2003 e em vigor no ordenamento jurídico brasileiro desde 31 de janeiro de 2006.

Em suma, este é o esboço histórico da evolução acerca da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

2 - FONTES DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Para a cooperação entre dois ou mais países, indica a doutrina a existência de basicamente três fontes mais relevantes.

Como a jurisdição penal é monopólio estatal, indispensável, neste campo, haver um instrumento tipicamente interestatal a dar guarida a salvaguardada soberania na persecução penal.

A primeira, e principal, fonte é o tratado, instituto que exige a articulação entre dois ou mais países para entrelaçar duas ou mais ordens jurídicas distintas, num acordo internacional subscrito por Estados-partes e regido pelo Direito Internacional, respeitando a soberania de cada um.

O tratado, como referido no início, remonta à idade antiga (tratado de extradição entre Ramsés II e Hattusili III), porém somente na metade do século XX se firmou como fonte primária do Direito Internacional, tendo sua importância sido reverenciada na Convenção de Viena, de 1969, que dispôs expressamente a obrigatoriedade de cumprimento do tratado por todos os Estados-partes e ainda elegeu o princípio da boa-fé como sustentação para a forma de cumprimento das obrigações assumidas.

Os tratados podem ser multilaterais ou bilaterais, sendo que nos primeiros, via de regra, há um enfoque sobre determinado ramo da atividade criminosa, traçando formas da persecução penal pelos Estados-membros. Já nos bilaterais, o enfoque se dá ante as peculiaridades de cada país celebrante.

O costume internacional é outra fonte da cooperação jurídica internacional em matéria penal, respaldado pela garantia da reciprocidade.

Como é trivial, o costume é a regra social comumente mais aceita desde o início da vida humana, não sendo diferente na seara criminal.

De toda sorte, com a positivação do Direito, pode-se dizer que está em relativo descenso no grau de importância, muito embora esteja expressamente previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu art. 38.

Como fonte, o costume apresenta dois componentes básicos: a repetição de uma conduta e, nas palavras de Francisco Rezek (REZEK, 2018, p. 130), *“pelo entendimento, pela convicção de que assim se procede por ser necessário, correto, justo e, pois, de bom direito”*.

Embora pelo positivismo atual seja mais comumente utilizado o tratado como fonte de cooperação entre as nações, na falta dele, pode ser referendada a cooperação pelo costume internacional, calcado na convicção de obrigatoriedade, que dá relevância jurídica ao mesmo.

Ainda como fonte de cooperação internacional, há o *soft law*, que se revela em compromissos ou recomendações estabelecidos entre organizações internacionais. O *soft law* difere dos tratados e costumes, pois em relação aos tratados possui um grau menor de cogência e traz normas mais genéricas. Já em relação aos costumes, aquele se produz na forma escrita.

Por fim, as legislações internas de cada país também se revelam como fontes do Direito Internacional no âmbito da cooperação jurídica em geral, inclusive em matéria penal.

Mesmo com tratados e outros instrumentos, os países geralmente tratam da cooperação jurídica com outros países em suas legislações internas, como é o caso, v.g, da previsão expressa no Código de Processo Penal brasileiro acerca do cumprimento das cartas rogatórias.

Estas são, pois, as principais fontes da cooperação jurídica internacional de que se utilizam os países em matéria penal.

3 - MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Já visto o histórico do surgimento da cooperação jurídica internacional e as fontes principais do Direito Internacional acerca dela, importa trazer à tona os principais mecanismos existentes de atuação efetiva entre os países na colaboração em matéria penal.

Notadamente nos tratados é que estão previstos tais mecanismos, como extradição, cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira, transferência de presos ou condenados, transferência de processos criminais, informações espontâneas, equipes conjuntas de investigação e auxílio direto.

A extradição é a forma mais antiga e comum de cooperação jurídica internacional. É o ato pelo qual um país entrega a outro uma pessoa investigada, acusada ou condenada pela prática de um crime, respeitados os direitos humanos do extraditando.

A extradição pode ser passiva ou ativa. Na ativa, o país interessado, por iniciativa do juízo criminal competente, solicita a cooperação de outro país para enviar ao primeiro uma pessoa que se encontre no segundo e que é sujeito passivo de investigação, ação penal ou condenação criminal no primeiro, com prisão, cautelar ou definitiva, decretada por juiz competente.

Na passiva ocorre o inverso, ou seja, é o país que recebe a solicitação da extradição de uma pessoa que se encontre em seu território. Neste caso, o país destinatário da solicitação o fará se a legislação interna assim permitir (no caso do Brasil, há limitação de ordem constitucional em relação a brasileiros natos e naturalizados) e se houver a garantia de reciprocidade.

Já a carta rogatória é o instrumento pelo qual o país interessado solicitado a outro a prática, via de regra, de um ato judicial, como citação, oitivas de testemunhas e réus, medidas cautelares ou mesmo cumprimento de sentença.

Trata-se de um procedimento burocrático, complexo e muito moroso. Envolve vários atos, como tradução de documentos, encaminhamento ao Ministério da Justiça e deste ao Ministério das Relações Exteriores, de lá para a embaixada no país destinatário, a qual encaminha a rogatória ao Ministério das Relações Exteriores do país destinatário, seguindo ao Ministério da Justiça do referido país, para só então chegar ao juízo competente para o cumprimento da carta, sendo que a devolução da carta rogatória se dá pelo mesmo demorado e complexo procedimento.

Em razão de tamanha complexidade e morosidade, atualmente a carta rogatória tem dado lugar a outro mecanismo de cooperação jurídica internacional, mais ágil, menos burocrática e mais eficiente, que é o auxílio direto ou cooperação direta, que se verá mais adiante.

A carta rogatória em matéria penal é a solicitação que advém de um juízo estrangeiro para a prática de determinados atos ou diligências processuais, necessitando, no Brasil, passar pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão competente para emitir a ordem permitindo o cumprimento da medida processual rogada pelo país estrangeiro, o que traz mais morosidade ainda ao já moroso procedimento das cartas rogatórias.

Seguindo a ordem dos mecanismos citados no início deste tópico, outro mecanismo de cooperação é a homologação de sentença estrangeira.

No Brasil, o Código Penal traz expressa referência a homologação da sentença penal estrangeira em seu art. 9º, inc. I e II, referindo-se a obrigação do condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis, bem como a imposição de medidas de segurança aos inimputáveis.

No parágrafo único do mesmo dispositivo legal, exige a lei brasileira, basicamente, de pedido da autoridade estrangeira e da existência de tratado prevendo a extradição com o país de cuja autoridade emanou a sentença estrangeira.

No Brasil, a sentença penal estrangeira, assim como as cartas rogatórias, deve ser submetida ao Superior Tribunal de Justiça para juízo de delibação, ou seja, somente será homologada se não houver ofensa à soberania ou à ordem pública, salientando ainda que o crime reconhecido na sentença estrangeira deve ter previsão legal similar no ordenamento jurídico pátrio.

No tocante a transferência de presos ou condenados, trata-se de instituto recente, de caráter humanitário.

O primeiro instrumento com participação brasileira que se tem notícia afazer referência a tal mecanismo se deu com o Canadá, no ano de 1988. De lá pra cá, vários tratados bilaterais foram firmados com África do Sul, Argentina, Bolívia, Chile, Espanha, França, Holanda, Paraguai, Portugal e Reino Unido.

Além desses, três tratados multilaterais também dispõem sobre a questão: Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, de 2006, Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Países da CPLP (Comunidade dos Países de Língua Portuguesa), de 2013, e Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas do Mercosul, de 2018.

A Lei brasileira n. 13.445/2017, no art. 103, trata da matéria, dispondo que a transferência de pessoa condenada no Brasil para o exterior exige a reciprocidade do país destinatário ou a existência de tratado, asseverando que a pessoa poderá ser transferida para seu país de nacionalidade ou em que tiver sua residência habitual ou ainda vínculo pessoal, desde que assim se manifeste expressamente.

Em regra, para a transferência de presos ou condenados exige-se o vínculo do preso com o país destinatário, o trânsito em julgado da sentença condenatória, a pena a cumprir ou restante a cumprir seja de, no mínimo, um

ano nadata de apresentação do pedido ao país onde ocorreu a condenação, a previsão da tipicidade do delito no país destinatário, o expresso pedido do preso ou condenado em ser transferido e, ainda, a concordância dos dois países envolvidos, porém não necessita, no caso brasileiro, de homologação da sentença penal pelo Superior Tribunal de Justiça por se tratar de decisão de natureza administrativa executiva, e não jurisdicional.

Outro mecanismo de cooperação é a transferência de processos criminais entre países visando a centralização da instrução quando uma pessoa estiver respondendo a mais de um processo criminal em diferentes países ou quando houver investigação em jurisdições diversas, bem como visando a que a pessoa não seja submetida a duas jurisdições diversas sobre o mesmo fato criminoso.

Em 1972, na Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos em Matéria Penal, foram estabelecidas normativas a respeito da possibilidade de transferência dos processos penais entre os países europeus signatários daquele instrumento.

A Convenção de Viena sobre Tráfico de Entorpecentes também possui expressa disposição acerca da possibilidade de transferência de processos criminais para o interesse da administração da justiça.

No mesmo sentido, dispõe o art. 21 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado que há possibilidade de transferir processos criminais, mutuamente, caso necessária no interesse da administração da justiça e a fim de centralizar a instrução dos processos.

Pode ocorrer a transferência de processos criminais, via de regra, em quatro situações.

A primeira, em razão da vedação da extradição por um país. Sendo então negado o pedido de extradição em processo ou investigação criminal sob sua jurisdição, o país requerente da extradição remete a ação penal ou a investigação criminal ao país requerido para prosseguimento.

Neste caso, o crime é cometido no país requerente, mas também possui previsão de tipicidade no país requerido.

Na segunda modalidade, a transferência poderá ocorrer se houver a investigação sobre o mesmo fato em mais de um país e se um deles não dispensara sua jurisdição.

Já na terceira situação, a possibilidade de se transferir uma investigação ou ação criminal ocorre por conexão probatória entre fatos diversos. Nocaso, há fatos diversos em dois ou mais países com jurisdição concorrente e a prova produzida em uma investigação ou em uma ação penal influenciará na prova produzida ou a ser produzida na outra, havendo a necessidade de reunião dos processos.

Na outra situação, também por conexão probatória, a transferência dos processos criminais ocorre quando o crime é cometido em um país, mas tem produção de efeitos no território de outro país. No caso, as provas existentes estão no país onde se deram os fatos, sendo mais eficaz a produção e instrução processual neste país, e não no país onde se produziu os efeitos.

