

A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternatividade a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa

The expansion of European criminal law facing the subsidiarity of criminal enforcement: alternative with Portugal's "criminal mediation for adults"

Marina Oliveira Teixeira dos Santos¹

Universidade de Coimbra/Portugal

marinaoliveira.737@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5631870315520284>

 <http://orcid.org/0000-0002-3276-2590>

RESUMO: Este trabalho baseia-se na relevância das teorias de subsidiariedade da tutela penal e Direito Penal mínimo em confronto com o Direito Penal europeu. Para tanto, inicialmente será traçado um quadro da expansão do Direito Penal europeu, a partir de sua criação e efetivação até a atual competência penal da União Europeia. Em seguida serão analisados os princípios gerais a serem aplicados na análise do Direito Penal europeu, conforme instrumentos e órgãos da própria União e doutrina. Respectivamente, serão tratados: a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comunicação da Comissão de 2011 e o Manifesto sobre uma Política Criminal Europeia. Por fim, e sem minimizar a importância prática da aplicação em concreto dos princípios estudados, será tratado o instituto da Mediação Penal de Adultos como forma de diversão penal. Instituto este que, por ser instrumento de desjudicialização, pode ser entendido como alternativa ao Direito Penal tradicional sancionador e, portanto, meio relevante para assegurar a subsidiariedade da tutela penal na União Europeia. Destarte, a partir deste trabalho poderão ser traçadas conclusões sobre

¹ Mestranda em ciências jurídico-criminais na Universidade de Coimbra, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

o movimento de expansão penal na União Europeia e soluções para que o mesmo não aconteça ilimitadamente, em dissonância com o caráter de *ultima ratio* da tutela penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal europeu; competência penal; expansão penal; mediação penal; subsidiariedade.

ABSTRACT: *This work is based on the relevance of criminal enforcement's subsidiarity and minimum criminal law's theories clashing with Europe's criminal body of law. Therefore, initially it will be traced a framework of European criminal law's expansion, from its creation and effectiveness until the current EU's criminal jurisdiction. Afterwards, the general principles that must be observed during the analysis of EU's criminal law focusing on its subsidiarity will be studied: respectively, EU's Fundamental Rights Charter, the 2011 Commission's communication and the Manifesto on European Criminal Policy. At last, but not at all minimizing the importance of the principles studied, it shall be treated Portugal's criminal mediation for adults as an alternative to classic punitive criminal law and, due to that, means to ensure EU's criminal law subsidiarity. Hence, it will be possible to make conclusions regarding EU's expanding criminal law enforcement and solutions so that this growth does not happen without limitation – in dissonance with the ultima ratio nature of the criminal enforcement.*

KEYWORDS: *European Union criminal law; criminal jurisdiction; criminal expansion; criminal mediation for adults; subsidiarity.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O movimento de expansão do Direito Penal europeu e a capacidade da União Europeia em legislar penalmente; 2. O Direito Penal europeu em confronto com a subsidiariedade da tutela penal; 3. A Mediação Penal como alternativa ao Direito Penal clássico sancionador; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho parte da preocupação quanto à expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal, em consequência de uma evolução cooperativa que culmina na competência inquestionável da União Europeia em legislar penalmente em um contexto de incremento incriminador e sancionador.

O Direito Penal, devido à sua manifesta gravidade como instrumento estatal de contenção da liberdade do homem – apontada constantemente pela doutrina, deve ser sempre tido como subsidiário. É por esta razão que este trabalho busca responder à pergunta: a partir de quais instrumentos é possível manter a subsidiariedade do Direito Penal em um contexto de expansão do mesmo em espaços regionais tão fortes quanto à própria União Europeia? Podemos obter este resultado favorável apenas a partir da incidência de interpretações principiológicas por parte dos aplicadores do direito? Ou serão necessários outros instrumentos que garantam a alternatividade ao processo penal clássico sancionatório, como a Mediação Penal a partir da legislação portuguesa?

O trabalho almeja alcançar seus resultados a partir de uma pesquisa qualitativa com um raciocínio dedutivo. Assim, parte-se da descrição de um cenário europeu, de forma mais abrangente, a fim de ser possível a análise deste contexto de um Direito Penal e Processual Penal claramente em expansão. Ainda, utiliza-se do método descritivo para avaliar algumas das propostas de caráter mais teórico criadas, seja a partir da legislação europeia ou de sua doutrina, com o fito de refrear uma aplicação exacerbada do Direito Penal. Por fim, ainda em tom descritivo, referimos ao instrumento processual penal da Mediação de Penal de Adultos, consoante disposta na legislação portuguesa, como meio de alternatividade e eventual subsidiariedade àquele Direito Penal e Processual Penal em expansão.

Desta forma, inicialmente será traçado um panorama geral da expansão do Direito Penal europeu, com o objetivo de demonstrar esta evolução que parte de uma comunidade europeia ainda sem competência penal própria e culmina em uma União com competência penal inquestionável.

Ademais, serão tratados instrumentos derivados de Tratados e Comunicados da Comissão da União Europeia, assim como do pensamento doutrinário, referente à necessidade da concreta incidência do Direito Penal como *ultima ratio* a partir da interpretação principiológica casuística.

Por fim, analisar-se-á o instituto da Mediação Penal de Adultos consoante os ditames da Lei nº 21 de 2007, derivada da Decisão Quadro 220 de 2001, como instrumento de desjudicialização capaz de proporcionar uma concreta subsidiariedade do Direito Penal a partir da possibilidade de não dedução da acusação em determinados casos, ainda que presentes

os pressupostos processuais consistentes na existência de indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi seu agente, nos termos do artigo 283º do Código de Processo Penal Português. Destarte, será possível traçar as conclusões finais referentes ao estudo realizado.

1. O MOVIMENTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EUROPEU E A CAPACIDADE DA UNIÃO EUROPEIA EM LEGISLAR PENALMENTE

No espaço europeu há um movimento tendencial na construção de um Direito Penal próprio, decorrente de uma evolução que iniciou em Maastricht, Amesterdão, Tampere e, enfim, com o Tratado que estabelece uma Constituição europeia e submete o Direito Penal a uma regra comunitária permitindo que tipos e sanções penais sejam adotados no âmbito da União Europeia.

A expansão do Direito Penal europeu é um processo decorrente de uma evolução histórica a partir de meados do século XX que iniciou com a fortificação dos espaços regionais de cooperação e, mais recentemente, caracterizou-se pela globalização, ampliação dos meios de comunicação e eletrônicos e, com isso, trouxe novas (ao menos inicialmente) formas de criminalidade: caracteristicamente organizada e com índices altíssimos de ocorrência de crimes específicos como terrorismo, corrupção estruturada (estatal e privada), tráfico de seres humanos etc².

Desta forma, a junção entre o fortalecimento do espaço de integração europeu e a necessidade de combate a esta nova criminalidade típica de um mundo globalizado e extremamente tecnológico, resultou na expansão do Direito Penal europeu, ou seja, na expansão de uma legislação penal pensada por e para o espaço europeu³.

² RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.382.

³ De relevância ressaltar que a expansão do Direito Penal não é tópico exclusivo da União Europeia. É, de fato, uma realidade compartilhada mundialmente. Neste sentido, Jesús Maria Silva-Sánchez, ao final do século XX constatou que “há uma tendência claramente dominante na legislação com a introdução de novos tipos penais, assim como com a agravamento dos já existentes” e, para o autor, “não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparelho estatal, que buscaria na

Outro fator que contribui para essa expansão do Direito Penal é a crise do Estado de bem-estar social que ocorreu na sociedade pós-industrial europeia, caracterizada por um alto índice de desemprego, migrações e choques culturais. E, neste contexto “aparecem cada vez com maior claridade demandas de ampliação da proteção penal que ponham fim, ao menos simbolicamente, à angústia derivada da insegurança”⁴.

Neste sentido, a União Europeia passa a ter capacidade para legislar penalmente, ainda que dentro do limite dos Tratados e, por esta razão, associada à expansão do movimento penalizador – correspondente ao incremento das condutas criminalizadas e da severidade da persecução penal - passa a ser necessária a compreensão do Direito Penal europeu sob a perspectiva da subsidiariedade do Direito Penal⁵.

Neste trabalho, necessária uma inicial compreensão da evolução histórica do Direito Penal europeu tanto para o entendimento acerca de seu movimento de expansão quanto, e com maior relevância, para analisarmos as formas processuais que podem lhe garantir a subsidiariedade, como é o caso da Mediação Penal de Adultos.

Antes de iniciar a compreensão do surgimento do Direito Penal europeu é necessário entender o próprio espaço de integração na Europa. Inicia-se, após o fim das duas grandes Guerras Mundiais no início do século XX e com o objetivo de organizar os países europeus em torno da paz, sendo o Tratado de Bruxelas de 1948 instrumento relevante neste momento⁶.

legislação penal uma solução (aparentemente) fácil aos problemas sociais”. Apesar de Silva-Sánchez considerar essa expansão do Direito Penal “perversa” por ser se tratar de um atalho aos problemas sociais, o autor não nega que a modernização que se deu com o progresso técnico e a globalização gerou, “no âmbito da delinquência dolosa, a adoração de novas técnicas que permitem produzir resultados especialmente lesivos. Ademais, afirma a existência de uma criminalidade organizada que, ao “operar a nível internacional, constitui claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e para os Estados)” de maneira a tornar necessário, ao menos em certo nível, este intervencionismo penal (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p.17-22).

⁴ Ibidem, p. 30.

⁵ RODRIGUES, 2008, p. 382.

⁶ EUROPEIA, União. *Tratados da UE*. Disponível em < https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt>. Acesso em: 06 fev. 2018.

A questão econômica é levada a um plano de maior relevância já com os Tratados de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e com os Tratados de Roma em 1957, os quais criaram a comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica⁷.

É perceptível que a evolução da Comunidade Europeia trouxe como necessidade a simplificação de seu procedimento e, neste sentido, foi assinado o Tratado de Fusão de 1965, o qual criou uma Comissão Única e um Conselho Único para as três Comunidades Europeias existentes até então^{8,9}.

No ano de 1975, foi criado o Grupo TREVI (terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional), reconhecido como o primeiro caso de cooperação em matéria penal. E, em 1986, foi instituído o Ato Único Europeu, responsável por simplificar a tomada de decisões ao instituir a maioria qualificada e preparar as instituições às adesões de Portugal e Espanha, além de trazer a livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas e, por isso, relançar a cooperação judiciária em matéria penal por meio do Grupo de Cooperação Judiciária em matéria penal^{10,11}.

Entretanto, é só em 1992 com a assinatura do Tratado de Maastricht que surge um Direito Penal europeu por si mesmo. Este é o tratado responsável por criar a União Europeia, mesmo que ainda existente em concomitância com a Comunidade Europeia, assim como os três pilares

⁷ Ibidem.

⁸ Eram, até então, conforme já referenciado no texto, as Comunidade Econômica Europeia, a Comunidade Europeia de Energia Atômica e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

⁹ *Tratados da EU*, op.cit.

¹⁰ Este grupo foi responsável pela elaboração de 05 instrumentos de relevância, nenhum dos quais foi ratificado por todos os Estados-Membros: a Convenção de 25 de maio de 1987 sobre a aplicação do Princípio do *ne bis in dem*; o Acordo de 25 de maio de 1987 sobre a aplicação da convenção do Conselho da Europa sobre transferência de pessoas condenadas; o acordo de 26 de maio de 1987 sobre a simplificação e modernização das formas de transmissão de pedidos de extradição; o Acordo de 06 de novembro de 1990 sobre a transmissão dos processos penais e a Convenção de 13 de novembro de 1992 sobre a execução de condenações penais estrangeiras (RODRIGUES, 2008, p.41).

¹¹ Ibidem, p. 40-41.

da União: (i) as Comunidades Europeias – pilar relacionado às políticas integradas como política agrícola comum, união alfandegária, mercado interno e euro; (ii) a Política Externa e de Segurança Comum – relativo à cooperação intergovernamental; e, por fim (iii) o pilar de Justiça e Assuntos Internos – este sim sobre a cooperação política e judiciária em matéria penal¹².

O Direito Penal europeu a partir de Maastricht era baseado na existência de três instrumentos legislativos, todos baseados na iniciativa exclusiva dos Estados-Membros e na possibilidade do direito de veto por parte dos membros do Conselho. Segundo o artigo k. 3, 2, al. a) era possível a adoção de posições comuns, expressas pelos Estados-Membros em organizações e conferências internacionais para demonstrar qualquer cooperação que contribuísse para atingir os objetivos da União. A partir do artigo k. 3, 2, al. b) definiam-se as ações comuns, as quais sempre possuíram um efeito vinculativo duvidoso. E, por fim, se tornou possível a adoção de convenções a partir do artigo k. 3, 2, al. c); o único instrumento cujo efeito vinculativo era indubitado, apesar de dependente de dupla unanimidade em sua elaboração no conselho e em sua ratificação pelos Estados-Membros¹³.