Mecanismo interessante de cooperação jurídica internacional são as chamadas informações espontâneas, que se dá quando a autoridade de um país, proativamente, ao ter ciência de informações que podem remeter a crimes praticados em outro país ou que interessem a investigação de outra jurisdição exterior, remete tais informações ao país interessado mesmo sem a existência de pedido formal.

É um instrumento relevante na prevenção de crimes transnacionais, assim como na repressão. Serve para dar ciência à autoridade de país estrangeiro acerca de crimes praticados que sejam de interesse daquele país, ainda que não tenha sido formalizado qualquer pedido de informação ou auxílio.

Ainda que não haja convergência na tipificação do fato entre os dois países, nada impede que as informações sejam repassadas à autoridade estrangeira para que esta proceda a verificação da utilidade e necessidade de deflagração de procedimento apuratório com base em tais informações.

No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão de transmissão de informações espontaneamente a autoridades estrangeiras no inc. V do art. 26 do Código de Processo Civil, aplicável à cooperação jurídica internacional em matéria penal por força do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal.

Também, tal mecanismo de cooperação é expressamente previsto em tratados, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a chamada Convenção de Palermo, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, chamada Convenção de Mérida.

O Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal, firmado entre o Brasil e a Espanha, prevê a possibilidade de troca de informações relativas a crimes, mesmo sem solicitação prévia, caso se considere útil para iniciar ou conduzir investigações ou processos.

Mais um importante instrumento de cooperação jurídica internacional, também recente, são as equipes de investigação conjunta.

São grupos formados por autoridades de dois ou mais países, com o objetivo de investigar casos mais complexos, com interesses convergentes, numa atuação coordenada para atingir o objetivo.

Estabelecido por meio de tratados ou acordos bilaterais ou mesmo através de acordos celebrados caso a caso, tais órgãos mistos de investigação atuam em investigações ou processos judiciais de um ou mais Estados, respeitando a soberania de cada Estado.

A Convenção de Viena, que trata dos crimes de tráfico internacional desubstâncias entorpecentes, prevê a possibilidade da formação de equipe de investigação conjunta quando a necessidade de proteger a segurança das pessoas e das operações assim exijam, sempre respeitando o ordenamento jurídico interno de cada um dos países envolvidos.

Na esteira de tal previsão, a Convenção que trata sobre o crime organizado transnacional, chamada Convenção de Palermo, dispõe que os Estados-partes poderão estabelecer equipes conjuntas, chamadas naquele instrumento de órgãos mistos de investigação. Outro tratado que possui semelhante previsão é a chamada Convenção de Mérida, firmada no México e que dispõe sobre combate a corrupção internacional.

No Brasil, há uma lei específica, Lei n. 13.344/2016, que trata sobre o tráfico internacional de pessoas, prevendo a formação de equipes conjuntas de investigação para a repressão de tal crime.

Também, há projeto de lei em discussão no Congresso Nacional prevendo a possibilidade de, nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, serem firmados acordos ou convênios pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal com congêneres estrangeiros visando a constituição de equipes conjuntas de investigação para apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais.

No projeto está previsto que a constituição de tais equipes não demandam a existência de tratados e a constituição e funcionamento serão regulamentadas por decreto, dispondo ainda que o compartilhamento ou transferência de provas produzidas pelas equipes conjuntas de investigação dispensam formalização ou autenticação especiais, bastando, para tanto, a demonstração da cadeia de custódia, o que representa significativo avanço nadesburocratização de tais investigações.

Por fim, o mecanismo do auxílio direto também representa grande avanço, no campo da cooperação jurídica internacional em matéria penal, para a facilitação das investigações de crimes internacionais e para a produção das provas necessárias.

Chamado de auxílio direto ou cooperação direta, tal instrumento está satisfatoriamente substituindo a morosa carta rogatória nas situações em que não demandam juízo de delibação.

Tal mecanismo é regido pelo Direito Internacional Costumeiro, com respaldo em inúmeros tratados. Quando não previsto em tratados ou ajustes expressos entre os Estados, o auxílio poderá ocorrer mesmo assim com base na garantia de reciprocidade do país requerente.

No Brasil, está assegurado no art. 4º da Constituição Federal e por diversos tratados bilaterais, regionais e multilaterais firmados, além de haver previsão expressa no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu art.216-0, § 2º.

É instituto relativamente novo, sendo criado, em sua grande maioria, após o ano 2000, em tratados internacionais.

Configura-se como solicitação estrangeira que é recebida no ordenamento jurídico como se nacional fosse, desde que esteja em conformidade com as disposições do Estado requerido.

O mecanismo surgiu da necessidade de uma maior e mais eficaz formade cooperação internacional para o combate à criminalidade, ante o advento de novos instrumentos facilitadores dos crimes transnacionais, como a revolução tecnológica, o sistema financeiro internacional e a maior proximidade das relações sociais entre os diversos países.

Sob esse prisma, o instituto traz a possibilidade de atos executórios no território do Estado requerido com a desconcentração da competência jurisdicional, estabelecendo um intercâmbio entre os países acerca do fornecimento de documentos, produção de provas, atos e medidas processuais constrictivas de bens.

Para tanto, foi instituída a chamada autoridade central, incumbida de promover a tramitação rápida e eficaz do auxílio direto, dispensando a burocracia, no interesse de uma investigação criminal ou de um processo penal no exterior ou internamente.

A primeira normativa a se referir a autoridade central foi a Convenção de Haia, de 1965, disciplinando a sua forma de atuação e, a partir de então, passou a ser difundida nos demais instrumentos normativos internacionais.

É um órgão designado por cada Estado para receber e encaminhar os pedidos de cooperação jurídica internacional, apresentados pelas autoridades judiciárias, ministeriais ou policiais, bem como dar cumprimento ou encaminhar às autoridades internas competentes os pedidos de cooperação solicitados pela autoridade central estrangeira.

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado em 2004, integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, é quem desempenha as tarefas atribuídas à autoridade central brasileira.

O auxílio direto ou cooperação direta não abrange, no entanto, os pedidos de cooperação internacional para extradição ou para transferência de pessoas presas ou condenadas, pois disciplinadas em instrumentos próprios.

Especificamente no Brasil, a solicitação de auxílio direto pode ser realizada pelo delegado de polícia que preside o inquérito policial e pelo membro do Ministério Público na fase da ação penal, sendo ele o titular desta, admitindo-se ainda a solicitação ministerial na fase de inquérito policial ante o entendimento atual acerca da possibilidade da condução deste também pelo Ministério Público.

Menos comum, mas também possível, a solicitação de auxílio direto pelo magistrado, porém, neste caso, submete a sua decisão à apreciação pelo Poder Judiciário do país destinatário.

A solicitação de auxílio direto será remetida pela autoridade central do país requerente à autoridade central do país requerido, que analisará, em conformidade com a legislação interna, se o pedido não está sujeito à reserva de jurisdição, caso em que deverá ser remetido ao órgão competente para requerer à autoridade judiciária respectiva a prática do ato solicitado pelo país requerente.

CONCLUSÃO

De todo o que aqui foi tratado, desde a concepção histórica do instituto da cooperação jurídica internacional, afere-se a importância do instituto e de sua evolução através dos mecanismos criados mais recentemente.

O emaranhado de legislações acerca da matéria, notadamente o grande quantitativo de tratados internacionais, bilaterais e multilaterais, bem demonstram a força e necessidade de, cada vez mais, entrelaçar os interesses dos mais diversos países visando a ampla cooperação jurídica para o combate à criminalidade organizada e transnacional.

A melhoria do sistema de justiça penal internacional passa, sem sombra de dúvidas, pela internalização de normas e regras visando a colaboração irrestrita entre os países num objetivo comum de prevenir e reprimir a crescente criminalidade internacional.

Para tanto se afigura plausível a busca por uma legislação moderna, de aplicação e consenso em todos os países, para a cooperação jurídica internacional em matéria penal, visando a segurança jurídica e o bem maior, que é a paz entre as nações com a redução da criminalidade mundial.

REFERÊNCIAS

ANDREATO, Danilo. Transmissão espontânea de informações na cooperação jurídica internacional em matéria penal. *Artigo publicado no sítio eletrônico da Lex Editora S/A*, (S.I.), 2018, disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina>, acesso em: 30 jun. 2019.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Cooperação Internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo Conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 3, n. 10, abr./jun. 1995.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A cooperação jurídica internacional em matéria penal-tributária como instrumento de repressão à criminalidade organizada transnacional: globalização e novos espaços de juridicidade. *Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade do Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE*, Recife, 2013, disponível em <https://repositorio.ufpe.br>, acesso em: 30 jun. 2019.

FORNAZARI JÚNIOR, Milton. Cooperação Jurídica Internacional: Atribuições Legais no Auxílio Direto. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 6, n. 2, jul./dez. 2015.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 17ª ed. Saraiva: São Paulo, 2018, disponível em <http://books.google.com.br>, acesso em: 01 jul. 2019.

TROTTA, Sandro Brescovit. As jurisdições supranacionais em matéria penal.

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, 2007.

TROTTA, Sandro Brescovit; FERREIRA, Luciano Vaz. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: Contornos históricos. *Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./jun. 2013.

CRIMINALIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS E CAMPANHAS ELEITORAIS: UMA PERSPECTIVA LATINO-AMERICANA

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ⁰¹

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA⁰²

WANESSA CARNEIRO MOLINARO FERREIRA SERAFIM⁰³

INTRODUÇÃO

A corrupção tem sido tradicionalmente definida como um crime comum cometido por funcionários desonestos ou “comportamento de pessoas com tarefas públicas ou privadas que ferem suas obrigações de alcançar vantagens injustificadas”, caracterizada por “[...] abuso de poder ou irregularidade cometido em processo decisório em troca de incentivo ou vantagem indevida” (Mata Barranco, 2016).

No entanto, o conceito jurídico penal tradicional de corrupção tem se mostrado insuficiente em vista da natureza estrutural e sistêmica da chamada grande corrupção (ou corrupção em larga escala⁰⁴), o que requer uma redefinição normativa proporcional ao verdadeiro escopo do fenômeno, incluindo um elemento contextual (com ênfase na conduta praticada nos âmbitos estatal e corporativo).

01Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA), Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e 1º Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

02 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e defensora pública.