Em 1997 é assinado o Tratado de Amesterdão, o qual, pela primeira vez, tornou nítida a criação de um espaço penal europeu iniciada em Maastricht. Isto pois, para além de um mercado comum, este tratado trouxe a União Europeia como espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como fruto de seu objetivo em criar instrumentos que permitissem que a União Europeia enfrentasse os desafios da modernidade, derivados

¹² Destaca-se que a separação existente entre os três pilares era o que justificava a existência de regras diferenciadas em questões penais no terceiro pilar em relação às existentes no primeiro pilar, a fim de salvaguardar o poder dos Estados-Membros. Neste sentido trata Anabela Rodrigues: “O terceiro pilar não comportava nem integração, nem, em consequência, cessão de soberania. Tratando-se de uma estrutura intergovernamental de cooperação, partia-se do princípio – apenas – que certas questões relativas à justiça e assuntos internos eram de interesse comum, o que permitia aos Estados-Membros a cooperação em relação a elas, mas não a sua comunitarização” (Ibidem, p. 44).

¹³ Ibidem, p. 46; e EUROPEIA, União. *Treaty on European Union: Tratado de Maastricht*. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2018, p. 131.

da globalização e novas tecnologias, nomeadamente a criminalidade internacional, terrorismo e tráfico de drogas^{14;15}.

Neste sentido, se em Maastricht o Direito Penal era alheio à comunidade, em Amesterdão a política criminal passa a se inserir dentro dos valores da União Europeia, como um “projecto comum” entre os Estados-Membros. De modo que não se trata mais de uma cooperação que permite que cada Estado-Membro implemente sua própria política criminal a fim de assegurar o objetivo em comum “mobilidade das pessoas e dos capitais”, mas sim de um Direito Penal a ser adotado em conjunto pelos Estados-Membros a fim de garantir um espaço completamente integrado em termos de segurança e justiça¹⁶.

Para tanto, em Amesterdão foi previsto como instrumento legislativo a Decisão-Quadro, a qual, mesmo que sem efeito direto, vinculava os Estados-Membros quanto aos resultados a serem alcançados, deixando, entretanto, às instâncias nacionais a competência quanto a forma e aos meios¹⁷.

As Decisões-Quadro, se ainda dependentes de unanimidade como em Maastricht, podiam ser iniciadas tanto por iniciativa dos Estados-Membros como da Comissão, sendo certo que passou a ter um alcance temático maior do que seus instrumentos legislativos antecedentes ao alcançar matérias como a proteção penal da moeda e do Euro¹⁸.

O Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de junho de 1999 foi outro marco essencial na criação e aprofundamento de um Direito Penal europeu. Afinal, é a partir de Tampere que se adota o princípio do reconhecimento mútuo e surge o compromisso de criação do EUROJUST¹⁹.

¹⁴ Segundo o artigo K. 1º do Tratado de Amesterdão “será objetivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia” (EUROPEIA, União. *Tratado de Amesterdão*. 1997. Disponível em <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018).

¹⁵ SILVA, Paulo Maycon Costa. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal na União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v.129, n.25, 2017, p.429.

¹⁶ RODRIGUES, op. cit., p.51.

¹⁷ RODRIGUES, 2008, p. 60; e TRATADO DE AMESTERDÃO, 1997.

¹⁸ RODRIGUES, op.cit., p. 60, 300.

¹⁹ *Ibidem*, p. 192.

Por meio do princípio do reconhecimento mútuo muda-se a aproximação quanto ao reconhecimento de decisões tomadas por uma autoridade judiciária competente entre os Estados-Membros, que passa a ser “imediatamente, automático, sem condições e sem controlo”²⁰. Ademais, concomitantemente a este princípio, reafirmou-se o trabalho de harmonização durante as conclusões do Conselho, relevante para incrementar a possibilidade dos Estados-Membros a serem obrigados a punir determinadas condutas de acordo com a política criminal adotada pela União^{21:22}.

A partir do item 46 do Conselho de Tampere foi criada a unidade do EUROJUST “a fim de reforçar a luta contra as formas graves de crime

²⁰ O princípio do reconhecimento mútuo é instrumento próprio dos Estados federalistas, sendo necessário neste modelo estatal a fim de permitir que as decisões dos vários estados federados sejam reconhecidas entre si. Desta maneira, há uma transferência de conceitos com a aplicação desde princípio ao espaço da União Europeia que demanda, devido às características da própria união, uma certa adaptação. Afinal, o reconhecimento mútuo entre estados federados que se encontram em uma posição de inferioridade em relação ao Estado federalista ao qual se submete é diferente de sua aplicação em Estados-Membros, independentes politicamente entre si, ao nível de uma União baseada unicamente em Tratados, ou seja, na própria vontade dos Estados-Membros.

²¹ Quanto ao alcance da harmonização penal há de se notar que a doutrina crítica veementemente o trabalho que está sendo feito no sentido de harmonizar as legislações penais nacionais sem que seja proposto um rumo e objetivo específicos para o Direito Penal da União Europeia, de modo a se criar uma miríade de propostas legislativas penais que, muitas vezes, entram em conflito entre si e com outras normas da própria União. Nesse sentido, Anabela Rodrigues propõe que “o que não indica um rumo a saber que é que se quer e como se quer harmonizar.(...) qual é o projecto quanto ao objecto e ao conteúdo da harmonização. A pouca prestabilidade daqueles critérios para definirem o âmbito de uma política criminal europeia ressalta quando se considera que eles deverão funcionar como limite à expansão da harmonização penal” (Ibidem, p. 142). Ademais, consoante o Manifesto Europeu sobre uma Política Criminal Europeia “os instrumentos atuais usados para a harmonização da lei penal da União Europeia já exercem influência substancial nas leis penal e processual penal nacionais, sendo que com os instrumentos conferidos pelo Tratado de Lisboa estes poderes tem a tendência a aumentar. Entretanto, as instituições europeias responsáveis pela política criminal falharam em perceber esta política como autônoma, de modo que não há um conceito coerente de política criminal da união europeia” (INITIATIVE, 2011, p.87). Esta problemática, devido ao enfoque deste trabalho, será aprofundada em tópico específico dada a importância que a harmonização tem em relação à expansão não mesurada do Direito Penal europeu.

²² RODRIGUES, 2008, p. 69-73.

organizado” e com o objetivo de facilitar a coordenação entre os órgãos executivos nacionais e apoiar as investigações criminais em casos de crime organizado. Neste sentido, considerando a inexistência, ainda atualmente, de competência executiva da União Europeia quanto ao âmbito penal, revela-se a inovação de Tampere ao criar um órgão próprio para ampliar a atuação da União na fase executiva^{23;24}.

Em dezembro de 2009, o Direito Penal europeu é intensificado com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual trouxe unidade institucional ao espaço europeu ao deixar existir apenas a União Europeia, não mais a Comunidade; por extinguir os pilares instituídos em Maastricht e definir as Diretivas penais²⁵.

É a partir do Tratado de Lisboa²⁶ em vigor a partir de 2009, que a competência penal da União Europeia passa a ser indiscutível, apesar de limitada pelo próprio Tratado. E, portanto, é marco do ápice da expansão do Direito Penal europeu.

Neste sentido, há uma expansão da competência penal europeia²⁷ a partir do disposto no artigo 3º, nº 2, do Tratado da União Europeia

²³ Entretanto, há de se apontar que há um caráter facultativo na intervenção do EUROJUST, devido à própria falta de base jurídica (em forma de tratados) que permita conceder a um órgão europeu poder vinculativo sobre autoridades nacionais, que retira a capacidade de uma execução penal coerente à nível europeu (RODRIGUES, 2008, p. 80-81).

²⁴ TAMPERE, Conselho Europeu. *Conclusões da presidência do Conselho de Tampere 1999*. Disponível em < http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018, item 46 ss.

²⁵ CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. IN: CORREIA, Fernando (org.); MACHADO, Jonatas (org.) et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 193-194.

²⁶ Fala-se no Tratado de Lisboa, também nomeado Tratado da União Europeia, porém é certo que a atual União Europeia está igualmente fundada neste tratado e no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ambos com o mesmo valor jurídico consoante o próprio artigo 1º do Tratado de Lisboa.

²⁷ A expansão da competência penal da União Europeia não confere a competência para execução de normas penais, a qual continua como exclusiva aos Estados-Membros. A falta de competência executiva da União, que depende dos órgãos executivos de seus Estados-Membros, a partir da internalização dos Direito Penal europeu, leva, em uma primeira aproximação, à conclusão

(Tratado de Lisboa ou TUE), segundo o qual “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas (...), em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”²⁸.

Ademais, uma jurisdição penal autónoma da União Europeia é atribuída pelos Estados-Membros a partir dos artigos 82º, nº 2, al. b e artigo 83º, número 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Segundo estes dispositivos, “a cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios (...) que tenham sido objeto de medidas de harmonização”, cabendo ao Parlamento Europeu e ao Conselho “prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros”.

É nítida a definição e delimitação da competência da União no artigo 83º, nº1, do TFUE, o qual dispõe sobre a capacidade do Parlamento Europeu e do Conselho em adotarem diretivas a fim de “estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de combatê-las, assente em bases comuns”²⁹.

de que, na ausência de transmutação das regras penais contidas em diretivas o Direito Penal europeu perderia sua eficácia. Entretanto, há autores que creem haver eficácia mesmo nestas situações, já que o Tribunal de Justiça da União Europeia consegue, por meio da interpretação de questões submetidas à Corte, lhes dar certa eficácia (SILVA, 2017, p. 429).

²⁸ EUROPEIA, União. *Tratado de Lisboa: Tratado da União Europeia 2009*. Disponível em < https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018, art. 3º.

²⁹ Vale ressaltar que, em conformidade com este próprio dispositivo do TFUE, são enumerados os domínios de criminalidade que podem ser passíveis de diretivas penais, ou seja, que estão dentro da competência penal da União. São passíveis de diretivas penais os seguintes domínios de criminalidade: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Sendo importante destacar que, devido a inclusão da criminalidade

A fim de ilustrar esta expansão do Direito Penal europeu podemos analisar a criminalização do terrorismo em Portugal em confronto com as legislações internacionais, tanto derivadas da União Europeia, de maior relevância para este trabalho, quanto do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

O terrorismo foi criminalizado em Portugal no Código Penal de 1982 (artigo 289º), sendo que, em razão da Decisão-quadro 475/2002, instrumento legislativo próprio da União Europeia, houve a primeira revisão profunda da matéria na legislação portuguesa e a adoção da Lei nº52/2003, de 22 de agosto. Com a alteração, o terrorismo criminalizado em Portugal, mais do que proteger a paz pública interna do Estado, passou a proteger as instituições europeias e os demais Estados-Membros³⁰.

Além de haver uma expansão quanto ao objetivo da tutela penal, ocorreram sucessivas expansões com a incriminação dos crimes percussores de segunda à quarta geração entre os anos de 2008 e 2015 e em decorrência de instrumentos comunitários como a Resolução do Conselho das Nações Unidas 1624 de 2005 e a Decisão-Quadro 919/2008. Por conseguinte, de uma primeira geração no qual eram crimes percussores do terrorismo o furto qualificado, o roubo ou a extorsão, passamos a uma quarta geração na qual é precursor de terrorismo o crime cujo tipo objetivo baseia-se apenas na conduta de “viajar”, de modo que o cerne da conduta recai no tipo subjetivo, ou seja, na finalidade com a qual é praticada a conduta³¹.

Portanto, encontramos um quadro de expansão criminal internacional, o qual, a despeito de seu âmbito criminal já amplo o suficiente para incluir condutas objetivas como “viajar” no espectro criminal do

organizada como domínio próprio, expande-se amplamente a competência penal da União já que ainda não existe uma definição limitativa do que é criminalidade organizada (RODRIGUES, 2008, p.172).

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº52/2003, de 22 de Agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v.135, n. 3935, 2005, p.71-75.

³¹ PORTUGAL. *Lei de Combate ao Terrorismo: Lei nº52, de 22 de agosto de 2003*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 19 abr. 2018, artigos 1º-4º.

terrorismo, caso seja verificado o caráter subjetivo do agente, continua a ser expandido a partir das legislações europeias e internacionais³².

Em suma, passa a ser chave para o Direito Penal da União Europeia a cooperação judiciária em matéria penal, obtida por meio do princípio do reconhecimento mútuo e da harmonização das normas nacionais (baseada na adoção de normas mínimas). Fator que, em conjugação com o atual cenário de criminalidade globalizada e organizada, coopera para a expansão de um Direito Penal criminalizador, que busca nas penalidades e tipos penais³³ resposta para a solução de uma sociedade acometida por crimes eminentemente graves como corrupção, terrorismo, tráfico de seres humanos e estupefacientes, lavagem de dinheiro etc.

2. O DIREITO PENAL EUROPEU EM CONFRONTO COM A SUBSIDIARIEDADE DA TUTELA PENAL

A característica gravidade do Direito Penal, como instrumento penalizador, que retira a liberdade do ser humano e o põe sob um foque de luz negativo perante a sociedade, confere-lhe um caráter de subsidiariedade. De modo que apenas possa ser invocado em situações nas quais outros instrumentos do direito não sejam mais capazes de tutelar a situação que se busca proteger. Ou, em outras palavras e de maneira a consubstanciar o

³² DIAS, op. cit., p.81-82; e INITIATIVE, European Criminal Policy. *The Manifesto on European Criminal Policy in 2011*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201112/20111207ATT33475/20111207ATT33475EN.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018, p.94.

³³ Devido a diversidade do sistema de penas das legislações nacionais, a União Europeia, antes de Amesterdão, adotava textos que não possuíam grande alcance quanto às sanções penais ao não estabelecer determinado nível de pena para o comportamento criminalizado ou bastar a exigir que as “infrações visadas fossem objeto de sanções efetivas, proporcionadas e dissuasoras” ou, para infrações mais graves, previam que as penas privativas de liberdade pudessem dar lugar à extradição. Após o Tratado de Amesterdão, apesar da União Europeia continuar a adotar o modelo de “penas efetivas, proporcionais e dissuasoras”, passa também a definir limites mínimos para a pena em abstrato máxima. Isto pois, considerando que nem todos os Estados-Membros legislam sobre a penalidade mínima, restaria à União apenas, como caminho para harmonizar de melhor forma as sanções penais, determinar limites à penalidade máxima (RODRIGUES, 2008, p.115-116).

princípio por trás destas conclusões, a característica gravidade do Direito Penal faz com que este apenas possa incidir em *ultima ratio*³⁴.

Portanto, ao pensarmos em uma tutela penal que passa a ser aplicada em nível multinacional a partir da legislação penal da União Europeia, tem-se que tomar especial atenção para saber se de fato o Direito Penal está a incidir como *ultima ratio* e de forma proporcional, legal e apenas para proteger direitos fundamentais³⁵.

Para a análise do Direito Penal europeu em confronto com a subsidiariedade do Direito Penal serão analisados três universos: legislativo, jurisprudencial e doutrinário³⁶. Todos os quais buscam, por meio de princípios gerais do Direito Penal, limitar sua incidência e garantir sua subsidiariedade, de modo a controlar a expansão ilimitada do Direito Penal europeu. Serão tratados, respectivamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comunicação do Conselho de 2011 e o Manifesto sobre uma Política Criminal Europeia.

Inicialmente, é relevante tratar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no Direito Penal da União Europeia, manifesto no artigo 52º, nº1, da Carta de Direitos Fundamentais da União. Nos termos deste dispositivo, restrições aos direitos e liberdades que são reconhecidos pela Carta devem ser previstas em lei e respeitar seu conteúdo essencial, ou

³⁴ Em congruência com esta linha de pensamento, Ferrajoli defende a racionalização do Direito Penal segundo o modelo de Direito Penal mínimo, de forma que apenas um Direito Penal desburocratizado e aplicado em *ultima ratio*, unicamente para defesa de direitos e bens mais fundamentais pode assegurar o respeito à todas às garantias e assegurar o funcionamento e credibilidade da máquina judiciária (FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Estudios de Derecho*, v. 145, n. LXVI, 2008, p.15-29). Ou seja, tendo em vista a expansão do Direito Penal europeu há de se haver um maior cuidado com a aplicação em *ultima ratio* da tutela penal a fim de garantir não só o respeito à liberdade do homem, mas também a confiança e funcionamento do próprio mecanismo europeu de penalização.

³⁵ ROXIN, Claus. La position de la victime nel sistema penale. *L'indice Penale*, n.XXIII, 1989, p.5-9.

³⁶ A qualificação destes universos como legislativa, jurisprudencial e doutrinária deve-se ao âmbito de realização das mesmas. Afinal, o primeiro instrumento analisado é derivado de um Tratado entre os Estados-Membros, o segundo é derivado do trabalho da Comissão europeia e que vem a influenciar o trabalho do Tribunal Europeu e, por fim, o ultimo instrumento é um manifesto elaborado por juristas provenientes de diversos Estados-Membros.

seja, observar o princípio da proporcionalidade. Destarte, restrições a estes direitos e liberdades apenas podem ser aplicadas se corresponderem efetivamente aos objetivos da União ou a necessidade de proteção de direitos e liberdades de terceiros³⁷.

A Carta de Direitos Fundamentais da União é de relevância na análise do princípio da proporcionalidade também em razão de seu artigo 49º, o qual traz a obrigatoriedade de que o referido princípio seja aplicado nos delitos e nas penas. É em razão deste dispositivo que se aplica a não retroatividade de lei penal mais grave e a proporcionalidade das penas em relação à infração no Direito Penal europeu³⁸.

A severidade da tutela penal, por conseguinte, faz com que sejam excluídas condutas que não violem um bem jurídico claramente individualizado, “por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que se apresentem”. E, em relação aos casos em que seja violado um bem jurídico, mas “a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por instrumentos não criminais de política social, os instrumentos jurídico-penais também devem ficar fora de questão”³⁹.

A despeito da certeza de que princípios clássicos da política criminal nacional, como o da *ultima ratio* e proporcionalidade, devem ser aplicados por reflexão na União Europeia⁴⁰, a análise legislativa por estas bases não é tarefa fácil. Destarte, é de relevância a ação positiva tomada pela Comissão a fim de regularizar esta política: em uma comunicação em 2001, “Towards an EU Criminal Policy”, a Comissão reiterou uma lista de princípios que devem guiar o Direito Penal da União Europeia. Ainda que estes princípios não sejam vinculantes, possuem um caráter influenciador por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o papel de rascunhar propostas criminais é, usualmente, da própria Comissão. E, em segundo lugar, porque as Comunicações da Comissão, ainda que não

³⁷ EUROPEIA, União. *Carta de Direitos Fundamentais*. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018, artigo 52º.

³⁸ Idem, artigo 49º.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: AequitasEditorial Notícia, 1993, p.66.

⁴⁰ Se não por conta das próprias previsões sobre os mesmos nos Tratados, conforme já supraanalisado.

vinculantes, são referidas perante a *Court of Justice* e, por isso, tendem a guiar o raciocínio do tribunal⁴¹.

A partir desta Comunicação de 20 de setembro de 2011, a Comissão enfatiza o papel do Direito Penal como método de *ultima ratio*⁴² e, a fim de se assegurar disto⁴³, propõe uma aproximação em duas etapas: (1) inicialmente, deve ser decidido se irão ser adotadas medidas penais a partir da análise da necessidade e proporcionalidade, verificando-se se é cabível a incidência de outras medidas, como sanções de natureza administrativa ou civil; e (2) em razão de uma diretiva penal não ter consequência direta para o cidadão sem ser transposta para o direito nacional, a segunda etapa da aproximação cuida disto ao estabelecer que as sanções penais a serem aplicadas podem ser definidas pela União como eficazes, proporcionadas e dissuasivas e, por vezes, em casos de criminalidade grave, podem ser definidas mais especificamente com o fim de reduzir as diferenças entre os sistemas penais⁴⁴.

⁴¹ MIETTINEN, Samuli. *Criminal Law and Policy in the European Union*. Londres: Routledge, 2013, p.119.

⁴² A preocupação da Comissão em realizar uma comunicação no sentido de assegurar a subsidiariedade, a proporcionalidade e outros princípios básicos do próprio Tratado da União Europeia é derivado da base jurídica expressa contida no próprio Tratado que confere competência penal para a União através da adoção de diretivas. Neste sentido, percebe-se já de forma inicial que a expansão do Direito Penal europeu não aconteceu sem preocupação por parte dos próprios Estados-Membros. Neste sentido, também, e anterior à certeza de vigência do Tratado de Lisboa, o Manifesto sobre uma política criminal europeia, redigido inicialmente em dezembro de 2009 e constantemente adaptado com os progressos legislativos, o qual ainda será analisado com maior profundidade neste trabalho.

⁴³ A preocupação desta Comunicação que mais interessa à este trabalho, ou seja, os princípios que devem sustentar a legislação penal da União, é tratado apenas na segunda parte da Comunicação. Isto pois, em primeiro lugar, a comissão reafirma a importância da tutela penal, como forma de reforçar confiança dos cidadãos, aumentar a confiança mútua entre as autoridades judiciais e executivas dos Estados-Membros e prevenir e sancionar graves infrações contra o próprio Direito da União e aquelas que são cometidas de maneira supra-estatal (COMISSÃO, Comunicação da. *Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE. 20 set. 2011*. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&qid=1518522030423&from=EN>>. Acesso em: 13 fev. 2018, p.2-5).

⁴⁴ Idem, p. 7-9.

Por fim, antes mesmo da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, em dezembro de 2009, um grupo de 14 pesquisadores provenientes de 10 Estados-Membros redigiram o texto do Manifesto por uma política criminal europeia (*The Manifesto on European Criminal Policy*), texto de relevância ao pontuar os princípios que devem guiar qualquer medida criminal e procurar evidenciar o quão importante é uma política criminal europeia homogênea e aplicada com base em objetivos bem delineados. Devido à importância deste texto para o Direito Penal europeu, o mesmo foi atualizado em sua primeira parte a partir da vigência do Tratado da União Europeia e sua segunda parte, como um documento vivo, passou a sofrer variadas atualizações pelos membros da *European Criminal Policy Initiative* (Iniciativa).

A preocupação da *European Criminal Policy Initiative* é derivada do fato de que os instrumentos usados para a harmonização da lei penal europeia, já em 2011⁴⁵, exerciam influência substancial nas leis penal e processual penal nacionais, sendo descrito que “com os instrumentos conferidos pelo Tratado de Lisboa estes poderes tem a tendência a aumentar”. E, de acordo com o Manifesto, “as instituições europeias responsáveis pela política criminal falharam em perceber esta política como autônoma, de modo que não há um conceito coerente de política criminal da União Europeia”⁴⁶.

Neste sentido, enumeram os princípios fundamentais que devem ser reconhecidos como base para todos os instrumentos legais a respeito de medidas criminais, os quais são de extrema relevância para a análise do Direito Penal europeu sob a perspectiva do Direito Penal mínimo. Ou seja, a partir destes princípios é possível fugirmos à expansão descontrolada do Direito Penal europeu e garantir que o mesmo seja aplicado apenas quando essencial a fim de garantir um bem jurídico que não possa ser tutelado por outro ramo do Direito⁴⁷.

⁴⁵ Conforme já explanado, o texto do manifesto sofreu uma grande modificação com a entrada em vigor do Tratado da União Europeia, somada a atualizações variadas em sua segunda parte. Desta forma, faz-se necessário explicar que o texto do Manifesto analisado neste trabalho é referente ao ano de 2011,

⁴⁶ INITIATIVE, 2011, p. 87.

⁴⁷ O conceito de bem jurídico, conforme proposto por Claus Roxin, é diretamente ligado aos direitos garantidos por uma Constituição. De modo que, em razão

São enumerados e explanados como essenciais os seguintes princípios: necessidade de um objetivo legítimo, princípio da *ultima ratio*, princípio da culpa, princípio da legalidade, princípio da subsidiariedade e princípio da coerência; os quais serão aprofundados em consonância com a aproximação do Manifesto.

Em relação à necessidade de objetivo legítimo a fim de ser justificada uma tutela penal em legislação europeia são enumerados três requisitos para que, concretamente, os poderes legislativos da União em matéria penal apenas sejam exercidos para proteger direitos fundamentais: (1) os interesses tutelados tem de ser retirados da legislação primária da União; (2) as constituições dos Estados-Membros, bem como os princípios fundamentais da Carta de Direitos Fundamentais da união não podem ser violados; e (3) a criminalização não pode causar dano significativo para a sociedade ou para os indivíduos⁴⁸.

A análise do princípio da *ultima ratio* no Direito Penal europeu, por sua vez, vai além de sua incidência normal nos direitos nacionais. A União Europeia, ao colocar o indivíduo como seu foque central, “apenas

da missão do Direito Penal constituir em assegurar os cidadãos uma convivência livre e pacífica, o Direito Penal caracteriza-se, por conseguinte, por ser a proteção de bens jurídicos. E estes, por sua vez, correspondem á todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, á realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”. Claus Roxin aponta que a amplitude do conceito de bem jurídico é o fator que muitas vezes lhe confere um papel secundário na análise do Direito Penal. E, para isto, o autor demonstra com casos práticos como a ausência de bem jurídico torna desnecessária a norma penal, aproximando o conceito da realidade (Por exemplo, que há ausência de bem jurídico a ser tutelado penalmente na situação de homossexualidade entre homens adultos e na posse de pornografia juvenil, já que é plenamente possível que jovens não vulneráveis tenham relações sexuais consentidas). No mesmo plano de relevância que o conceito de bem jurídico, encontra-se o princípio de subsidiariedade. Isto pois, o princípio da subsidiariedade, consubstanciado na máxima de que a pena, tida como a mais grave das sanções, só deve ser convocada quando outros meios menos graves se mostrem insuficientes, ocupa o mesmo “plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminal equivalente. Por conseguinte, pode reconhecer-se ao Direito Penal a função de “proteção subsidiária de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 23, n.1, 2013, p.12-25).

⁴⁸ INITIATIVE, 2011, p.87.

pode demandar que uma ação seja criminalizada caso necessário para proteger um interesse fundamental e se todas as outras medidas se provarem insuficientes para salvaguardar esse interesse”, já que a sanção penal resulta em estigmatização do indivíduo, o que afeta significativamente os direitos dos cidadãos tutelados pela própria União⁴⁹.

O princípio da culpa, ou da *mens rea*, garante que o Direito Penal seja usado apenas contra condutas que sejam seriamente prejudiciais à sociedade ao tornar a culpa individual repreensível elemento essencial para a criminalização de uma conduta^{50:51}.