03 Juíza federal.

04 A corrupção em larga escala ou a corrupção grave consiste, de acordo com a Orientação da Transparência Internacional, de “atos cometidos nos mais altos níveis de governo que envolvem a distorção de políticas ou funções centrais do Estado, e que permitem que os líderes se beneficiem em detrimento do bem comum”. (Transparência Internacional, 2009, p. 23). Por outro lado, Rodríguez (2020) define a Grande Corrupção como atos cometidos nos mais altos níveis de governo, que importam a distorção das políticas ou funções do Estado e que permitem que os líderes se beneficiem do bem comum.

Além disso, há uma tendência de internacionalização da corrupção que deriva da evolução da própria economia globalizada e do desenvolvimento de novas tecnologias (Cuesta Arzamendi, 2003; Japiassú, 2007; Céré & Japiassú, 2019).

O caráter internacional do fenômeno também é reforçado pelo fato de que a corrupção representa um instrumento de conexão estrutural entre o crime organizado transnacional (COT) e as autoridades, o que permite a captura do Estado por poderosos atores econômicos, impedindo a justa distribuição de bens públicos na sociedade (Olasolo, 2021).

Um dos principais instrumentos de captura do Estado é a corrupção política, através da qual se promove a substituição da resolução legítima e publicamente aceita de conflitos de interesse de indivíduos ou grupos, pelo domínio de um determinado indivíduo ou grupo, muitas vezes inserido em amplas redes de COT.

A corrupção política é um tipo de corrupção pública na qual intervêm pessoas que acessam o exercício da administração pública por meio de eleições ou nomeação pessoal derivadas de um partido político (Mata Barranco, 2016).⁰⁵

Assim, é necessário distinguir a corrupção política, realizada por pessoas que ocupam cargos de eleição popular ou que gerem responsabilidade para com os cidadãos, da corrupção administrativa, que é realizada por aqueles que não estão nessa situação, e consiste na transferência ilegítima, praticada por um sujeito que atua no exercício das funções públicas, de recursos públicos para propósitos estranhos do serviço público.

O conceito de corrupção política subdivide-se, por sua vez, em corrupção política genérica, na qual o sujeito desvia a tomada de decisões com um interesse espúrio centrado no benefício pessoal para si ou para terceiros; e corrupção política em sentido estrito, quando o interesse espúrio é coletivo, em benefício de uma determinada organização política.

Esta última é considerada a forma mais grave de corrupção política, pois afeta as próprias estruturas do sistema democrático (Benítez Ortúzar,

05 Na mesma linha, Bustos Gisbert (2013) aponta que o tipo proposto por Gambetta (2002) – que envolve três agentes em vez de dois, como ocorre em uma simples operação comercial, a saber: o Settlor (t), o administrador (F) e o Corruptor (C) – aplica-se perfeitamente à corrupção política. Nessa perspectiva haverá corrupção política quando F (política), que administra interesses como consequência de uma relação de confiança com o povo (T), viola as regras de conduta estabelecidas por um preço pago por um corruptor (C).

2021), gerando a perda de legitimidade dos partidos políticos e das instituições em que os funcionários públicos atuam perante o eleitorado, provocando baixa participação nas eleições para cargos públicos e falta de interesse na vida política. Portanto, o custo desse tipo de corrupção é o dano causado aos propósitos do processo democrático e ao desenvolvimento da cultura política (Galo, 2021).

A corrupção política tem afetado as instituições democráticas latino-americanas, especialmente a corrupção eleitoral, caracterizada pela chamada captura do Estado por meio do financiamento ilícito de partidos e campanhas eleitorais, a fim de obter benefícios econômicos por meio da influência na formulação de leis, regulamentos e políticas públicas que não correspondam às expectativas e necessidades da maioria dos cidadãos.

Além disso, a troca de vantagens ilícitas concedidas aos agentes públicos (especialmente por meio do financiamento de partidos políticos), em troca de contratos rentáveis com empresas públicas, garantias de descumprimento de obrigações fiscais e impunidade criminal, por exemplo, contribui para o fortalecimento da conexão estrutural entre o COT e as autoridades (executivo, legislativo e judiciário).

A corrupção política se materializa em diversas atividades políticas, quais sejam: (a) a violação da pureza do sufrágio, com atividades corruptas para gerir entidades governamentais; (b) a articulação das redes de patrocínio por parte dos partidos políticos para se perpetuarem no poder; (c) o financiamento irregular dos partidos políticos.

Nesse sentido, este artigo aborda as respostas jurídico-criminais à corrupção política, abordando especificamente a criminalização autônoma do financiamento irregular de partidos políticos e campanhas eleitorais, no contexto latino-americano, utilizando com referência os as normativas nacionais da Espanha, Itália e Estados Unidos sobre a matéria.

Na primeira seção, será analisada a regulamentação internacional sobre o tema, nos níveis universal e regional, buscando identificar mecanismos direta ou indiretamente relacionados a esta questão nos principais instrumentos anticorrupção.

Em seguida, na segunda seção, serão abordadas as reformas legislativas que promoveram a criminalização do financiamento irregular de partidos políticos e campanhas eleitorais nos sistemas jurídicos não latino-

americanos (Espanha, Itália e EUA) e latino-americanos (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México e Peru), buscando identificar especificidades relacionadas ao COT.

Por fim, nas considerações finais, será apresentado um resumo das discussões centrais sobre as respostas do direito penal à corrupção política bem como recomendações para melhor desenvolvimento da moldura normativa sobre o tema no texto internacional.

1. CORRUPÇÃO POLÍTICA E DIREITO INTERNACIONAL

A globalização da corrupção e sua ligação com o COT podem ser consideradas hoje uma das questões que despertam o maior interesse da comunidade internacional, o que levou à aprovação de diversos tratados internacionais e regionais, que tratam da corrupção política e, mais especificamente, das regras de financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais.

2.1. Corrupção política na normativa internacional

A definição de corrupção política não se encontra em normas internacionais, mas podem ser identificadas várias disposições que contribuem para a formação de um arcabouço jurídico internacional com base no qual é possível delimitar a corrupção pública e, mais especificamente, a corrupção política.

Embora vários instrumentos internacionais tenham lidado com a corrupção desde a década de 1990, sob a influência dos Estados Unidos, a corrupção política tem sido uma questão tratada apenas como tema periférico.

A corrupção política nem sequer é mencionada na Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Transnacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Convenção da OCDE) (1997), considerado o marco inaugural da política penal internacional contra a corrupção, na qual adota-se um conceito amplo de funcionário público, que inclui qualquer pessoa nomeada ou eleita para qualquer cargo legislativo, administrativo ou judicial em um país estrangeiro.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo (2000)) é o primeiro documento internacional a reconhecer expressamente a conexão entre a corrupção e o COT, fornecendo o quadro legal necessário para a cooperação internacional no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, entre outros crimes.

A Convenção também contém disposições destinadas a combater a estreita relação entre o crime organizado e a captura do Estado, impondo aos Estados, no artigo 8º, letra “b” a obrigação de criminalizar a conduta do funcionário público que busca ou aceita, direta ou indiretamente, um benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou abster-se de realizar um ato no desempenho de suas funções oficiais. No entanto, a Convenção de Palermo não se refere especificamente a nenhum dos tipos de corrupção política, restringindo as hipóteses previstas para à corrupção administrativa ou burocrática.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida (2003)), por sua vez, contém no artigo 6º(4º), uma recomendação dirigida aos Estados de adoção de medidas legislativas e administrativas adequadas para aumentar a transparência do financiamento de campanhas políticas e, quando for o caso, dos partidos políticos.

Além disso, a Convenção de Mérida estabelece um escopo subjetivo de ampla aplicação, ao definir funcionário público, no artigo 2º(a) e (b), como qualquer pessoa que detendo um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado, nomeado ou eleito, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, e funcionário público estrangeiro como qualquer pessoa que detenha um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um país estrangeiro.⁰⁶

Assim, pode-se afirmar que há uma tendência incipiente de incluir a corrupção política em tratados internacionais anticorrupção, apesar de a questão ter sido tratada apenas perifericamente em disposições que contenham recomendações para a adoção de medidas administrativas.

Ademais, a corrupção política também faz parte da Agenda 2030 das Nações Unidas, como um dos 17 pontos dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, vinculando-se a construção de fortes instituições democráticas ao combate à corrupção.

06 Ainda em nível global, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais adota uma abordagem ainda mais ampla quando se trata do conceito de funcionário público, incluindo qualquer pessoa nomeada para qualquer cargo administrativo ou judicial em um país estrangeiro, independentemente da legislação do Estado estrangeiro em causa. (Cuesta Arzamendi, 2003).

2.2. Corrupção política nas normativas regionais

A corrupção política também é escassamente abordada no nível regional, tanto no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), quanto no âmbito do Conselho da Europa e da União Europeia (UE).

Na OEA, o tema não é expressamente abordado, nem no Programa Interamericano de Combate à Corrupção (1996), nem na Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC) (1996), embora o segundo parágrafo do artigo 1º deste último defina um funcionário público como “qualquer funcionário ou funcionário de um Estado ou de suas entidades, incluindo aqueles que foram selecionados, nomeados ou eleitos para exercer atividades ou funções em nome do Estado ou a serviço do Estado em qualquer de seus níveis hierárquicos,” adotando uma perspectiva abrangente, que inclui membros dos poderes executivo e legislativo (Ramina, (2009).

Posteriormente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Comunicação publicada em dezembro de 2019 sobre questões interamericanas sobre corrupção e direitos humanos (OEA, 2019: 370; 389), apontou a relação entre órgãos de controle eleitoral e partidos políticos e corrupção, destacando que o financiamento fraudulento da política, a compra de votos e o clientelismo político são as principais formas de corrupção política, que deve ser erradicada pelo Estado através de medidas regulatórias para controlar os partidos políticos.

Na mesma linha, os Chefes de Estado reunidos na VIII Cúpula das Américas (2018) comprometeram-se, no chamado Compromisso de Lima, a promover a adoção e o fortalecimento de medidas que promovam a transparência, a prestação de contas, contabilidade adequada e o registro das receitas e despesas das organizações e partidos políticos e campanhas, assegurando a origem lícita das contribuições, bem como a punição pelo recebimento de contribuições ilícitas.⁰⁷

A mesma tendência é observada nas instituições europeias, tanto nos regulamentos do Conselho da Europa como no quadro jurídico da UE. Assim, a Convenção Criminal sobre Corrupção do Conselho da Europa (1999) trata da corrupção de membros das assembleias legislativas nacionais (art. 4) e estrangeiras (art. 6), bem como membros de assembleias parlamentares

⁰⁷ OEA. O compromisso de Lima. Governo democrático em face da corrupção. VIII Cúpula das Américas. (2018)

internacionais (art. 10), remetendo o conceito de funcionário público às leis nacionais, em vez de adotar uma abordagem harmonizadora.

Apesar de não ter sido mencionado na Convenção Criminal, o tema foi especificamente regulamentado na Resolução 97(24) do Conselho da Europa, que trata das Vinte Diretrizes Principais para o Combate à Corrupção, e na Recomendação do Conselho Rec(2003)4. Assim, de acordo com o princípio 15 da Resolução 97 (24), deve ser promovida a adoção de códigos de conduta para representantes eleitos e regras para o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais.

Da mesma forma, a Recomendação do Conselho 1516 (2001) sobre o financiamento de partidos políticos busca promover a adoção de regras comuns contra a corrupção no financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais.

A Recomendação Rec(2003)4, por sua vez, estabelece algumas regras gerais sobre medidas de prevenção à corrupção no financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais, como a limitação de doações aos partidos e os gastos associados às campanhas eleitorais, além de estabelecer que a violação dessas regras deve gerar a imposição de sanções efetivas, proporcional e dissuasivo.

No âmbito da UE, a Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades da União Europeia aborda a necessidade de harmonização legislativa para combater a corrupção, sem qualquer disposição expressamente referente à corrupção política.

Por outro lado, a Comunicação da Comissão de 28 de Maio de 2003 intitulada “ Política Global Anticorrupção da UE” (COM(2003) 317) estabelece, entre os principais elementos de uma futura política anticorrupção, a “intensificação da luta contra a corrupção política e o financiamento ilegal de parceiros sociais e outros grupos de interesse”, promover a elaboração de um estudo para analisar a natureza das áreas de interação entre o setor público e os partidos políticos, e promover a transparência no financiamento das despesas eleitorais (Comissão Europeia, 2003).

Além disso, o Regulamento (CE) nº 2004/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de novembro de 2003 sobre o Estatuto e o Financiamento dos partidos políticos no nível europeu não contém qualquer referência à legislação sancionadora (comunitária ou nacional), embora estabeleça uma série de obrigações e proibições para os partidos políticos (Martin, 2006).

No entanto, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia inclui a corrupção e o crime organizado entre os crimes particularmente graves com uma dimensão transfronteiriça, permitindo que o Parlamento Europeu e o Conselho estabeleçam, por meio de diretrizes, normas mínimas que regem a definição de tais crimes.

2.3. Análise comparativa entre as normativas universal e regional

Há uma tendência generalizada de reconhecer a ligação entre a corrupção, especialmente a corrupção política, e o COT. Além disso, a necessidade de implementar medidas concretas contra a corrupção política tem sido destacada em instrumentos internacionais anticorrupção nos níveis universal e regional, especialmente no que diz respeito a medidas de controle e limitação do financiamento dos partidos políticos.

No entanto, instrumentos internacionais que promovem a criminalização da corrupção (incluindo a conduta dos legisladores e do setor privado) e a harmonização em relação à punição de práticas corruptas, não se referem à criminalização das violações das regras de financiamento político.

Além disso, as disposições relativas ao financiamento político incluídas nos instrumentos internacionais limitam-se a estabelecer princípios e normas genéricos e imprecisos, deixando o desenvolvimento de sua regulamentação nas mãos de organismos supranacionais que atuam no âmbito das respectivas convenções.

É evidente, portanto, que, embora a sociedade internacional tenha reconhecido há muito tempo a ligação entre a corrupção política, especialmente o financiamento ilegal dos partidos políticos, e o TOC, essa percepção não se reflete na promoção da criminalização, harmonização ou cooperação judicial, como é o caso, por exemplo, da corrupção privada.

Na ausência de referência normativa internacional específica, amplia-se a margem de discricionariedade dos legisladores nacionais em relação às decisões sobre a criminalização do financiamento irregular dos partidos políticos, o que levou a reformas legislativas pautadas por diferentes modelos teóricos, com figuras típicas, ativos jurídicos e escopos totalmente diferentes.

A falta de harmonização da legislação nacional acaba sendo, por sua vez, um obstáculo para a implementação de mecanismos de cooperação judicial internacional, o que dificulta a resposta à corrupção associada ao TOC.

3. SISTEMAS NACIONAIS LATINOAMERICANOS: ESPANHA, ITÁLIA E ESTADOS UNIDOS

Esta seção aborda tratamento dos crimes de financiamento ilegal de partidos políticos e campanhas eleitorais nos sistemas jurídicos nacionais. O tema é particularmente relevante porque, como subornos podem ser pagos através do financiamento ilegal de partidos políticos e campanhas eleitorais, algumas agências de aplicação da lei consideram o crime de financiamento ilegal de um partido político como um instrumento central para o combate à corrupção.

3.1. Espanha

A Lei Ordinária 1, de 30 de março de 2015 introduziu no Código Penal Espanhol os crimes de financiamento ilícito de partidos políticos, por meio dos artigos 304 *bis* e 304 *ter*, no novo título XIII, imediatamente posterior ao que trata de crimes contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica.

Até a introdução do novo tipo penal, os tribunais espanhóis aplicaram outros tipos penais, como lavagem de dinheiro, associação ilícita, crimes eleitorais, corrupção, falsidades, entre outros, como aconteceu, por exemplo, no caso Filesa, no qual o Tribunal Supremo condenou oito dos onze acusados de crimes de falsidade ideológica, associação ilícita e contra a Fazenda Pública (Martín, 2006).

A decisão legislativa de criminalizar o financiamento ilícito dos partidos políticos reflete o alarme social produzido por uma série de escândalos relacionados à corrupção política e baseia-se no reconhecimento, pela maioria da doutrina, da necessidade de proteger um bem jurídico autônomo, mesmo que não haja consenso sobre qual bem jurídico deve ser protegido. (Mata Barranco, 2016).

Assim, parte da doutrina justifica a introdução do novo tipo penal devido à necessidade de proteger o bom funcionamento do sistema democrático partidário, pautado pela transparência em seu financiamento, igualdade de oportunidades para todas as orientações políticas e a necessária confiança dos cidadãos no sistema político.

No entanto, um segundo grupo de autores aponta como patrimônio jurídico de referência para o novo crime as funções constitucionais dos partidos políticos, consagradas no artigo 6º da Constituição espanhola, a ver: a expressão do pluralismo político, a formação e manifestação da vontade popular e ser um instrumento fundamental de participação pública.

O debate não se restringe aos aspectos teóricos da questão, uma vez que a primeira posição sustenta que mesmo comportamentos que violam, em princípio, a democracia interna dos partidos, acabam apresentando significado externo, afetando o bom funcionamento do sistema político como um todo. Por sua vez, a segunda posição restringe a aplicação do direito penal, condicionando a criminalização à demonstração de que a conduta teve transcendência fora do partido, afetando a manifestação da vontade popular e da própria democracia (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

No artigo 304 *bis*⁰⁸ do CP espanhol, o legislador utilizou uma regra penal em branco para estabelecer como conduta típica o recebimento de valores destinados a partidos políticos, federações, coligações ou grupos de eleitores em violação do artigo 5º da Lei Orgânica 8/2007 (LOFPP) (Lei Orgânica 8/2007, de 4 de julho, sobre o financiamento de partidos políticos. Diário Oficial do Estado, 160).

De acordo com esse dispositivo, as partes não podem aceitar ou receber direta ou indiretamente: (a) doações associadas a uma finalidade específica, revogável ou condicional; (b) doações de uma mesma pessoa superior a 50.000 euros por ano (exceto imóveis aceitos por meio de certificado emitido pela parte informando a identificação do doador e do documento público ou outro documento que comprove a entrega do imóvel doado expressamente

08 O artigo 304º bis do CP espanhol afirma o seguinte: "1. Qualquer um que receba doações ou contribuições a um partido político, federação, coalizão ou grupo de eleitores em violação das disposições do artigo 5º será punido com uma multa de três vezes a cinco vezes o seu valor. Uma das Leis Orgânicas 8/2007, de 4 de julho, sobre o financiamento de partidos políticos. 2. Os atos anteriores serão puníveis com pena de seis meses a quatro anos e multa de três vezes a cinco vezes o seu valor ou excesso no caso de doações referidas no artigo 5º. Uma, letras a) ou c) da Lei Orgânica 8/2007, de 4 de julho, sobre o financiamento de partidos políticos, de um montante superior a 500.000 euros, ou que exceda neste valor o limite fixado na letra b) desse preceito, quando este é o infringido. b As doações referidas no artigo 7º. Dois da Lei Orgânica 8/2007, de 4 de julho, sobre o financiamento de partidos políticos, que excedem o montante de 100.000 euros. 3. Se os atos referidos no parágrafo anterior forem de gravidade especial, a pena será imposta em sua metade superior, podendo atingir o grau mais alto. 4. As mesmas penalidades serão impostas, em seus respectivos casos, a qualquer um que entregar doações ou contribuições a um partido político, federação, coalizão ou grupo de eleitores, por si mesmo ou por uma pessoa interposta, em qualquer um dos casos dos números anteriores. 5. As mesmas penalidades serão impostas quando, de acordo com o disposto no artigo 31º do este Código, cabe a pessoa jurídica os fatos. Sujeitos às regras previstas no artigo 66º-A, juízes e tribunais também podem impor as penalidades previstas no artigo 33 (7) (b) a (g). Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro de 1995; Código Penal. 24 de novembro de 1995.

mencionando a natureza irrevogável da doação); e (c) doações de pessoas jurídicas e pessoas sem personalidade jurídica (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

A conduta típica consiste em receber ou entregar por si só, ou por uma pessoa interposta, doações ou contribuições destinadas a um partido político, federação, coalizão ou grupo de eleitores em violação ao disposto no art. 5.1 do LOFPP (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

O sujeito ativo do crime (quem entrega) é a pessoa natural ou jurídica que faz diretamente a doação ou contribuição para o partido político, ou que usa outro para fazê-lo. Por sua vez, o sujeito passivo (que recebe) deve ser uma pessoa que tenha a capacidade legal de receber doações no nome e em favor do partido político (seja seu representante, o responsável pela gestão econômica e financeira, o presidente, o secretário-geral e outras pessoas qualificadas que tenham vínculo com o partido) (Sáinz-Cantero Caparrós, 2016).

Em relação ao objeto material, o legislador limitou o novo tipo penal ao financiamento de origem privada, listando algumas condutas específicas. Todas as doações anônimas são ilegais (Art. 14 5). Os partidos têm o dever de identificar todas as doações para que o Tribunal de Contas possa auditá-las. Doações finalistas, ou seja, aquelas destinadas a objetivos específicos, e doações revogáveis também são ilícitas. São tipificadas, ainda, doações de mais de 50.000 euros e/ou de pessoas jurídicas (Pérez Rivas & Sanjurjo Rivo, 2020).