Dada sua relevância, o princípio da legalidade deriva de variados instrumentos legislativos da União: do artigo 6º, nº3, do Tratado da União Europeia, do artigo 7º, nº1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 49º, nº1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Ademais, por sua complexidade, subdivide-se em outros princípios que merecem atenção na análise da incidência de norma penal: (i) a necessidade de uma lei certa, ou seja, de uma lei que permita que os indivíduos possam prever as ações que irão lhes tornar responsáveis criminalmente; (ii) a não retroatividade da lei penal com exceção dos casos em que a lei penal nova é mais benéfica ao arguido; e (iii) a impossibilidade de incidir pena sem lei prévia^{52:53}.

O princípio da subsidiariedade, como no caso do Direito Penal como *ultima ratio*, possui uma análise específica ao âmbito da União Europeia. A subsidiariedade para a União faz com que o legislador apenas

⁴⁹ Ibidem, p. 88.

⁵⁰ Não é qualquer culpa que justifica a intervenção penal, mas sim aquela essencialmente repreensível. Ademais, importante notar que a essencialidade da culpa dentro do sistema de sanções da União Europeia (tanto penais quanto administrativas) deriva da própria presunção de inocência contida no artigo 48º, nº 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,

⁵¹ INITIATIVE, loc.cit.

⁵² O último sub-princípio é o responsável por caracterizar de modo geral o princípio da legalidade, ao proibir a existência de pena sem lei prévia. É esta afirmação que torna essencial o processo democrático a fim de tornar legais e constitucionalmente justificáveis as leis penais editadas em um país. Entretanto, a legitimidade democrática ao nível da União Europeia ainda não é incontroversa na doutrina, já que a União não possui um processo legislativo democrático próprio, dependendo, portanto, da legitimação através de seus Estados-Membros (RODRIGUES, 2008, p.239).

⁵³ INITIATIVE, 2011, p.89-91.

possa tomar medidas criminais se o objetivo almejado não puder ser alcançado de maneira mais efetiva ao nível nacional e se, por sua natureza ou âmbito, puder ser mais bem atingido no nível da União. Ademais, o teste a respeito da subsidiariedade do Direito Penal deve ser realizado em todos os casos concretos, sendo esta análise realizada em consonância com o previsto no Protocolo nº 2 no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia^{54:55}.

Por fim, o princípio da coerência é aquele necessário para assegurar a aceitação de uma norma criminal e de extrema importância devido ao caráter invasivo do Direito Penal, que torna especialmente importante assegurar que todo sistema criminal seja um sistema coerente. O reflexo deste princípio na União Europeia, para além da relevância da harmonização das normas penais a partir da transposição de instrumentos legislativos europeus, é baseado no fato de que o legislador europeu não pode deixar para segundo plano a coerência das normas penais nacionais, “que constituem parte da identidade dos Estados-Membros e são protegidas pelo artigo 4º, nº2, do Tratado da União Europeia.” Portanto, as penas previstas em diferentes instrumentos da União, sejam elas mínima ou máxima, não podem criar a necessidade de aumento do limite máximo da pena no Direito Penal nacional, de modo a conflitar com o sistema já existente^{56:57}.

⁵⁴ A relevância da incidência do princípio da subsidiariedade, bem como o da proporcionalidade, é evidente a partir da análise do Protocolo nº 2 no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo especificamente à aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Isto pois, é a partir deste protocolo que os princípios gerais de subsidiariedade e proporcionalidade tomam forma concreta, passando a ser obrigatoriamente aplicáveis em todas as propostas legislativas (não só penais) e envolvendo, além dos órgãos da União, os parlamentos nacionais.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 90-91.

⁵⁶ Esta preocupação da European Criminal Policy Initiative em relação à definição de penas pela União Europeia e sua consequente possibilidade de incoerência em relação aos sistemas nacionais é minimizada ao analisarmos a realidade das atuais Diretivas penais. Afinal, como já estudado anteriormente neste trabalho, de modo geral a União Europeia limita-se a definir as penas como “efetivas, proporcionadas e dissuasoras” e, em casos específicos e limitados de criminalidade grave, definir o limite mínimo das penas máximas.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 91.

Assim, inegáveis os trabalhos no sentido de garantir a subsidiariedade do Direito Penal europeu, em confronto com o panorama anteriormente apresentado de sua expansão. De modo que, a despeito de não se impedir a legislação penal na União Europeia, criem-se barreiras a partir da incidência de princípios gerais, aplicados de modo concreto e caso a caso, a uma criminalização extrema e desconforme com a ideia de *ultima ratio*.

3. A MEDIAÇÃO PENAL COMO ALTERNATIVIDADE AO DIREITO PENAL CLÁSSICO SANCIONADOR

Passamos então, a adentrar especificamente no tópico sobre a Mediação Penal de Adultos portuguesa com o fito de compreender de que forma este instituto processual penal pode ser chave na alternatividade e, enfim, subsidiariedade, para o Direito Penal Europeu em expansão. Destarte, analisar-se-á inicialmente o procedimento da Mediação Penal de Adultos, para então serem especificados os conceitos essenciais derivados deste instituto, como o são a desjudiciarização e a Justiça Restaurativa, assim como o modo pelo qual a Mediação Penal é alternativa ao Direito Penal Europeu e as críticas devidas ao assunto.

A Mediação Penal de Adultos deriva da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em processo penal, a qual, em seu artigo 10º exigia que os Estados-Membros promovessem, até 22 de março de 2006, a mediação nos processos penais em infrações que considerem adequadas.

A Mediação Penal de Adultos, nos termos da Decisão-Quadro 2001/220 foi transposta para o sistema penal português a partir da Lei nº 21, de 12 de junho de 2007. O procedimento português para a Mediação Penal de Adultos prevê que a mesma pode acontecer durante a fase processual do inquérito, apenas para crimes que dependam de queixa, caso forem contra a pessoa ou o patrimônio, ou de acusação particular, sendo excluídos os crimes para os quais é previsto pena de prisão maior que cinco anos, crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência, assim como os casos nos quais o ofendido seja menor de 16 anos de idade e nos quais sejam aplicáveis o processo sumário ou sumaríssimo.

A Mediação Penal depende da atuação do Ministério Público, o qual pode, durante o inquérito, designar um mediador ou, então, da atuação do próprio ofendido e/ou arguido, os quais podem requerê-la de forma espontânea. Em qualquer dos cenários anteriores, cabe ao Ministério Público designar o mediador penal, o qual, por sua vez, entrará em contato com o ofendido e com o arguido a fim de obter o consentimento livre e esclarecido das partes, bem como informar seus direitos e deveres derivados da mediação.

A partir deste ponto dará lugar, extrajudicialmente, a Mediação Penal; a partir da qual o arguido e o ofendido poderão fixar acordo de livre conteúdo, o qual, entretanto, não pode sobremaneira estipular qualquer tipo de sanção privativa de liberdade ou imposição de deveres que ofendam a dignidade da pessoa⁵⁸. Para esta Mediação Penal extrajudicial não haverá pagamento de custas processuais e nas sessões de mediação devem comparecer pessoalmente o mediador, o arguido e o ofendido, podendo estes últimos dois estarem acompanhados de advogado ou advogado estagiário⁵⁹.

Não obstante, ressalta-se que na impossibilidade de obtenção de acordo ou não finalização do processo de mediação no prazo de três meses – prorrogáveis por mais dois meses a pedido do mediador - contados da sua remessa inicial para mediação, é dever do mediador informar a situação ao Ministério Público a fim de que seja dada sequência ao processo penal regular. Ademais, que, a qualquer tempo, pode também haver retorno ao processo penal regular caso ofendido ou arguido revoguem seu consentimento para a participação da mediação; fator este que salienta a natureza consensual da Mediação Penal.

Resultando acordo da mediação, seu teor deverá ser reduzido a escrito em documento com assinatura de ambos, arguido e ofendido, a

⁵⁸ LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. XI, 2014, p.14-17.

⁵⁹ Considera-se advogado estagiário em Portugal o graduado em curso universitário (denominado licenciatura em Direito) que esteja em formação para advogado conforme as normas do Regulamento /nacional de Estágio da Ordem dos Advogados (ORDEM DOS ADVOGADOS. *Regulamento Nacional de Estágio*. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/media/114701/regulamentonacional-de-estagio.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

fim de ser transmitido pelo mediador ao Ministério Público. Infere-se, a partir da assinatura do acordo, a desistência do direito à queixa por parte do ofendido e não oposição pelo arguido. Sendo que na hipótese de não cumprimento do acordo no prazo fixado, o ofendido tem o direito a renovar a queixa em um mês a fim de reabrir o inquérito. Frisa-se também que pode haver não cumprimento do acordo por parte do ofendido caso este renove sua queixa independentemente do cumprimento do mesmo pelo arguido e que, nesta situação, o Ministério Público será o responsável para análise do ocorrido, podendo recorrer aos serviços de reinserção criminal, órgãos de polícia criminal e outras entidades administrativas.

É pelo fato da Mediação Penal de Adultos ter lugar extrajudicialmente, portanto, que a mesma é meio de desjudiciarização⁶⁰, a qual pode ser tida como meio eficiente de fuga ao Direito Penal clássico e deixá-lo, portanto, como instrumento subsidiário e, de fato, então, como *ultima ratio* para além dos princípios gerais analisados no tópico anterior deste trabalho.

A desjudiciarização, conforme proposto por José de Faria Costa, “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal

⁶⁰ De relevância notar que a desjudiciarização, ou seja, o tratamento extrajudicial de ações criminosas traz como dificuldade a possibilidade de que seja possível afirmar que há a retirada do poder punitivo do Estado. Entretanto, e como proposto por Nils Christie já em 1977, a desjudiciarização pode ser entendida, na realidade, como um retorno do conflito a quem realmente lhe compete. Dado que, segundo o autor, o Estado haveria retirado conflitos puramente pessoais de seus cidadãos a torna-los tipos penais a serem processados sob a égide da justiça estatal (CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *The British Journal of Criminology*, v.17, n. 1, 1977, p.6). Outra perspectiva para essa problemática é dada pela Doutora Cláudia Cruz Santos, de que não haveria um problema de roubo de conflito pois, concretamente, tratam-se de dois tipos de conflitos diferentes, um de dimensão coletiva e outro de dimensão individual que devem ser tratados em razão de suas particularidades ou seja, respectivamente pelo Direito Penal e pela justiça restaurativa a partir de uma desjudiciarização (SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojeto que introuza a mediação penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria (org.); SILVA, Marco Antônio M. (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.470-471). Percebe-se que a não dedução de acusação, portanto, tem implicações que resultam em uma discussão referente à quem pertence o conflito penal. Discussão esta que, por sua relevância merece um tratamento mais aprofundado que se distancia do objeto desta pesquisa.

fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento (...) que tenham lugar antes da determinação ou declaração da culpa, ou depois da determinação da culpa”⁶¹.

Sendo que um possível instrumento para a desjudicialização passa pela criação de um processo penal conciliatório – como por meio da própria Mediação Penal⁶². A proposta do processo penal conciliatório, conforme Hassemer, sustenta-se na própria ideia de “um sistema penal mínimo, a se fazer por meio de uma legislação criminal subsidiária e fragmentária, isto é, que proteja tão somente aqueles bens jurídicos que os demais ramos do direito se revelarem ineficazes para tutelar”⁶³.

A ideia por trás de um processo penal conciliatório é, então, aproximar os sujeitos processuais para que estes, em conjunto, encontrem a melhor solução legal a fim de pacificar a tensão causada pela prática do delito. Serve positivamente, portanto, “tanto em relação às finalidades tradicionais, preventivas, do Direito Penal, quanto ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor”⁶⁴.

As propostas de diversão, com soluções baseadas em intervenção mínima, não-estigmatização do agente e economia processual, por exemplo, inserem-se em um ambiente sócio jurídico contemporâneo

⁶¹ COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.XLI, 1985, p.106.

⁶² Não diminuindo a importância da desjudicialização e, mais especificamente, de um processo penal de consenso por meio da mediação como forma de alternatividade ao Direito Penal clássico, de maneira a garantir a subsidiariedade deste último, é importante ressaltar que o consenso não surge no Direito Penal única e exclusivamente com este objetivo. Ao contrário, o processo penal de consenso se insere em um movimento maior consistente em dar maior relevância à vítima como sujeito processual. É um movimento de duas faces com maior importância nas décadas de 60 e 70 do século passado, o qual, ao mostrar a vítima como sujeito processual que deve ser protegido e cuidado, justifica o incremento punitivo, mas que, por outro lado, permite a criação de instrumentos diversos do Direito Penal clássico, como a mediação penal (LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v.24, n.4, 2014, p. 582-592).

⁶³ HASSEMER, Winfried. La percecucion penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2001, p.71.

⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p.61.

que exige uma maior flexibilidade do princípio da legalidade, conforme proposto por Pedro Caetano, sem que sejam prejudicadas as exigências constitucionais e democráticas de prevenção e defesa de bens jurídicos. Neste sentido, é justamente no espaço da pequena e média criminalidade que o princípio da legalidade será mais limitado nas situações em que as “exigências de prevenção não justifiquem os custos da intervenção do sistema formal típico”⁶⁵.

Ou seja, a diversão por meio da Mediação Penal também pode ser entendida a partir da limitação do princípio da legalidade, na mesma medida em que se confere maior atenção ao princípio da oportunidade, nos casos em que não haja real necessidade para uma intervenção criminal. Ou, em outras palavras, nos casos em que não haja bem jurídico a ser tutelado exclusivamente pelo meio criminal, incidindo nesta análise os princípios enumerados pela *European Criminal Policy Initiative*.