Quanto ao tipo subjetivo, o legislador optou por sancionar exclusivamente comportamentos dolosos, de forma que aquele que recebe ou aquele que entrega a doação ou contribuição deve saber que o destino disso é o partido político (Odriozola Gurrutxaga, 2018).

A sanção prevista para o tipo básico del art. 304 bis del CP (§ 1) é uma multa equivalente a três vezes até cinco vezes o valor da doação. Não há previsão de pena privativa de liberdade. Por sua vez, os numerais 2 e 3 desta disposição detalham questões relacionadas aos valores envolvidos na conduta, enquanto o numeral 4 refere-se ao fato de que as mesmas penalidades serão impostas àqueles que fizerem doações ou contribuições diretas ou indiretamente por meio de uma pessoa interposta. Por fim, o número 5 do mesmo artigo estabelece a aplicação da sanção a pessoas jurídicas.

O artigo 304 estabelece a figura de participação por meio de estruturas ou organizações que se concentrem no financiamento de partidos, federações, coligações ou grupos eleitorais, sem prejuízo de qualquer outra sanção prevista na lei. Os números 2 e 3 do artigo estabelecem as causas de aumento de pena.⁰⁹

Deve-se notar que, de acordo com o ordenamento jurídico espanhol, os partidos políticos podem ser responsabilizados pelos crimes de financiamento ilícito de partidos políticos, com base nas disposições da Lei Orgânica nº 7 de 2012, que viabilizaram a responsabilidade penal dos partidos políticos.¹⁰

Além disso, a LO 3/2015 introduziu no artigo 9º da LO 6/2022, regulamentando os partidos políticos, a obrigação de implementar em formações políticas um programa de compliance regulatório (instrumento de autorregulação originado no ambiente empresarial), o que pode levar à mitigação ou exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

3.2 - Itália

O crime de financiamento ilícito de partidos políticos foi introduzido na legislação italiana por meio do artigo 7.3 da Lei 195 de 25 de maio de 1974, que trata da Contribuição do Estado para o financiamento de partidos políticos (*dell'illecito di finanziamento di partiti*), que foi posteriormente modificado pelos olhos 13 de 2014 (Decreto Lei 149 de 2013 convertido na Lei 13 de 2014) e 3 de 2019 (conhecido como *Legge Spazzacorrotti*) (Coduti, 2020).

O artigo 7.3 da Lei 195 de 1974 proíbe a entrega e o recebimento de financiamento em favor de partidos políticos e grupos de parlamentares, exceto por contribuições não proibidas por lei que sejam aprovadas pelo órgão competente e regularmente registradas na instituição financeira. A pena imposta em caso de descumprimento é de reclusão de 6 meses a 4 anos, e multa de até três vezes o valor da contribuição.

09 O artigo 304 do CP espanhol afirma o seguinte: "1. Qualquer um que participe de estruturas ou organizações, independentemente de sua natureza, cujo propósito é o financiamento de partidos políticos, federações, coalizões ou grupos de eleitores, fora das disposições da lei, será punido com prisão de um a cinco anos. 2. A pena será imposta na sua metade superior às pessoas que lideram tais estruturas ou organizações. 3. Se os atos referidos nos parágrafos anteriores forem de gravidade particular, a pena será imposta em sua metade superior, podendo atingir o grau mais alto."

10 Segundo León Alapont (2019: 148), "[t]he Lei Orgânica 7/2012, de 27 de dezembro, que modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal em matéria de transparência e combate a fraudes fiscais e previdenciárias, 'excluídas da exclusão' dos partidos políticos, tornando-os beneficiários de um modelo de responsabilidade penal inicialmente concebido para as empresas".

A citada legislação estabelece, ainda, que não é possível, em qualquer caso, que partidos políticos ou grupos parlamentares possam ser financiados por órgãos públicos, entes públicos, empresas com participação de capital público superior a 20% ou controladas pelo capital público (mesmo que sejam privadas), cooperativas e consórcios sociais.

De fato, a emenda legislativa aprovada em 2013 (Decreto Lei 149 de 2013 convertida na Lei 13 de 2014) aboliu completamente o financiamento público das atividades de partidos políticos e campanhas eleitorais, proibindo o reembolso de despesas partidárias e dos candidatos.

Por outro lado, o artigo 10 do Decreto Legge 149 de 2013 só permite contribuições e doações de pessoas físicas no valor de até 100.000 euros por ano. Além disso, a Lei nº 3 de 2019 (*Legge Spazzacorroti*) submete fundações privadas associadas a partidos políticos ao mesmo regime restritivo, tornando ilícitas doações feitas a este último por meio de suas fundações (Brandimarti, 2022).

Consequentemente, à luz do exposto, pode-se dizer que o evento típico tem uma configuração tripla, distinguindo (a) financiamento público (totalmente proibido); (b) financiamento societário oculto (que não tenha sido aprovado pelos órgãos competentes da pessoa jurídica competente, ou não tenha sido regularmente registrado em seu balanço); e (c) financiamento em valores maiores do que os estabelecidos. Todos os comportamentos descritos no tipo pressupõem a transferência e aceitação da contribuição. No entanto, o financiamento oculto só é considerado configurado quando há o não cumprimento da obrigação de ser primeiro aprovado pelo órgão corporativo correspondente e, em seguida, regularmente registrado no balanço (Forzati, 1996).

Quanto à proibição do pagamento de recursos públicos, é um crime próprio. O sujeito ativo é determinado tanto pela fórmula de proibição absoluta (financiamento ou contribuições de qualquer forma é proibida) quanto pela enumeração de entidades públicas (órgãos da administração pública, órgãos públicos, empresas com participação superior a 20% do capital público ou empresas controladas por este último (sem prejuízo à sua natureza privada)). Em outras modalidades, o crime é comum.

Os bens jurídicos protegidos são o patrimônio público, a imparcialidade e o correto funcionamento da administração pública, buscando limitar a constante influência política do partido no exercício da discricionariedade

administrativa (Forzati, F, 1996). Trata-se, portanto, de uma figura típica que antecipa a proteção penal de forma instrumental em relação aos crimes contra a administração pública previstos no Código Penal Italiano.

3.3 - Estados Unidos

A criminalização do financiamento ilícito de campanhas eleitorais e partidos políticos nos Estados Unidos remonta à introdução da Lei Federal de Campanha Eleitoral (FECA) em 1971.

A FECA foi reformada em 2002 pela Lei de Reforma de Campanha Bipartidária (BCRA), também conhecido como “Ato McCain-Feingold”, introduzindo novas condutas criminais e penas, e recomendando penas mais duras para os crimes existentes (Williamson, Amann, Athans, Bansal, & Zahedi, 2019).

Os principais tipos de crimes relacionados ao financiamento de campanha são os seguintes: (a) violação da proibição de contribuições e gastos por pessoas e entidades cujo potencial de influência no governo democrático tem sido historicamente demonstrado; (b) Violação das limitações sobre o valor das contribuições; e (c) violação das regras de transparência de campanha.

Assim, a seção 30119 do Título 52 do Código dos EUA (USC) proíbe qualquer contribuição ou promessa de contribuição por parte dos contratantes a qualquer entidade política durante o período entre o início e o fim das negociações com o governo. Da mesma forma, a seção 30121 também proíbe qualquer estrangeiro de fazer contribuições diretas ou indiretas para qualquer eleição, federal ou não federal, e de ter tais contribuições solicitadas por qualquer pessoa. As proibições também se estendem a doações que podem ser feitas nesses casos por meio de um terceiro ou um intermediário (seção 30119 do Título 52 da USC).

Além disso, a seção 30116 do Título 52 da USC proíbe o candidato ou comitê político de aceitar conscientemente contribuições ou gastos acima dos limites especificados. No entanto, em *Buckley v. Valeo*, os limites estabelecidos por essa disposição foram considerados válidos apenas no que diz respeito às contribuições, declarando-se que essa regra não se aplicava a despesas independentes ou *independent expenditures* (entendiendo por tales cualquier

compra, pago, distribución, préstamo, anticipo o regalo de dinero o de valor realizado por un individuo para influir en una elección), debido a la violación de la *cláusula de libertad de expresión de la primera enmienda* a la Constitución Estadounidense (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1975).

O mesmo entendimento restritivo foi adotado pela Suprema Corte no caso *Citizens United*, em relação a empresas e organizações trabalhistas, pois para essa empresa os candidatos podem aceitar despesas independentes feitas pelas entidades acima mencionadas sem qualquer limitação quantitativa (Kennedy & Suprema Corte dos Estados Unidos, 2009).

A seção 30125 do Título 52 da USC proíbe contribuições em dinheiro (dólares americanos ou qualquer outra moeda) no valor de mais de US \$ 100 em qualquer campanha eleitoral federal ou eleição primária. A limitação é cumulativa e se aplica ao longo da campanha do candidato.

Doações de bitcoin são permitidas desde que permaneçam dentro dos limites de doações em dinheiro. De qualquer forma, a maioria das condutas requer o uso de uma soma total de pelo menos US \$ 2.000 para contravenções, punível com uma multa, prisão de até um ano ou ambos, e US \$ 25.000 para crimes mais graves, punível com uma multa e prisão de até 5 anos ou ambos. (Williamson et al, 2019)

A Seção 30125 preencheu assim a lacuna em relação ao chamado “soft money”, que permitiu que comitês políticos partidários usassem fundos não regulamentados para vários fins, como registro de eleitores, esforços de ganhar votos e comunicações genéricas com o público, entre outros (Williamson, Amann, Athans, Bansal, & Zahedi, 2019).

Em relação ao elemento subjetivo, a FECA afirma que os crimes devem ser cometidos conscientemente (*knowingly*) e intencionalmente (*willfully*). A configuração da *mens rea* exige, portanto, que seja demonstrado que o autor agiu com conhecimento da ilegalidade da conduta e que tinha experiência e conhecimento das eleições e financiamento de campanha. (Williamson, Amann, Athans, Bansal, & Zahedi, 2019).

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, a FECA foi adotada como estratégia anticorrupção, presumindo que “agentes eleitos são influenciados a agir contra suas obrigações de ofício pela perspectiva de ganho financeiro para si mesmos ou infusão de dinheiro em suas campanhas” (Torres-Spelliscy, 2018). No entanto, a jurisprudência do Tribunal sobre o

conceito de corrupção restringe o significado do termo de incluir apenas aqueles comportamentos que implicam uma relação de troca entre os sujeitos do crime, a fim de limitar a aplicação das regras que penalizam o financiamento ilícito de campanhas e partidos políticos.