Para mais, a Mediação Penal é instrumento de um movimento maior referente ao pensamento da justiça restaurativa^{66:67}. É a partir da

⁶⁵ CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000, p. 45-47.

⁶⁶ No mesmo sentido propõe Anabela Rodrigues que há uma substituição progressiva “de uma justiça penal crassamente punitiva por uma justiça penal restaurativa”. Sendo a Mediação Penal de Adultos instrumento restaurativo que volta-se à “satisfação moral ou material da vítima”, não devendo incidir, entretanto, caso não possibilite a satisfação do “reestabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime e de reabilitação do autor do crime”, finalidades tradicionais do Direito Penal que não devem ser abandonadas (RODRIGUES, 2006, p.131). Saber se a Mediação Penal de Adultos atende ou não às finalidades primárias de prevenção do Direito Penal parece voltar à discussão já proposta em nota de rodapé anterior acerca da desjudicialização possivelmente retirar o conflito do Estado. E, como já analisado, concorda-se com a visão proposta por Cláudia Cruz Santos no sentido de que não há real retirada do poder punitivo do Estado, já que a Mediação Penal é pensada para um conflito diferente daquele que cuida o Direito Penal clássico, ou seja, de que “o crime, enquanto acontecimento histórico uno, pode ter várias dimensões e suscitar problemas diversos, a que distintos sistemas devem dar respostas” (SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.17, n. 3, 2007, p.472).

⁶⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto (org.) et al. *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de*

justiça restaurativa que uma parte do poder em relação à resolução do conflito penal é atribuída aos seus autores, “uma experiência de justiça conformada, uma parcela de autonomia que joga bem com a democracia e que, aliás, tem sido uma das razões – se não a principal, pela qual o movimento é, em regra, bem acolhido pelos órgãos decisórios dos Estados”⁶⁸.

Ainda neste sentido, aponta Raffaella Pallamolla⁶⁹, que apesar da Justiça Restaurativa possuir um conceito aberto e fluído, o qual varia conforme as experiências restaurativas praticadas, é possível afirmar que há em comum aos conceitos encontrados a noção de “encontro, reparação e transformação”.

Por conseguinte, a Mediação Penal de Adultos, ao propor uma forma eminentemente voluntária⁷⁰ de participação pelos sujeitos processuais (os quais inclusive podem renunciar a qualquer momento ao seu consentimento) na qual almeja-se encontrar uma solução consensual para a resolução do conflito penal a partir de sessões de encontro pessoais entre o ofendido e o arguido com o objetivo concreto de encontrar uma imposição que – para além de prevenir como em uma função da pena regular no curso do processo penal - repare o dano sofrido, pode ser entendida como instrumento da Justiça Restaurativa.

Anota-se ainda neste sentido que, em razão de como está prevista na Lei nº21 de 2007 em Portugal, a Mediação Penal de Adultos pode ser classificada como uma modalidade restaurativa em um verdadeiro *dual track model* ao operar “lado a lado” com o sistema de justiça criminal e, ao mesmo tempo, manter uma independência normativa em relação àquele. Neste modelo também, como visualizamos na Mediação Penal, há uma “cooperação eventual entre os sistemas através de passagens que permitem aos participantes mudar de um sistema para o outro”⁷¹.

reforma. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.36.

⁶⁸ LEITE, André Lamas. Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementaridade da mediação Penal à luz das Finalidades do Sancionamento. *Revista do Ministério público*, v.30, n. 117,2009, p.90.

⁶⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.54 ss; 106.

⁷⁰ A importância da voluntariedade para mecanismos restaurativos também é apontada em PALLAMOLLA, 2009, p.83.

⁷¹ PALLAMOLLA, 2009, p. 85.

Portanto, a partir da incidência da Mediação Penal torna-se possível, mais que ganhos econômicos, ganhos para o agente da infração, o qual acaba por não ter contato com o sistema penal ou mesmo um contato mais intenso com as instâncias formais de controle, para a vítima que sofre a reparação dos danos sofridos e, inclusive, para a comunidade, a qual é beneficiada a partir de uma pacificação social feita entre iguais por meio de um processo participativo⁷².

Nestes termos, a partir da Mediação Penal como meio alternativo ao processo penal regular sancionador, baseado amplamente em penas privativas de liberdade e na estigmatização dos agentes envolvidos, pode-se chegar a uma solução divertida e mais benéfica para todos os envolvidos⁷³. Em suma, e como proposto por Cláudia Santos são, ainda, as ideias de *ultima ratio* e de subsidiariedade que se perseguem com a Mediação Penal e a justiça restaurativa⁷⁴.

Entretantes, conforme analisado previamente acerca da competência penal da União Europeia, a Decisão-Quadro 2000/220/JAI apenas estabelece o mínimo que deve ser adotado pelos Estados-Membros. Desta forma, e conforme já supratratado, a referida Decisão-Quadro tão-somente traz em seu 10º artigo uma estipulação geral de que haja o esforço por parte de cada Estado-Membro para promover a Mediação Penal nas infrações que considere adequadas e que sejam válidos quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração. Enquanto, por outro lado, a Lei nº 21 de 2007 vai além e expande as noções com relação ao âmbito de incidência, procedimento etc.

⁷² SANTOS, 2006, p. 380-381.

⁷³ Outra questão que se coloca é a real utilização do instrumento de Mediação Penal de Adultos no sistema judiciário português. Neste sentido, de acordo com os dados disponibilizados pela Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ), apenas tiveram 05 casos de mediação penal no ano de 2014; não havendo outros (DGPJ, 2015). Ademais, conforme análise estatística realizada por Leonel M. dos Santos, baseado nos dados disponibilizados pela DGPJ, a Mediação Penal de Adultos é aplicada quase que exclusivamente para crime de ofensas à integridade física simples, ameaça e difamação; sendo certo de que há uma baixa taxa de sucesso de 25% dentre os anos de 2008 à 2012 (M. DOS SANTOS, Leonel. *Justiça Restaurativa: a mediação em processo penal em Portugal até 2012*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013, p.47-49).

⁷⁴ SANTOS, 2008, p.41.

Neste sentido, pode-se criticar que, por se tratar de um instrumento aplicável nestes moldes apenas a Portugal e não a toda a União Europeia, não seria de fato capaz de conter a analisada expansão do Direito Penal europeu. Entende-se, entretanto, que apenas a relevância dada pela Decisão-Quadro à Mediação Penal já é, por si, importante ao trazer esta forma eminentemente alternativa ao processo penal regular sancionador⁷⁵⁻⁷⁶.

Por conseguinte, a Mediação Penal de Adultos, por ser um meio de desjudicialização e alternatividade, em princípio previsto nos próprios quadros legislativos da União Europeia e passível de maior exploração pelos Estados-Membros, é capaz de ser percebida como

⁷⁵ Também neste sentido entendemos que a limitação da Mediação Penal de Adultos em Portugal para crimes cuja pena em abstrato não exceda à 05 anos de prisão, para além de excetuar os casos de criminalidade grave em razão do tipo objetivo ou subjetivo - por serem contra a liberdade ou autodeterminação sexual ou envolverem ofendidos menores de 16 anos, por exemplo, também não diminui a relevância deste instrumento como meio de alternatividade a um Direito Penal sancionador em expansão. Ou seja, a Mediação Penal de Adultos pode não incidir nos casos de crimes cujos bens jurídicos coletivos com dignidade penal estão a ser incluídos cada vez mais nos instrumentos da União Europeia, mas como um procedimento que surge por si mesmo em uma Decisão-quadro tem sua própria relevância como meio divertido de resolução do conflito penal.

⁷⁶ Ressalta-se também que, apesar de serem válidas as críticas no sentido de que a justiça restaurativa pode sim ter como consequência indireta e informalizada a expansão do Direito Penal (como em razão do fato de permitir uma ênfase na vingança privada, já que a vítima como sujeito envolvido no conflito não tem “capacidade de sublimação (...) e acaba por internalizar desejos de vingança, respondendo irracionalmente (desproporcionalmente) ao agressor” (CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo (org.) e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002, p. 147), não é apenas pelo fato da Mediação Penal de Adultos ser uma forma de justiça restaurativa que a vemos como um instrumento positivo no que toca à alternatividade e assegurar da subsidiariedade do direito penal. A vemos como tal, em realidade, porque a mediação penal, apesar de propor um acordo de livre estipulação entre as partes, em Portugal, limita o conteúdo do mesmo para que não haja incidência de penas restritivas de liberdade ou que atentem contra a dignidade da pessoa.

instrumento capaz de contradizer ou, ainda mais a fundo, conter o Direito Penal europeu em expansão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, perceptível a existência de uma expansão do Direito Penal europeu sob duas perspectivas: (1) inicialmente, a partir da construção de um Direito Penal europeu autônomo e forte no sentido de assegurar, ao final (atual) de uma evolução do espaço regional europeu, uma União com competência própria em matéria penal e a vigência de ideais de harmonização; (2) ainda, um Direito Penal europeu caracterizado por uma incriminação progressiva de condutas e agravamento da persecução penal.

Ademais, que a relevância do tratamento do Direito Penal europeu a partir da perspectiva da subsidiariedade da tutela penal não é novidade para a doutrina ou para a própria União Europeia. Afinal, seja por parte de iniciativas como a dos juristas membros da *European Criminal Policy Initiative*, da Comissão ou mesmo dos Estados-Membros em virtude da vigência do Tratado de Direitos Fundamentais da União Europeia, a subsidiariedade do Direito Penal não é relevada a um segundo plano e continua como elemento interpretativo essencial para a validade e vigência das normas penais.

Por fim, que o instituto da Mediação Penal de Adultos, especialmente como concebido na Lei nº21/2007 em Portugal, é alternativa viável ao Direito Penal clássico sancionador ao permitir que determinados crimes de pequena e média criminalidade sejam resolvidos fora do processo penal, a partir de uma solução conciliatória entre o ofensor e a vítima e de maneira a evitar a pena privativa de liberdade, ou seja, a sanção clássica do Direito Penal que lhe confere o caráter de subsidiariedade.

REFERÊNCIAS

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando (org.); MACHADO, Jonatas (org.) et al. *Estudos em*

homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 84, p. 31-47, 2000.

CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *The British Journal of Criminology, Oxford*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977. <https://doi.org/10.4324/9781351150125-2>

COMISSÃO, Comunicação da. Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&qid=1518522030423&from=EN>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra*, v. XLI, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. v.135, n. 3935, p.73-89, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícia, 1993.

DGPJ. Dados Estatísticos sobre Mediação Penal da Direcção-Geral da Política de Justiça. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/numeros-dos-sistemasde/downloadFile/attachedFile_f0/20150706_MediacaoPublica2.pdf?nocache=1436282104.34>. Acesso em: 07 mai. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Estudios de Derecho*, v. 145, n. LXVI, p.15-29, 2008.

HASSEMER, Winfried. La percecucion penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, n.2, 2001.

INITIATIVE, European Criminal Policy. *The Manifesto on European Criminal Policy in 2011*. <https://doi.org/10.5235/219174411798862659>

LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da Mediação Penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 4, p. 577-613, 2014 (a).

LEITE, André Lamas. Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementaridade da Mediação Penal à luz das Finalidades do Sancionamento. *Revista do Ministério público*, v.30, n. 117, p.85-126, 2009.

LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da Mediação Penal. Em especial, a mediação pós sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. XI, p. 9-332, 2014 (b).

M. DOS SANTOS, Leonel. *Justiça Restaurativa: a mediação em processo penal em Portugal até 2012*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais.. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013.

MIETTINEN, Samuli. *Criminal Law and Policy in the European Union*. Londres: Routledge, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal. *Revista do Ministério Público*, v.27, n. 105, p.129-134, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.23, n.1, p.7-43, 2013.

ROXIN, Claus. La posizione della vittima nel sistema penale. *L'indice Penale*, n. XXIII, p. 5-18, 1989.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a Mediação Penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria (org.); SILVA, Marco Antônio M. (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 373-398.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto (org.) et al. *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de reforma*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.31-42.

SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.17, n. 3, p. 459-474, 2007.

SILVA, Paulo Maycon Costa. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal na União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, n. 25, p. 409-434, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

TAMPERE, Conselho Europeu. *Conclusões da presidência do Conselho de Tampere*. 1999. Disponível em < http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/08/2018
- Aviso de deslocamento ao V5N1: 31/08/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/10/2018
- Avaliação 1: 09/11/2018
- Avaliação 2: 11/11/2018
- Avaliação 3: 20/11/2018
- Decisão editorial preliminar: 22/01/2019
- Retorno rodada de correções: 04/02/2019
- Decisão editorial final: 05/02/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Marina O. T. A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 219-251, jan./abr. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.189>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

A implementação da figura do juiz de garantias no Brasil: um caminho a um sistema acusatório e a uma real imparcialidade do magistrado?

Implementing a guarantee Judge in Brazil: a path towards an accusatory system and a real magistrate impartiality?

MARINA OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS

Doutoranda em "Estado de Derecho y Gobernanza Global" pela Universidade de Salamanca. Mestre em ciências-jurídico criminais pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Resumo: O ordenamento jurídico penal brasileiro surge de uma tradição europeia continental, inspirado amplamente nas mudanças decorrentes da Revolução Francesa e do império do Iluminismo que trouxeram a forma mista de processar penalmente: com uma fase de investigação eminentemente inquisitória e um juízo acusatório, baseado na ampla defesa e contraditório e na separação das funções de acusação e julgamento. Esta é a atual formação do sistema penal brasileiro, o qual, entretanto, será transformado em breve quando da aplicação prática dos ditames do pacote Anticrime, Lei n 13.964/2019, que previu a existência de um juiz de garantias responsável pela fase de investigação até o oferecimento formal da denúncia pelo membro do Ministério Público. Por esta razão, e como hipótese da investigação, este juiz de garantias supostamente garantirá a existência de um modelo acusatório. Devido a este panorama, a pesquisa terá como objetivos traçar um cenário da distinção entre os modelos acusatórios e inquisitivos e seu reflexo no ordenamento jurídico penal brasileiro, além de analisar a figura do juiz de garantias como proposta no Pacote Anticrime, seus pressupostos e competências, assim como a discussão jurisprudencial e política que segue sua implementação formal.

Palavras-Chave: Sistemas penais; Sistema acusatório; Sistema inquisitivo; Juiz de Garantias; Pacote Anticrime

Abstract: Brazil's criminal system emerges from a continental European tradition, largely inspired by the changes brought by the French Revolution and the Enlightenment, which introduced a mixed form of criminal prosecution: with an eminently inquisitorial phase of investigation and an accusatory trial, based on broad defense and contradiction and the separation of the functions of prosecution and trial. This is the current formation of Brazil's penal system, which, however, will soon be transformed by the Anticrime Package, Law no. 13.964/2019, which provides the existence of a guarantee judge competent since the investigation phase until the formal offer of the indictment by the member of the Public Prosecutor's Office. For this reason, and as a hypothesis of the investigation, this guarantee judge is supposed to guarantee the existence of an accusatory model in Brazil's justice system. Due to this panorama, the research will aim to draw a scenario of the distinction between the accusatory and inquisitive models and their reflection in the Brazilian criminal legal system, besides analyzing the figure of the guarantee judge as proposed in the Anticrime Package, its assumptions and competencies,

as well as the jurisprudential and political discussion that follows its formal implementation.

Keywords: Penal Systems; Accusatory System; Inquisitorial System. Guarantee Judge; Anticrime Package.

1. INTRODUÇÃO

O Pacote Anticrime foi, após amplas discussões no legislativo brasileiro, positivado a partir da Lei nº 13.964/2019, em 21 de dezembro. Dentre várias previsões modificativas da estrutura penal e processual brasileira, muitas das quais expressam um claro caráter punitivista do legislador, como a partir da ampliação do limite máximo de cumprimento de pena de prisão de 30 anos a 40 anos¹, se inclui a criação da figura do juiz de garantias, no intento de, expressamente², adequar-se o processo penal brasileiro a um sistema acusatório penal.

Devido ao grande impacto que terá a implementação do juiz de garantias na prática jurídica brasileira, assim como, dogmaticamente, na visão do que é e quais as finalidades do ordenamento jurídico penal nacional, faz-se necessária uma investigação que busque delimitar os pontos de maior conflito. Desta forma, a base do presente trabalho é a hipótese de que o juiz de garantias servirá, concretamente, e não apenas na medida dos ditames da própria legislação, como ferramenta para aumentar o conteúdo acusatório do processo penal brasileiro ou, superada a categoria “acusatório”, efetivar a imparcialidade do juiz responsável pela instrução e julgamento.

Por conseguinte, o trabalho terá como objetivo, em um primeiro momento, delimitar o quadro teórico do que se entende por sistema acusatório – e seu modelo de “oposição”, o inquisitivo -, suas origens e principais características, assim como seus reflexos no ordenamento jurídico penal brasileiro. Em um segundo momento, será investigada a figura do juiz de garantias conforme os ditames do Pacote Anticrime e as discussões doutrinárias, ainda que muito breves devido à novidade do tema, e jurisprudenciais que buscam delinear como se dará a implementação desta nova parte processual dentro do esquema da Administração da Justiça.

¹ Conforme nova redação do artigo 75 do Código Penal, dada segundo à Lei nº 13.964/2019.

² Na redação do art. 3º-A do Código de Processo Penal (CPC), conforme a Lei nº 13.964/2019, “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Por fim, buscar-se-á responder à hipótese levantada. A fim de que se possa saber se, de fato, o juiz de garantias será o responsável por aumentar consideravelmente o nível “acusatório” do processo penal brasileiro ou se, em conformidade a determinada linha doutrinária, deve-se superar a distinção acusatório-inquisitivo e, assim, pensar-se no juiz de garantias como uma figura que possibilitará não apenas uma classificação possivelmente inócua ao sistema penal, mas sim a garantia dos princípios estruturais básicos e constitucionais e das finalidades penais e processuais penais.

2. ORDENAMENTOS JURÍDICO PENAI: PANORAMA DOS SISTEMAS ACUSATÓRIOS E INQUISITIVOS

A despeito do fato de que o trabalho científico de separação e distinção entre os modelos penais acusatórios e inquisitivos é árduo e, muitas vezes, impossível, é um meio essencial para a investigação da formação e estrutura de um ordenamento jurídico penal, como construções histórico-doutrinárias que permitem delinear as finalidades de um sistema penal e suas características mais fundamentais³.

É neste sentido que o presente trabalho tem como objetivos delinear as origens dos modelos acusatório e inquisitivo de processar penalmente, suas características básicas estruturais e a maneira como são reflexados no ordenamento jurídico penal brasileiro.

³ Sobre as dificuldades relacionadas à investigação dos modelos acusatório e inquisitivo, por exemplo, conferir a investigação de Monteiro Aroca, que reflexiona que, por um lado, estes modelos seriam categorias adotadas em um processo por motivos de cunho exclusivo político-criminal, segundo os interesses de determinado Estado (MONTERO AROCA, Juan. *El principio acusatorio entendido como eslogan político*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.1, n.1, 2015, p.87). Máximo Langer, por outro lado, chega a delimitar cinco usos distintos que explicam a relevância das categorias inquisitivo acusatório para a academia jurídica, que vão desde sua construção como tipos ideais construtivos, sistemas históricos ou sociológicos ou funções do processo penal (LANGER, Máximo. *La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.1, n.1, 2015 (b), p.13). Verifica-se, assim, que o recurso aos modelos acusatório e inquisitivo no âmbito da pesquisa científica se faz necessário e a questão deste trabalho, sobre sua relevância prática como um possível modelo processual penal, por conseguinte, ainda é essencial.

2.1 ORIGEM DOS MODELOS ACUSATÓRIOS E INQUISITIVOS

Conforme os estudos de Máximo Langer, os princípios acusatório e inquisitivo como categorias existem desde o século XV, derivados da distinção realizada entre o *common law* anglo-saxão e o *civil law* europeu continental. Categorias estas desenvolvidas especialmente nos trabalhos de Fortescue ao buscar traçar uma comparação entre os dois sistemas jurídicos a partir das diferenças entre o *trial by witness* e o *trial by jury*, ou seja, segundo um ponto de vista que, claramente, acabaria por favorecer o modelo inglês^{4:5:6}.

Entretanto, é apenas no final da idade média que “nascem”, ou melhor, delineiam-se, os sistemas inquisitivo e acusatório como modelos processuais penais. O primeiro, acusatório, encontra origem na Europa continental a partir do movimento de usurpação de todos os elementos do conflito e dos problemas de ordem pública por um governante, em um modelo claramente limitante das liberdades e garantias processuais. Influenciado pelo crescimento do dogma da Igreja Católica e do começo da Inquisição, era um sistema marcado por um juiz diretor e dono do processo⁷. Pautado na insuficiência da atividade das partes e “em uma suposta superioridade moral do juiz”, permitia o desenvolvimento de um processo distanciado das partes interessadas,

⁴ LANGER, Máximo. *In the beginning was fortescue: on the intellectual origins of the adversarial and inquisitorial systems and common and civil law in comparative criminal procedure*. *UCLA School of Law Research Paper*, n.16-03, 2015 (a). Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703126>. Acesso em 22 jul. 2020.

⁵ Mesmo raciocínio no trabalho do autor em: LANGER, Máximo. *Strength, Weakness or Both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure*. *UCLA School of Law Research Paper*, n.15-49, 2015 (c). Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687355>. Acesso em 22 jul. 2020.

⁶ Sobre a distinção histórica entre os modelos inquisitivo e acusatório a partir de uma colocação geográfica (acusatório no modelo anglo-saxão e inquisitivo no europeu continental) Langer afirma, reconhecendo que estava em uma etapa inicial da investigação de trabalhos da idade média e moderna, que a distinção entre estes dois modelos, na realidade, se dava mais no interior de um mesmo ordenamento jurídico que entre dois ordenamentos jurídicos distintos (LANGER, 2015 (b), p.14). Em trabalho posterior, entretanto Langer afirma que essa distinção entre procedimentos internos como acusatório ou inquisitivo é anterior a qualquer concepção que vinculasse os modelos a uma forma europeia continental ou anglo-saxã de julgar. Que derivava de trabalhos do século XII e XIII que diferenciavam processos legais que iniciavam a partir de uma acusação particular dos que se iniciavam por iniciativa pública (ou sua noção de rumores públicos). (LANGER, 2015 (a), p.10)

⁷ PAVAJEAU, Carlos A. Gómez. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*. Ediciones nueva jurídica: Colombia, 2007, p.43.

com iniciativas oficiosas, correndo através de procedimentos sigilosos e escriturais, onde qualquer debate ou diálogo era meramente acidental, e na maioria das vezes evitado, já que poderia representar uma distração desnecessária⁸.

O segundo, acusatório, tem origem na Europa insular e é impulsionado pela maior liberdade concedida ao âmbito privado. Permitindo-se a resolução de conflito, em sua maior parte relacionado à terra, de forma particular. De tal modo que o Rei de Inglaterra apenas detivesse uma parte do conflito, mantendo o poder de decisão em um combate adversarial privado no qual se respeitava a vontade dos particulares em relação ao exercício da ação penal⁹.

Enquanto na Inglaterra se manteve a tradição acusatória, a Europa continental era amplamente influenciada pela Revolução Francesa, pelo advento do Estado de Direito e pela hegemonia do Iluminismo durante o século XVIII¹⁰. Linhas filosóficas e doutrinárias que foram responsáveis pelo desenvolvimento de um sistema misto de processar penalmente no continente europeu, que passou a incorporar uma segunda etapa de julgamento mais acusatória ainda que mantivesse uma primeira fase inquisitiva de investigação^{11;12}.

Não foi, entretanto, um movimento de importação do modelo acusatório anglo-saxão de julgar. Mas sim, um processo de incorporação dos princípios iluministas franceses, de igualdade e garantias, relacionado a posição imperialista da França perante os demais países da Europa continental¹³. É justamente por isso que o modelo acusatório de processar penalmente incorporado aos sistemas de tradição europeia continental não é um reflexo do sistema anglo-saxão. Ou seja, não configura, sobremaneira, a abdicação do poder de julgar e acusar por parte do Estado aos particulares, mas sim uma adaptação do anterior modelo inquisitivo da alta idade média para satisfazer os lemas de igualdade e garantias¹⁴.

⁸ BARILLI, Raphael. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, 2018, p.674.

⁹ PAVAJEAU, 2007, p.43.

¹⁰ Historicamente, o sistema misto inquisitorial durante a investigação e acusatório na instrução e julgamento foi adotado por primeira vez na França com o *Code D'instruction Criminelle* de 1808 (LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p.126).

¹¹ PAVAJEAU, 2007, p.46.

¹² Raciocínio que coincide com o proposto por Máximo Langer no sentido de que é em algum momento entre o final do século XVIII e o século XIX os juristas começaram a se referir aos sistemas acusatório e inquisitivo como referências, respectivamente, aos modelos processuais anglo-americano e europeu continental (LANGER, 2015 (c), p.4).

¹³ NIEVA FENOLLI, Jordi. *Derecho Procesal III - Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p.26.

¹⁴ Ademais, a própria contradição da doutrina sobre a manutenção dos sistemas acusatório e inquisitivo como categorias autônomas põe em xeque a construção histórica de ambos os modelos segundo quais ordenamentos jurídicos. Neste sentido, é necessário ressaltar que há dúvidas sobre a real caracterização, por exemplo, do modelo

2.2 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DOS SISTEMAS ACUSATÓRIOS E INQUISITIVOS

Um processo penal inquisitivo, como aponta José Maria Soler, por exemplo, tem como características gerais: (i) uma atuação *ex officio* do órgão jurisdicional que exerce as funções de acusar, defender e julgar; (ii) uma tendência a privar a liberdade do investigado durante o processo; (iii) um processo penal secreto sem a contradição do acusado; (iv) a obtenção da prova de ofício pelo juiz, que será valorada taxativamente; e (v) a existência de uma audiência oral predominantemente escrita, com a admissão de uma dupla jurisdição de maneira geral. Por outro lado, a mesma autora descreve como traços gerais de um sistema acusatório; (i) a necessidade de uma acusação já que não existe a atuação *ex officio* do magistrado; (ii) a distinção entre a ação penal pública e a ação penal privada do ofendido ou prejudicado; (iii) a preferência pela liberdade em relação às medidas cautelares possíveis; (iv) a ampla defesa e a contradição dos sujeitos processuais; (v) a existência de uma produção probatória pelas partes; e (vi) a livre apreciação da prova pelo juiz, não admitindo-se uma segunda instância como regra geral¹⁵.