Nesse sentido, deve-se lembrar que a jurisprudência da Suprema Corte inicialmente adotou uma visão expansiva, considerando a corrupção política como um problema sistêmico que englobava o acesso especial aos legisladores e a influência exercida pelos principais doadores da campanha, o que causou a subversão do processo político.

No entanto, mais recentemente, a jurisprudência tem adotado uma concepção mais restritiva de corrupção, considerando que se trata de um fenômeno pessoal caracterizado pelo *quid pro quo*, no qual um indivíduo ou entidade faz uma contribuição em troca de um ato por um agente público (Torres-Spelliscy, 2018).

4. SISTEMAS NACIONAIS LATINO-AMERICANOS: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO E PERU

4.1. Argentina

Atualmente, não há, no sistema jurídico argentino, crime eleitoral de financiamento ilegal de partidos políticos ou campanhas eleitorais. No entanto, há expectativas de que a nova CP pelo menos preveja o crime de financiamento ilegal de partidos políticos (Ministério da Justiça e Direitos Humanos, 2018).

Consequentemente, enquanto essa reforma está ocorrendo, a única coisa que existe atualmente é a Lei 26.215, de 15 de janeiro de 2007, que estabelece em seus artigos 62 e segue sanções não penais pela violação das regras sobre o financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais que nela estão incluídas, incluindo o recebimento de contribuições de pessoas jurídicas para campanhas (proibição que foi introduzida no artigo 44 *bis* da Lei 26.571, de 2 de dezembro de 2009, que alterou a Lei 26.215).

De acordo com esta legislação, os partidos políticos argentinos não podem aceitar ou receber, direta ou indiretamente, contribuições anônimas ou doações de: (a) entidades públicas, centralizadas ou descentralizadas,

nacionais, provinciais, municipais ou municipais de Buenos Aires; (b) concessionárias de serviços ou obras públicas da Nação, das províncias, dos municípios ou da Cidade de Buenos Aires; (d) pessoas naturais ou legais operando jogos de azar; (c) governos ou entidades públicas estrangeiros; (e) pessoas estrangeiras naturais ou legais que não têm residência ou domicílio no país; (f) pessoas estrangeiras naturais ou legais que não têm residência ou domicílio no país; (g) associações sindicais, patronais e profissionais. Além disso, dada a importância da correta manutenção dos livros contábeis, o artigo 21 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 23.298) estabelece que, em caso de descumprimento, ocorrerá a extinção da personalidade política do partido.¹¹

4.2. Brasil

Atualmente não há crime autônomo de financiamento ilegal de partidos políticos ou campanhas eleitorais no sistema jurídico brasileiro. A conduta omissiva de não fazer a declaração ordinária perante a Justiça Eleitoral de uma doação recebida na campanha eleitoral (conhecida como caixa dois ou caixa B Eleitoral) constitui, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) (Supremo Tribunal Federal (2018)¹², crime de falsidade ideológica eleitoral, incluído no artigo 350 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965).¹³

Assim, pune-se omissão ou declaração falsa, ou diferente daquela que deve ser recolhida, em documento público ou privado. Esse crime abrange a conduta de fraude contábil na contabilidade eleitoral. Além disso, as doações eleitorais que não tenham sido devidamente declaradas podem configurar uma vantagem indevida para fins do crime de corrupção passiva (se os outros elementos deste último estiverem presentes).

11 Artículo 21. Libros contables rubricados: “Los partidos políticos deberán llevar, además de los libros prescriptos en el artículo 37 de la Ley 23.298 Orgánica de Partidos Políticos; el libro Diario y todo otro libro o registro que la agrupación estime menester para su mejor funcionamiento administrativo contable. Todos los libros deben estar rubricados ante la justicia federal con competencia electoral del distrito correspondiente. El incumplimiento de lo previsto en este artículo hará pasible al partido político de la caducidad de su personalidad política en concordancia con lo regulado por el artículo 50, inciso d), dispuesta por el Título VI de la Ley 23.298 - Orgánica de los Partidos Políticos”.

12 Vid.: Agravo Regimental na Petição n. 7.354. Ministro Días Toffoli. 6 marzo 2018.

13 El artículo 350 del Código Electoral de Brasil señala lo siguiente: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada” (Lei 4.737, 15 julio 1965).

A conduta típica consiste em omitir a declaração que deveria ter sido feita ou incluir uma declaração falsa ou diversificada que deve ser coletada. O crime é configurado mesmo que não cause danos no processo eleitoral em que é cometido. O dolo é genérico.

O sujeito ativo pode ser qualquer cidadão, mas se o agente da falsidade documental tiver função pública e cometer o crime usando sua posição, ou se a falsificação ou alteração for a do registro civil, a pena é agravada (art. 350, parágrafo único, Código Eleitoral) (Velloso & Agra, 2020). O objeto material pode ser um documento público ou privado. O bem jurídico protegido, como em todos os crimes eleitorais, é a transparência do processo eleitoral e o pluralismo político (Puentes, 2020),

La pena prevista es de prisión hasta cinco años y el pago de cinco a quince días de multa, si el documento es público, y de prisión hasta tres años y el pago de tres a diez días de multa, si el documento es privado. Si el sujeto activo es funcionario público y realiza la conducta utilizando el cargo o se falsifican o alteran los asientos del registro civil, la pena es agravada.

Diversos proyectos de leyes (PLS 348/2016, PL 6.368/2016, PL 1/965 de 2019) se tramitan actualmente en el Congreso Nacional para tipificar específicamente como delito la conducta de recoger, recibir, mantener, mover o utilizar cualquier recurso, valor, bienes o servicios estimados en efectivo, paralelamente a la contabilidad exigida por la legislación electoral. La pena prevista es de 2 a 5 años, si el hecho no constituye un delito más grave (Leite & Teixeira, 2017).

4.3. Chile

No Chile, há um extenso catálogo de crimes eleitorais em diversas leis, com destaque para a Lei 20.900 (2016), que complementa a regulamentação do financiamento de partidos políticos já instituído pela Lei 19.884 (2003).

A Lei 20.900 optou por uma criminalização autônoma, pautada pela proteção de bens jurídicos como confiança, credibilidade e integridade do sistema eleitoral e os mecanismos de financiamento da política (Náquira Riveros & Salim-Hanna, 2021).

A primeira conduta típica consiste na concessão ou obtenção de contribuições a candidatos ou partidos (art. 27.1), valor que excede 40%

do limite permitido. Em caso de excesso inferior a esse teto, a sanção será de natureza administrativa (art. 29 da Lei 19.884). Os verbos reitores são conceder ou obter, ou seja, o crime é de resultado e, portanto, o mero pedido ou oferta da contribuição não é suficiente.

Quanto ao objeto material, a doutrina entende que a restrição se aplica exclusivamente às doações privadas, uma vez que as limitações são desencorajadas na prevenção da influência dos indivíduos no processo político como um todo.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O dolo é genérico e a doutrina majoritária entende que um conhecimento aproximado de seu significado normativo é suficiente. O bem legal protegido é a probidade no processo político.

A pena é de presídio menor em seus graus mínimos (de 61 dias a 540 dias) a médio (de 541 a 3 anos e 1 dia), e multa equivalente a três vezes o valor obtido.

O segundo crime é a concessão ou obtenção de contribuições feitas por pessoas jurídicas (art. 27.2), independentemente do seu valor. A condutatípica é conceder ou obter contribuições por ou de pessoa jurídica, independentemente do valor da contribuição. Os verbos reitores são conceder ou obter, ou seja, o crime é de resultado e, portanto, o mero pedido ou oferta da contribuição não é suficiente.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha agido materialmente em nome da pessoa jurídica. O bem legal protegido é a probidade no processo político. A pena é de presídio menor em seu grau mínimo a médio, e multa equivalente a três vezes o valor obtido.

No entanto, se a contribuição for isolada, não há habitualidade e o valor é inferior a 1580 euros, a autoridade eleitoral não poderá apresentar queixa ou denúncia a respeito desses fatos.

Por fim, a terceira conduta típica é oferecer ou solicitar indevidamente contribuições eleitorais (art. 27 *bis* (3)). O fato típico não exige resultado algum, uma vez que o desempenho da ação descrita é suficiente. O dolo é genérico.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. A pena é uma multa equivalente ao dobro do que foi oferecido ou solicitado. O bem legal protegido é a probidade no processo. (Náquira Riveros & Salim-Hanna, 2021).

4.4. México

O título XXIV do Código Penal do México inclui crimes eleitorais e crimes em matéria de registro nacional de cidadãos, em um único capítulo (arts. 401 a 413). Entre os crimes eleitorais, não há crime diretamente ligado ao financiamento ilegal de partidos políticos ou campanhas eleitorais, embora exista uma proposta de criminalização do financiamento de fontes ilícitas, mediante a inclusão dos artigos 413 *bis* e 413 *ter* à CP federal (Jimenez Jurado, 2015).

No entanto, o artigo 406.VII do Código Penal prevê o crime eleitoral para um funcionário ou candidato partidário que obtenha e utilize fraudulentamente recursos originários de atividades ilícitas para sua campanha eleitoral.¹⁴

Esta disposição estabelece como conduta típica a obtenção e o uso de títulos que são conhecidos por serem provenientes de atividades ilegais em uma campanha eleitoral. É também um crime especial, já que apenas o candidato e o funcionário podem ser sujeitos ativos. O dolo é genérico. A pena é de um a seis anos de prisão e multa de 100 a 200 dias. (Sánchez Macías, 1998).

O bem jurídico protegido é o desenvolvimento adequado da função pública eleitoral, que inclui a organização e a condução dos processos eleitorais para eleger o Chefe do Poder Executivo Federal e os membros do Congresso da União (Jiménez Jurado, 2015).

Por fim, o artigo 407.III do Código Penal também define a conduta de um servidor público que desvia bens públicos em benefício de um partido político ou candidato, como fundos, bens ou serviços, sem prejuízo do crime de peculato.¹⁵

O autor deve ser um servidor público, mas eles são obrigados a gozar de um determinado comando ou autoridade hierárquica. A pena é de dois a quatrocentos dias de pena e detenção de um a nove anos. (Becerra Chávez, 1994).

14 O artigo 406 do Código Federal de Processo Penal do México estabelece: "Será imposta uma multa de cem a duzentos dias e a prisão de um a seis anos a um funcionário do partido ou candidato que: [...]. VII. Obter conscientemente e usar fundos de atividades ilícitas para sua campanha eleitoral em sua capacidade como candidato.