Já a princípio se nota que são características extremamente sujeitas à críticas: não necessariamente um modelo acusatório, por exemplo, não permitirá a apreciação do juízo por uma segunda instância. Assim como não é obrigatória a predominância da forma escrita em um julgamento para que um processo penal seja taxado de inquisitivo.

Como se verifica a partir da própria perspectiva histórica da formação e origem dos modelos inquisitivo e acusatório, ambos sistemas de julgar penalmente muitas vezes coincidiram para formar um único ordenamento jurídico, tanto entre eles como com a adição de características de outros sistemas menos difundidos. De tal maneira que, em muitos casos, a classificação que distingue os modelos acusatório e inquisitivo de acordo com um determinado número de características fechadas acaba por excluir outras possíveis classificações. Portanto,

estadunidense das *pleas bargainings*, derivado do sistema anglo-saxão, como um sistema acusatório. Já que se consideraria a *plea bargaining* um procedimento eminentemente inquisitório que, sendo a base do sistema estadunidense enquanto o sistema de juris, seria uma mera ilusão, de maneira que o ordenamento jurídico de Estados Unidos seria mais bem inquisitório (SCHÜNEMANN, Bernd. Crítica al modelo norteamericano de proceso penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras. Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2009, p.429).

¹⁵ SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riano. *Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006, p.33.

em realidade, o que distingue um modelo do outro pode ser apenas e tão somente o poder que detém o magistrado em um processo penal, assim como se posiciona Jordi Nieva Fenolli¹⁶.

Ou seja, uma enumeração de características dos sistemas acusatório e inquisitivo passaria apenas pelo feito de afirmar que em um processo penal inquisitivo as funções de investigar, julgar e acusar estão concentradas na mesma pessoa (em um magistrado), enquanto em um sistema acusatório estaria configurada uma disputa fabricada (processual) entre o Estado e o indivíduo investigado, a partir da qual se obtém uma verdade meramente formal a partir de uma contradição baseada na separação entre quem acusa e quem julga¹⁷. Este raciocínio é congruente com o expressado por Barrili¹⁸ no sentido de que em um processo de partes (eminentemente acusatório) “a prova é entendida como meio de persuadir, compreendendo-se em termos práticos como instrumento tendente a obter uma decisão favorável” e não necessariamente como meio de averiguação da verdade material.

É válido ressaltar que até o próprio autor Jordi Nieva Fenolli, na tentativa de buscar uma definição única dos sistemas inquisitivos e acusatórios na separação entre as figuras de acusar e julgar, acaba por acrescentar outros elementos sem os quais não faria sentido a caracterização de um sistema como acusatório. E é justamente neste sentido que Aury Lopes Júnior reflete que a diferença entre os modelos inquisitivo e acusatório não é única e exclusivamente a separação entre as funções de acusar e julgar; já que há, também, uma série de princípios que formam a base estrutural de cada sistema¹⁹.

De tal maneira que se poderia apontar como princípios fundantes de um modelo acusatório não apenas a separação entre quem acusa e quem julga, como também a busca por uma verdade estritamente formal que será alcançada a partir de um processo adversarial, no qual as partes poderão aportar provas e oferecer suas contradições. Assim, esse modelo acusatório teria como base da sua estrutura processual a oralidade, que permite e condiciona que a atuação processual se dê por meio da contradição²⁰. Por outro lado, o modelo inquisitivo

¹⁶ NIEVA FENOLLI, 2019, p.17.

¹⁷ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p.20.

¹⁸ BARILLI, 2018, p.683.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, 2015, p.129.

²⁰ Barrili defende a essencialidade da oralidade num processo acusatório, como base para minimizar interpretações errôneas e facilitar a comunicação entre as partes processuais. Neste sentido, afirma também como é mais benéfica a realização de atos concentrados orais ao julgamento do magistrado, que não estará sujeito a eventuais perdas de conteúdo que naturalmente passam com o decorrer do tempo (BARILLI, 2018, p.687).

seria aquele no qual o juiz, também responsável por instruir e acusar, seria eminentemente parcial à hora de proceder ao julgamento final²¹.

Por conseguinte, seria no sistema acusatório que se encontraria um modelo mais acorde com a máxima do “direito penal mínimo” ou de *ultima ratio*, no qual é dada prioridade às garantias fundamentais da pessoa humana em troca da obtenção de uma verdade meramente formal²². Enquanto um modelo inquisitivo de julgar penalmente estaria mais alinhado a uma visão de expansão do direito penal. Já que, ao dar primazia à verdade material – “real”, arriscaria as garantias fundamentais na mesma medida em que permitisse a imparcialidade do julgador, a falta de contradição e ampla defesa e o uso da pessoa do réu como meio de prova. Já que o desenvolvimento autoritário do sistema inquisitivo permitiria um compromisso maior com a imposição de uma pena do que com uma verdade respeitosa às garantias fundamentais²³.

É em razão da maior capacidade garantista do modelo acusatório que ele ganha mais popularidade enquanto o sistema inquisitivo entra em descrédito²⁴. De modo que a maioria dos ordenamentos jurídicos penais alinhados com a tradição europeia continental estariam numa tentativa de implementação de um modelo de características acusatórias. Se ressalta, entretanto, que embora seja muito comum encontrar críticas ao *coordinate model* anglo-americano de tradição acusatória, por possuir autoridades extremamente autônomas e permitir decisões mais dispare, também é possível ver críticas em sentido contrário. Isto é, análises negativas do modelo inquisitivo, por parte da doutrina de origem anglo-saxã, em relação a falta de garantias do modelo inquisitivo, no qual a tortura “é o método supremo de averiguação da verdade”²⁵.

Cada sistema tem seus pontos positivos e negativos. Mas o mais importante é que, ao final, os ornamentos jurídicos que têm origem no modelo europeu continental de julgar, acabam por priorizar cada vez mais a aplicação de uma forma adaptada de um modelo acusatório em seus sistemas penais. Isto é, a partir da separação das funções de acusação e julgamento, com a criação de órgãos públicos independentes e imparciais responsáveis por cada uma de estas

²¹ REYES ALVARADO, Yesid. Prohibiciones de prueba en los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial. IN: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (coord). *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p.209.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Traducción Gómez-jara diez. Madrid: Trotta, 1995, p.540.

²³ BARILLI, 2018, p.684.

²⁴ NIEVA FENOLLI, 2019, p.25.

²⁵ Neste sentido, Nicolás Rodríguez-García faz alusão às palavras do juiz Frankfurtes em *Watts V. Indiana*, 338 U.S. 49, 69 S. Ct. 1347, 93 L.Ed. 1801 (1949) (RODRIGUEZ-GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Ediciones Universidad Salamanca: Salamanca, 1997, p.30).

funções e com o asseguramento da ampla defesa e do contraditório entre os sujeitos processuais²⁶.

2.3 REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico penal brasileiro é reflexo histórico direto da relação existente, a partir do século XVI, entre um Portugal imperialista e um Brasil colônia. Relação esta que, em termos acadêmicos, se mantêm até os dias de hoje com o alto fluxo entre as universidades portuguesas – e europeias em geral – e os juristas brasileiros²⁷.

De tal maneira que o triunfo, em Portugal, da perspectiva jusnaturalista racionalista introduzida pelo Marquês de Pombal no século XVIII, com o império da lei frente aos poucos espaços concedidos ao direito consuetudinário, teve reflexo direto na formação do ordenamento jurídico brasileiro²⁸. Até porque é só com a mudança da família real portuguesa ao Brasil em 1808 que se começa a formular um direito penal brasileiro próprio, com a criação na Casa da Suplicação do Brasil, a figura do Intendente Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil, cujas competências incluíam uma jurisdição penal, e a determinação de que as disposições dos magistrados fossem unicamente baseadas em uma interpretação literal das leis²⁹. Delineando, por conseguinte, um modelo penal eminentemente legalista como o europeu continental de tradição iluminista.

Apesar do largo desenvolvimento sofrido no direito penal Brasileiro durante os séculos XIX e XX, incluindo a própria edição do que ainda é o atual Código Penal de 1941, após a Constituição de 1937 do Estado Novo de Getúlio Vargas, que estabeleceu o princípio da culpabilidade, deu maiores poderes aos agentes de polícia e aos magistrados e determinou a natureza jurídica do interrogatório como meio de prova e não de defesa, é apenas com a nova democratização e a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) que se confere o poder de exercer a ação penal unicamente ao órgão do Ministério Público como

²⁶ E, neste sentido, o uso acadêmico das categorias inquisitivo e acusatório ainda é de relevância para a análise de procedimentos criminais de diferentes jurisdições e em relação a um processo penal internacional. Permitindo, por exemplo, a geração de hipóteses em relação a explicação sobre a existência de diferenças procedimentais legais em diferentes jurisdições e a discussão sobre várias jurisdições por vez, facilitando uma análise mais global (LANGER, 2015(c), p.15).

²⁷ Neste sentido, conferir FIGUEIREDO MARQUES, Rui; FERNANDO MATHIAS, Carlos; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.105.

²⁸ FIGUEIREDO MARQUES; FERNANDO MATHIAS; NORONHA, 2015, p.154.

²⁹ FIGUEIREDO MARQUES; FERNANDO MATHIAS; NORONHA, 2015, p.245.

meio para pedir ao poder judiciário a aplicação do direito legal³⁰. Determinando, por outro lado, a garantia da reserva de jurisdição a fim de determinar o papel exclusivo do magistrado como órgão imparcial de aplicação da lei a partir do momento em que foi provocado³¹. E este magistrado, como um decisor imparcial, é um que não tem – ou não deve ter – mais a responsabilidade de recolher evidências ou interpor solicitações³². Modelo em congruência, portanto, como um sistema acusatório de processar penalmente.

No caso brasileiro, portanto, como ensina Aury Lopes Júnior:

O fato de que determinado processo consagre a separação inicial de atividades, a oralidade, a publicidade, a coisa julgada, o livre convencimento motivado etc., não o exime de ser inquisitivo. É o caso do sistema brasileiro, de núcleo inquisitivo, mas com alguns ‘acessórios’ que normalmente o ajudam a vestir-se de acusatório³³.

Essa aparente contradição é explicada pelo fato de que, a despeito do fato do Brasil ter herdado o *civil law* de sua colonização portuguesa, o direito interno foi paulatinamente adequado às particularidades culturais e necessidades específicas brasileiras. De tal maneira que “após a independência de Portugal, não se implantou, no Brasil, um ‘sistema’, pronto, ‘copiado e colado’ do direito europeu” e conjuntamente com muitas normas de origem europeia, foram importadas algumas do sistema estadunidense³⁴.

Ademais, o ordenamento jurídico penal brasileiro deve de ser estudado como parte do contexto latino americano, o qual, nas últimas duas décadas, vê reformas, no âmbito da luta contra a corrupção, centradas na dualidade entre os modelos inquisitivo e acusatório e na conclusão de que o modelo acusatório seria crucial para reduzir a corrupção e melhorar a eficiência do processo desde a investigação até a persecução penal – afirmando que juízes mais

³⁰ Alguns autores ressaltam, no entanto, que a CF/88 apenas consolidou uma visão do Ministério Público que já existia na prática judicial brasileira a partir de leis ordinárias e complementares, como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de nº40 de 1981 e a Lei nº 7.347/85 que determinou as atribuições do Ministério Público em relação a ação civil pública e ao inquérito civil (ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista brasileira de ciências criminais*, v.14, nº39, 1999; SILVA, Cátia. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Edusp, 2001).

³¹ Ressalta-se, ainda, que a separação entre quem acusa e quem julga, como proposto por Cláudia Cruz Santos, faz com que se atribua, cada vez mais, um papel de garantidor dos direitos fundamentais aos juízes (SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*. Coimbra: Almedina, 2018, p.97).

³² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.133.

³³ LOPES JÚNIOR, 2015, p.132 (tradução nossa).

³⁴ CHEMIN GUIMARÃES, Rodrigo; GONÇALVES RIBEIRO, Sarah. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.6, n.2, 2020, p.838.

passivos em relação à instrução seriam mais imparciais e julgariam melhor a culpa, a detenção etc.³⁵.

Assim, estaria explicado o contexto histórico-geográfico brasileiro que determina a prevalência do sistema acusatório como modelo de referência ao Poder Legislativo nacional, responsável pelas reformas penais e processuais penais que buscam instituir e consolidar o modelo acusatório de julgar penalmente no Brasil, como se depreende implícita e explicitamente a partir do disposto no art.3º-C do Pacote Anticrime relativo à figura do juiz de garantias.

3. O JUIZ DE GARANTIAS

Superada a fase inicial de investigação referente às categorias inquisitiva e acusatória e a delimitação do contexto jurídico brasileiro referente à implementação de um modelo processual penal misto, pode-se passar à segunda fase deste trabalho referente ao juiz de garantias.