15 O artigo 407 do Código Federal do México estabelece o seguinte: "Será imposta uma multa de duzentos a quatrocentos dias e a prisão de um a nove anos será imposta ao servidor público que: [...] III. Destinar ilegalmente fundos, bens ou serviços à sua disposição em virtude de seu cargo, como veículos, imóveis e equipamentos, para o apoio de um partido político ou candidato, sem prejuízo das penas que possam corresponder ao crime de peculato".

O bem jurídico protegido consiste na preservação das condições legais às quais o concurso eleitoral deve ser ajustado, preservando a administração pública e evitando que seja distorcida pela utilização de recursos, benefícios ou serviços estatais para fins que não sejam institucionais. (Patiño Camarena, 2012)

4.5. Peru

A Lei 30.997 (2019) alterou o CP peruano para acrescentar os artigos 359-A, 359-B e 359-C, que tratam, respectivamente dos seguintes tópicos: (a) financiamento ilícito de organizações políticas e falsificação de informações sobre contribuições recebidas; (b) falsificação de informações sobre os rendimentos e despesas de organizações políticas; (c) fontes ilícitas de financiamento. Essas disposições foram incluídas no Capítulo II (crimes contra a participação democrática) do Título XVII (crimes contra a vontade popular) da CP, de modo que os bens legais protegidos pela nova legislação são a vontade do povo e, mais especificamente, a participação democrática (Carlos Sandoval, 2022).

Todas as condutas típicas mencionadas acima buscam proteger o bom funcionamento do sistema partidário, o que tem implicações, em última instância, no sistema democrático, ou seja, “o desenvolvimento normal das funções constitucionalmente atribuídas aos partidos políticos” (Carlos Sandoval, 2022)

O tipo básico do crime de financiamento proibido, contido no artigo 359 A da CP, apresenta como conduta a solicitação, aceitar, entregar ou receber contribuições, doações, contribuições ou qualquer outro tipo de benefício derivado de uma fonte de financiamento legalmente proibida, direta ou indiretamente.

O financiamento passivo proibido (configurado pelas condutas de solicitação, aceitação, recebimento) é configurado como crime especial. Os sujeitos ativos são aqueles que têm a capacidade de tomar decisões sobre a vida econômica de uma organização política, como o tesoureiro, o gerente de campanha, o representante legal ou o de fato ou administrador jurídico dos recursos do partido (Carlos Sandoval, 2022).

O financiamento ativo proibido (entrega de doações) pode ser cometido por qualquer pessoa, podendo-se efetuar a entrega da contribuição proibida direta ou indiretamente.

Da mesma forma, em relação ao elemento subjetivo, o artigo 359-A pune apenas condutas dolosas, ou seja, o sujeito ativo conhece, ou deve conhecer (admitindo-se o dolo eventual, mas não imprudência) a origem ilícita dos valores e benefícios que solicita, aceita, entrega ou recebe para uma organização política ou aliança eleitoral.

O tipo básico acarreta pena privativa de liberdade entre 2 e 5 anos, bem como 60 a 180 dias de multa e desqualificação (Carlos Sandoval, 2022).

No que se refere à determinação da pena, o legislador prevê uma circunstância agravante em relação ao sujeito ativo pertencente a uma organização criminosa, incluindo agentes periféricos não integrais, ou seja, pessoas ligadas à organização e pessoas que atuam a pedido da organização.

No que diz respeito às fontes de financiamento proibidas, estes são, de acordo com el art. 359-C de CP peruano, as seguintes: (a) aqueles recebidos de entidades regidas por lei pública ou empresas com participação ou propriedade do Estado, a menos que legalmente previstos para financiamento; (b) uma quantidade maior do que duas unidades fiscais; (c) aqueles recebidos de pessoas condenadas ou condenadas a serem mantidas sob custódia por certos delitos, incluindo ofensas contra a administração pública; y (d) aqueles derivados de pessoas jurídicas peruanas ou estrangeiras condenados criminalmente ou administrativamente pela prática de um crime ou pela violação da Lei 10.424, que regulamenta a responsabilidade de pessoas jurídicas.¹⁶

16 El artículo 359-C del CP, relativo a las fuentes de financiación legalmente prohibidas, prevé lo siguiente: “Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de: 1. Cualquier entidad de derecho público o empresa de propiedad del Estado o con participación de este, distintas de la financiación público directo o indirecto a las organizaciones políticas. 2. Los aportes anónimos dinerarios superiores a dos (2) unidades impositivas tributarias. 3. Personas naturales condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, o con mandato de prisión preventiva vigente por delitos contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, tala ilegal, trata de personas, lavado de activos o terrorismo, según información obtenida a través del procedimiento de la ley sobre la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, en lo que resulte aplicable. La prohibición se extiende hasta diez (10) años después de cumplida la condena. 4. Los que provengan de personas jurídicas nacionales o extranjeras sancionadas penal o administrativamente en el país o en el extranjero por la comisión de un delito, o que se les haya sancionado conforme a lo señalado en la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, o se les haya aplicado las consecuencias accesorias previstas en el presente código”. (Código Penal. 3 de abril de 1991).

Por fim, o crime contido no artigo 359-B da CP prevê a realização de falsificação nas informações sobre as contribuições e despesas de organizações políticas ou campanhas eleitorais, bem como nas informações anuais entregues ao órgão fiscalizador.¹⁷ É um valor semelhante ao modelo de crime previsto no artigo 350 do Código Eleitoral Brasileiro.

A conduta típica consiste no fornecimento de informações falsas relacionadas às contribuições e rendimentos recebidos, às despesas realizadas na campanha eleitoral e às informações financeiras anuais que são entregues à entidade fiscalização. O sujeito ativo é o tesoureiro ou pessoa responsável pela campanha política, o administrador de fato ou *de jure*, ou o membro da organização política. Quanto ao tipo subjetivo, o crime só admite dolo direto. (Paucar, 2021). No que se refere à pena, el sujeto activo será castigado con pena privativa de libertad de entre 2 y 6 años e inhabilitación.

4.6. Colômbia

A Lei 1864 (2017) introduziu a figura típica do financiamento de campanhas eleitorais com fontes proibidas no artigo 396 A da CP, localizada no título XIV sobre crimes contra os mecanismos de participação democrática (conformes dos artigos 386 a 396C da CP, além de outros crimes eleitorais).

Os bens jurídicos protegidos por essa nova disposição são a participação política e o livre exercício do sufrágio e, mais especificamente, a transparência das campanhas eleitorais, o processo eleitoral e o direito ao voto (Escobar Osório, 2022).

De acordo com a nova figura típica, o gestor da campanha eleitoral que permite o recebimento de mercadorias de fontes proibidas por lei para financiar campanhas eleitorais terá pena de prisão de quatro a oito anos, multa de 400 a 1.200 salários mínimos legais em vigor e desqualificação do exercício de direitos e funções públicas para o mesmo tempo.

¹⁷ O artigo 359-B do CP peruano, relativo à falsificação de informações sobre contribuições, receitas e despesas de organizações políticas, prevê o seguinte: "O tesoureiro, o gerente de campanha, o representante legal, o administrador de fato ou em direito, ou o membro da organização política que, com pleno conhecimento, fornece informações falsas nos relatórios sobre contribuições e rendimentos recebidos ou naqueles referentes às despesas reais da campanha. as informações financeiras anuais que forem entregues ao órgão fiscalizador serão punidas com pena privativa de liberdade de pena de não inferior a dois ou mais de seis anos e desqualificação nos termos do artigo 36, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, do Código Penal.

Na mesma sanção incorrem: (a) o respectivo candidato no caso de cargos de membro único e listas de votação preferenciais que realizam a conduta descrita no parágrafo anterior; (b) o candidato de uma lista de votação não preferencial que ou intervém na obtenção de ativos dessas fontes para o financiamento de sua campanha eleitoral, (c) aquele que contribui com recursos de fontes proibidas pela lei eleitoral.

A conduta consiste em permitir a obtenção, ou intervir na obtenção, ou fornecer bens ou recursos de fontes proibidas por lei, financiar campanhas eleitorais, adotando-se a técnica da norma penal em branco como objeto material. O elemento subjetivo é o dolo para executar a conduta, não exigindo-se um dolo específico.

A Lei 1475 de 2011 estabelece fontes proibidas, não só de financiamento de campanhas eleitorais, mas de partidos e movimentos políticos. São proibidas as fontes que a) vêm, direta ou indiretamente, de governos estrangeiros ou pessoas físicas ou jurídicas, exceto aquelas realizadas como cooperação técnica para o desenvolvimento de atividades que não sejam campanhas eleitorais; b) que derivam de atividades ilegais ou destinam-se a financiar fins antidemocráticos ou violações da ordem pública; c) contribuições ou doações de pessoas detentoras do direito, pessoal, aparente ou presumido, de propriedade, no que diz respeito a bens sobre os quais foi iniciado um processo de extinção de propriedade; d) contribuições anônimas; e) aqueles de pessoas naturais contra as quais uma acusação ou imputação tem sido feita em um processo criminal por crimes relacionados ao financiamento, adesão ou promoção de grupos armados ilegais, tráfico de drogas, crimes contra a administração pública, contra os mecanismos de participação democrática e contra a humanidade; f) aqueles que vêm de pessoas que exercem funções públicas, exceto membros de corporações públicas de eleição popular, que podem fazer contribuições voluntárias às organizações políticas às quais pertencem, para o financiamento de sua operação e das campanhas eleitorais das quais participam, de acordo com os limites do financiamento privado previstos no artigo 25 desta lei.; g) aqueles que vêm de pessoas físicas ou jurídicas cuja renda no ano anterior teve origem em mais de 50% dos contratos ou subsídios estatais; que administram recursos públicos ou parafiscal, ou que tenham licenças ou permissões para explorar monopólios estatais ou jogos de sorte e acaso.

A Lei 1864 (2017) também acrescentou ao CP o artigo 396B que prevê o crime de violação de limites nas campanhas eleitorais. De acordo com essa disposição, quem administrar os recursos de uma campanha eleitoral que exceda os limites ou limites de gastos estabelecidos pela autoridade eleitoral, incorrerá em prisão de quatro a oito anos, multa correspondente ao mesmo valor do que foi ultrapassado e desqualificação do exercício de direitos e funções públicas para o mesmo tempo.

Neste caso, o verbo do tipo é administrar, de modo que, embora o sujeito ativo seja indeterminado, é inferido pelo verbo que o sujeito ativo tem que desempenhar um papel específico que lhe permita gerir os recursos da campanha eleitoral. O elemento subjetivo é o dolo de realizar o comportamento, não exigindo um ato específico.

Também neste caso, foi adotada a técnica da norma penal em branco, de modo que a aplicação do dispositivo deve buscar os parâmetros na Lei 1475 de 2011 (art. 23), que estabelece que nenhum partido, movimento, grupo significativo de cidadãos, candidato ou campanha, poderá obter créditos ou recolher recursos originados em fontes de financiamento privado, para mais do que o valor total das despesas que podem ser feitas na respectiva campanha. Também não poderá coletar contribuições individuais e doações superiores a 10% desse valor total.

Outro tipo de infração penal incorporada pela nova legislação é a que se refere à omissão de informações do contribuinte (art. 396 C), estabelecendo que quem não informar suas contribuições feitas às campanhas eleitorais de acordo com os termos estabelecidos na lei, incorrerá em prisão de quatro a oito anos e multa de 400 a 1.200 salários mínimos judiciais em vigor. Trata-se de um delito de omissão própria, uma vez que a conduta consiste em não informar e é consumada quando chega a hora de informar sem cumprir essa obrigação. O sujeito ativo é aquele que contribui (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e Procuradoria Geral (FGN), 2018).

Por fim, a Lei 2.195 (2022), que adota medidas não penais de prevenção e combate à corrupção, incluiu crimes eleitorais (juntamente com crimes contra a administração pública, meio ambiente e ordem econômica e social, financiamento do terrorismo e grupos criminosos organizados) no conceito de ato de corrupção (art. 59), para fins de responsabilização por dano ao patrimônio público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação anticorrupção tem se expandido ao longo das últimas duas décadas, consolidando-se em importantes instrumentos internacionais e na legislação nacional, especialmente de natureza criminal, com forte tendência à harmonização das infrações penais e ao fortalecimento da cooperação jurídica internacional (especialmente no que se refere aos mecanismos de combate à corrupção associados à COT no contexto da globalização).

No entanto, com referência específica à corrupção política, as medidas limitaram-se a algumas disposições genéricas da Convenção de Mérida e a certas recomendações de alguns organismos supranacionais sem efeito vinculante.

Ainda assim, uma certa tendência pode ser observada na América Latina para a criminalização autônoma do financiamento irregular de partidos políticos e/ou campanhas eleitorais em sistemas jurídicos nacionais (como foi feito no Chile, Peru e Colômbia), como instrumento de prevenção à corrupção política.

Essa decisão do legislador, que busca a proteção de bens legais como o direito ao voto, a transparência do processo eleitoral e a pluralidade política, entre outros, contribui para ampliar o escopo de aplicação de crimes eleitorais, e busca, sobretudo, impedir que grupos de interesse influenciem, por meio de doações a partidos políticos ou campanhas eleitorais, em futuras decisões políticas.

Quanto ao impacto real de novas figuras criminosas sobre a corrupção política (e sobre a capacidade do COT de capturar o Estado), isso também depende, em grande parte, de como são moldadas regras não-criminais sobre o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais. Consequentemente, enquanto os novos crimes representam progresso, lacunas e contradições no conteúdo dessas regras podem neutralizar seu impacto. Um exemplo paradigmático dessa situação é o fato de que a maioria da legislação existente (em particular, as legislações espanholas e latino-americanas) deixam de fora seu escopo de aplicação: (a) doações feitas a fundações ligadas a partidos políticos ou candidatos; b) Imóvel imóvel com valor superior ao limite estabelecido para doações a partidos e campanhas; e (c) a renegociação ou perdão de suas dívidas por instituições bancárias.

Além disso, há uma disparidade considerável entre as regras penais dos diversos sistemas jurídicos (resultantes da configuração diferente das regras nacionais sobre financiamento político). Essa disparidade é ainda mais acentuada entre os países latino-americanos, dada a ausência de regulamentação regional sobre o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais, como é o caso, por exemplo, dos marcos regulatórios do Conselho da Europa e da UE. Como resultado, é difícil utilizar mecanismos internacionais de cooperação jurídica na prática para prevenir a corrupção associada a crimes eleitorais.

Por essa razão, a criação de uma legislação internacional latino-americana que contenha critérios para harmonizar as diversas leis sobre financiamento político na América Latina resultaria, sem dúvida, em um maior impacto dos tipos penais analisados neste capítulo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

- Arnau, M. L. C. (2015). Corrupción pública: reformas procesales vs. reformas sustantivas. En Gómez Colomer, J. L. (2016). El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer. El proceso penal en la encrucijada, 1-2026.
- Chávez, P. J. B. (1994). "El sistema electoral mexicano: Las reformas de 1994. En Valdés, L. (1994). Elecciones y partidos políticos en México, 1993. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Itzapalapa.
- Benítez Ortúzar, I. F. (2021). "Corrupción política: Concepto, contenido y límites". En Morillas Cueva, L., & Benítez Ortúzar, I. F. (2021). Respuestas jurídicas frente a la corrupción política. Respuestas jurídicas frente a la corrupción política, 1-966.
- Brandimarti, B. (13 de enero de 2022) *La historia de la disciplina de la financiación ilícita de los partidos y su creciente papel en el debate político y judicial*. Extraído de <https://www.dirittoconsenso.it/2022/01/13/il-finanziamento-illecito-ai-partitipolitici/>.
- Céré, J. P., & Japiassú, C. E. A. (2019). *Corruption et Droit pénal*. L'Harmattan: Paris.
- Cock, V. S. (2021). "La regulación de la financiación de las campañas políticas en Colombia: especial atención a la financiación ilícita de las campañas como

forma de corrupción política que afecta a la democracia y los desafíos del estado a la luz del Acuerdo de Paz. En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (Eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Tirant lo Blanch: Valencia.

De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2003). "Iniciativas internacionales contra la corrupción". *Eguzkilore*, 17, Pp. 5-28.

Osorio, R. E. (2022). "Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz del principio de proporcionalidad. Nuevo Foro Penal, 18(98), 73-114.

Espinosa Torres, M. P. "Los delitos electorales y la reforma política mexicana." (2000). *Letras Jurídicas*, julio-diciembre 2000, volumen 2, Pp. 111-134.

Forzati, F. (1996). "I Fatti di Illecito Finanziamento ai Partiti Politici: Prospettive Dommatiche e di Politica Criminale". *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Año XXXVIII Fasc. 2-3.

Gambetta, D. (2002) "Corruption: An Analytical Map". En *Political Corruption in Transition: a Sceptic's Handbook*, Central European University Press. Pp. 33-56.

Gisbert, R. B. (2012). "Corrupción política y derecho". En Gómez de la Torre, I.B. & Liberatore Bechara, A. L. (Coord.). *Estudios sobre la Corrupción*, Universidad de Salamanca. Pp. 57 -72.

Japiassú, C. E. A. (2007). "A corrupção em uma perspectiva internacional". *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, 65, 29-56.

Jurado, Francisco Javier Jiménez. "Justicia penal electoral federal y del Registro Nacional de Ciudadanos en México: necesidad de una actualización." *Revista de Derecho Electoral* 19 (2015): 8.

Kennedy, A.M. y la Corte Suprema de los Estados Unidos. (2009) *U.S. Reports: Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310. [Periódico] Recuperado de la Biblioteca del Congreso, <https://www.loc.gov/item/usrep558310/>.

Leite, A., & Teixeira, A. (2017). "Delincuencia y política: corrupción, financiación irregular de partidos políticos, casilla dos electoral y enriquecimiento ilícito". Editorial FGV.

- Martín, A. N. (2006). "Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)". In Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude (pp. 117-138). Universidad de Castilla-La Mancha.
- de la Mata Barranco, N. J. (2016). "La lucha contra la corrupción política". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 1
- Odriozola Gurrutxaga, M. (2018). "La regulación penal de la financiación ilegal de partidos políticos". La regulación penal de la financiación ilegal de partidos políticos, 89-136.
- Olasolo, H. & Mané, C. S. (2021). 'La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal. Especial énfasis en la corrupción asociada al crimen transnacional organizado'. En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (Eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Patiño Camarena, Javier (2012). "El sistema federal y los delitos electorales". En: Cuadernos para el Debate. Proceso Electoral Federal 2011-2012, núm. 2. México, Instituto Federal Electoral.
- Paucar, M. (2021). *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.
- Ramina, L. (2009). "A Convenção Interamericana Contra a Corrupção: uma breve análise". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 6.
- Rodríguez, L. Z. (2020). "La captura del Estado peruano por el narcotráfico: el caso de los "cuello blanco del puerto". *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 6(2), 175-191.
- Rivas, Natalia Pérez, and Vicente A. Sanjurjo Rivo. "La financiación privada de los partidos políticos a través de sus fundaciones:¿ una puerta abierta a su financiación indirecta e ilegal?." *Revista general de derecho constitucional* 33 (2020): 5.
- Saad-Diniz, E., & Marco antonio, J. H. (2015). "Financiación corporativo de campañas electorales: control, transparencia e integridad." *Boletín IBCCRIM*, 266.
- Sáinz-Cantero Caparrós, J. E. (2015). "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos." *Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos*, 659-689.

- Sánchez Macías, Juan Manuel. "Consideraciones sobre los delitos electorales en México." Justicia Electoral (1998).
- Torres-Spelliscy, C. (2018). "Desregular la corrupción". *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 13, 471.
- Transparencia Internacional. Guía de Lenguaje claro sobre lucha contra corrupción. 2009. p. 23. Recuperado a partir de <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.
- Velloso, C.M. D. S., & Agra, W. D.M. (2020). *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, p. 958.
- Williamson, C., Amann, N., Athans, L., Bansal, V., & Zahedi, P. (2019). Violaciones a la ley electoral. *Am. Crim. L. Rev.*, 56, 711.

Jurisprudência

- Corte Suprema de los Estados Unidos. (1975) U.S. Reports: Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1. [Periódico] Recuperado de la Biblioteca del Congreso, <https://www.loc.gov/item/usrep424001/>.
- Supremo Tribunal Federal. (2018). Agravo Regimental na Petição n. 7.354. Ministro Días Toffoli. 6 marzo 2018.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Com. IDH. Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 236 6 diciembre 2019.
- Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción* [COM (2003) 317 final. Recuperado a partir de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM:I33301>.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). *Penarán el financiación ilegal de los partidos políticos*. Disponible: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/penaran-el-financiación-ilegal-de-los-partidos-politicos>.
- OEA. El compromiso de Lima. Gobernabilidad democrática frente a la corrupción. VIII Cumbre de las Américas. (2018).
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN). Principales tipologías de corrupción en Colombia. Bogotá, Noviembre 2018. Disponible en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-VIII.pdf>.