Conforme enunciado em fase introdutória, será investigada a figura do juiz de garantias sob três perspectivas: suas origens na Lei nº13.964/2019, seu âmbito de incidência e competência de acordo com as disposições legais e, por fim, sua implementação segundo a atual discussão jurisprudencial frente às Ações Diretas de Constitucionalidade interpostas perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1 ORIGENS DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS: O PACOTE ANTICRIME

A Lei nº13.964/2019, de 24 de dezembro, nomeada Pacote Anticrime, provém de uma iniciativa do ex-ministro da Justiça e da Segurança Pública Sérgio Moro, com propostas de alterações substanciais na lei penal e processual penal brasileira com o objetivo de melhorar e facilitar o combate à corrupção e ao crime organizado. Enquadra-se em uma série de propostas

³⁵ LANGER, 2015 (c), p.27-28.

que, em geral, baseando-se na necessidade do combate a delinquência organizada, busca o endurecimento da norma penal e processual penal.

Esta mesma lei, entretanto, traz alterações ao procedimento penal brasileiro de cunho garantista que visam assegurar maior conformidade do processo penal com a Constituição da República e com o próprio Estado de Direito. É neste nível, por conseguinte, que estaria incluída a figura do juiz de garantias e algumas das alterações relativas ao procedimento da colaboração premiada consoante a Lei nº12.850/2013, como a que prevê o marco de confidencialidade do acordo de colaboração (novo art. 3º da Lei nº 12.850/2013).

O juiz de garantias, como parte do processo judicial, não é inovação legislativa brasileira, mas sim uma figura já conhecida de outros ordenamentos jurídicos de tradição penal europeia continental. Portugal, por exemplo, prevê a atuação de um juiz de instrução e de um juiz de julgamento com distintas competências. Dispõe o artigo 268 do Código de Processo Penal português que, durante o inquérito, é o juiz de instrução o responsável pelo primeiro interrogatório do detido, e quem deve proceder à aplicação de uma medida de coação ou garantia patrimonial, proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado etc. Decidindo sempre no prazo de 24 horas e a partir das informações e do requerimento que lhes sejam prestados. A legislação italiana também prevê, desde 1989, a separação das funções jurisdicionais das fases de investigação e julgamento segundo o disposto no artigo 328 do *Códice di Procedura Penale*. Por fim, alguns países da América Latina também adotam este sistema de separação das competências dos juízes de instrução e julgamento, como Chile – a partir de uma implantação gradual entre os anos de 2000 e 2005 – Paraguai (artigo 282 do Código Processual Penal paraguaio) e Colômbia (artigo 250 da constituição Colombiana)³⁶.

Desta maneira, a implementação do juiz de garantias no Brasil pode ser considerada como um resultado normal da evolução do sistema jurídico em direção a um procedimento acusatório, nos termos e condições de outros sistemas judiciais nos quais se espelha, como o português, o italiano e de outros países latino-americanos.

³⁶ Neste sentido, conferir CHEMIN GUIMARÃES; GONÇALVES RIBEIRO, 2020, p.150 e MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revistas Novos Estudos Jurídicos*, v.23, n.1, 2018, p.78.

3.2 COMPETÊNCIA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O próprio legislador, a partir da Lei nº 13.964/2019, previu que a figura do juiz de garantias, criada a partir do acréscimo dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F no Código de Processo Penal, é um mecanismo inserido em um processo penal de estrutura acusatória, no qual é vedada a iniciativa do juiz durante a fase preliminar de investigação e sua substituição na atuação do órgão da acusação.

Segundo o caput do artigo 3º-B, o juiz de garantias será o magistrado competente pelo “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Atuando, por tanto, como um “fiscal” da devida investigação criminal³⁷.

Neste sentido, o Pacote Anticrime traz em uma lista exemplificativa com algumas de suas competências especiais: (i) receber comunicação referente à prisões em flagrante delito; (ii) realizar o controle de legalidade da prisão em flagrante delito; (iii) zelar pelo cumprimento dos direitos do preso, podendo requisitar sua presença a qualquer momento; (iv) ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (v) decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou qualquer medida cautelar; (vi) prorrogar, substituir ou revogar prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar, assegurando-se da realização do contraditório em audiência pública e oral no caso de sua prorrogação; (vii) decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas urgentes e não repetíveis, assegurando-se do contraditório e ampla defesa em audiência pública e oral; (viii) decidir pela prorrogação do prazo de duração do inquérito caso o investigado esteja preso, em razão dos motivos apresentados pela autoridade policial, ouvindo o Ministério Público e apenas uma única vez por um período máximo de até quinze dias³⁸; (ix) determinar o trancamento do inquérito policial quando falte fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (x) requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação³⁹; (xi) decidir sobre requerimentos de

³⁷ MAYA, 2020, p.40.

³⁸ Sendo que, após esta prorrogação máxima de quinze dias, se a investigação ainda não tiver sido concluída, a prisão será relaxada de maneira imediata (art. 3º-B, §2º).

³⁹ Sobre o art. 3º-B, Ix, entretanto, poder-se-ia afirmar que há uma extrapolação dos poderes do magistrado como julgados? Este dispositivo permite que o juiz de garantias requisite documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação. De tal maneira que a resposta seria negativa. Neste caso, a lei apenas

interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (xii) julgar *habeas corpus* que tenha sido impetrado antes do oferecimento da denúncia; (xiii) determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (xiv) decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 do CPP⁴⁰; (xv) quando necessário, assegurar prontamente o direito outorgado ao investigado e seu defensor a acessar todos os elementos informativos e provas produzidos na investigação criminal, salvo no que concerne às diligências em andamento; (xvi) deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar produção de perícia técnica; (xvii) decidir sobre a homologação do acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada, quando formalizados no curso da investigação; e (xviii) decidir sobre demais matérias inerentes às suas atribuições.

O juiz de garantias atuará nos supostos acima descritos em qualquer infração penal, com exceção das de menor potencial ofensivo. E sempre apenas até o recebimento da denúncia e queixa, momento a partir do qual será competente o juiz de instrução e julgamento, que não estará vinculado às decisões proferidas anteriormente e, a partir do recebimento da denúncia ou queixa, terá o prazo máximo de dez dias para reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. Ressalta-se, ainda, que não serão enviados os autos competentes ao juiz de garantias ao juiz de instrução e julgamento, ressalvadas as informações relativas às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas que deverão ser-lhe enviadas para apensamento em apartado. Disposições estas de extrema relevância para assegurar que a sentença final seja baseada nas provas produzidas em contraditório e ampla defesa em audiência oral e pública, e não em provas produzidas durante o Inquérito Policial. Assegura-se, no entanto,

está permitindo que o juiz requisite informações e provas já produzidas pela autoridade policial e não que peça ele, como magistrado, a produção probatória. Sendo, portanto, mais um dispositivo que permite a realização de seu trabalho como juiz de garantias da investigação, assegurando-se que o inquérito tenha fundamentos para seu seguimento etc.

⁴⁰ Segundo o art. 399 do CPP, recebida a denúncia ou queixa, caberá ao juiz designar dia e hora para a audiência e ordenar a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e seu assistente. Entretanto, considerando que no art. 3º-C se determina que a competência do juiz de garantias cessa com o recebimento da denúncia ou queixa, se entende que será o magistrado responsável pelo julgamento, após o recebimento da denúncia pelo juiz de garantias, o responsável por designar dia e hora e ordenar a intimação das partes.

que as partes continuarão tendo amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

É determinado ademais, por meio do artigo 3º-D, que o juiz que requisitar início de inquérito policial em crime de ação penal pública ou realizar qualquer outro ato relativo aos artigos 4º e 5º do CPP, ficará impedido de atuar no processo. Regra que, segundo André Machado Maya, deverá aplicar-se também no âmbito dos tribunais, de maneira que seja necessária a criação de órgãos colegiados de garantias que permitam que um desembargador, por exemplo, decida *Habeas Corpus* impetrado em face de decisão proferida por juiz de garantias⁴¹.

Ademais, pelo parágrafo único do art. 3º-D se determina a criação, pelos tribunais, de um sistema de rodízio de magistrados para as comarcas nas quais funcione apenas um juiz, para que se atendam às disposições relativas à separação de funções entre o juiz de garantias e o juiz de instrução e julgamento.

O art. 3º-E, por sua vez, indica que a designação do juiz de garantias será realizada a partir de critérios objetivos periodicamente divulgados pelos tribunais, de acordo com as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Por fim, dispõe-se no artigo 3º-F questões relativas à obrigação do juiz de garantias de assegurar o cumprimento das regras para o tratamento de presos, inclusive impedindo qualquer ajuste ou acordo, por parte de qualquer autoridade, com órgãos da imprensa para explorar a imagem do preso, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. Ademais, determina-se no parágrafo único que, atendendo à efetividade da persecução penal, o direito à informação e à dignidade da pessoa presa, as autoridades deverão disciplinar, em cento e oitenta dias, ‘o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa’.

⁴¹ MAYA, 2020, P.45 ss.

3.3 IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS: DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL POLÍTICA SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

O fato de o juiz de garantias já ser uma proposta conhecida em outros países de mesma tradição jurídico-penal não impediu que ele fosse amplamente questionado antes sequer da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, de 24 de dezembro⁴². Assim, quatro Ações Diretas de Constitucionalidade foram propostas em conta da previsão legal do juiz de garantias: a ADI nº6.298 da Associação Nacional dos Magistrados, a ADI nº6.299 ajuizada pelos partidos políticos Podemos e Cidadania, a ADI nº6.300, do partido político Partido Social Liberal e a ADI nº6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, todas sob o julgamento pelo Ministro Relator Luiz Fux.

Em 15 de janeiro de 2020 o Ministro Presidente Dias Toffoli havia concedido parcialmente as medidas cautelares solicitadas nas três primeiras ADIs de nº6298, 6299 e 6300, suspendendo a eficácia dos artigos referentes ao juiz de garantias na Lei nº13.964/2019 até sua efetiva implementação pelos tribunais, que deveria ocorrer no prazo de 180 dias a partir desta decisão. Por prevenção, a ADI nº6.305 foi distribuída ao Ministro Luiz Fux, que, em 22 de janeiro de 2020 decidiu no sentido de ajustar a decisão do Ministro Dias Toffoli afim de garantir a “reversibilidade da medida cautelar e prestigiar a deliberação de mérito a ser realizada oportunamente pelo Plenário”. Reexaminando, portanto, os pedidos anteriormente formulados nas ADIs nº nº6298, 6299 e 6300⁴³.

No âmbito desta decisão liminar, o Ministro Luiz Fux entende que a criação do juiz de garantias configura não apenas uma “reforma”, já que “refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”, de tal

⁴² Cerca de uma década anteriormente à aprovação do Pacote Anticrime, no âmbito do anteprojeto de Código de Processo Penal, assim como posteriormente em 2011, Mauro Fonseca Andrade já estabelecia que a inserção do juiz de garantias pressuporia um problema prático de natureza operacional, financeira e orçamentária no país. O autor apontava à realidade brasileira de comarcas de apenas um único magistrado, nas quais a implementação de um segundo juiz de garantias seria financeira e operativamente inviável e a necessidade, por exemplo, do uso de magistrados auxiliares ou do uso de um juiz de garantias “peregrino” (ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de informação legislativa*, nº183, 2009, p.15); (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 74). Conferir também MAYA, André Machado. O juiz de garantias no projeto de reforma do código de processo penal. *Boletim IBCCRIM*, a. 17, n.24, 2009, p.9.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº6305. Ministro Relator Luiz Fux. Decisão Monocrática de 22 jan. 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 27 jul. 2020.

modo que os dispositivos da Lei nº13.964/2019 que criam esta figura constituem tanto uma norma geral processual quanto uma norma de organização judiciária, dependente da restrição do art. 96 da CF/88⁴⁴. Por conseguinte, entende que tanto o art. 3º-D, que determina a criação de um sistema de rodízio de magistrados nas comarcas onde funcione apenas um juiz, quanto os arts.3º-A a 3º-F da Lei nº13.964/2019, ao determinar a implementação do juiz de garantias, constituem violação constitucional direta por requerer a “reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos”. É por essa razão que o Ministro Luiz Fux concede a liminar requisitada e determina a suspensão da eficácia, *sine die*, dos artigos 3º-A a 3ºF do Código de Processo Penal segundo a redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

Se ressalta que, desde janeiro de 2020, data do deferimento *ad referendum* da liminar solicitada pelo Ministro Relator Luiz Fux, até a data presente deste artigo (janeiro de 2021), a referida Ação Direta De Constitucionalidade de nº 6305 continua em um lento andamento, aguardando manifestações de entidades e grupos interessados, assim como audiências públicas que haviam sido inicialmente designadas para os dias 16 e 30 de março de 2020. Explica-se a suspensão destes atos essenciais para o julgamento da ADI em virtude da pandemia do Covid-19 e a edição da Resolução n.663/2020 do Supremo Tribunal Federal que estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Covid-19. Por conseguinte, com a implementação do juiz de garantias suspensa em razão da decisão liminar proferida pelo STF e as constantes suspensões de atos essenciais ao julgamento da ADI, conclui-se que, por mais relevante que seja a concreção da figura do juiz de garantias no país, esta terá que esperar uma melhora substancial na atual pandemia que permita a realização dos atos jurisdicionais⁴⁵.

Em relação a estas decisões, destaca-as a pesquisa realizada por Guimarães e Ribeiro⁴⁶ sobre o artigo 3º-D da Lei nº13.964/2019, referente à implementação do juiz de garantias nas comarcas do interior do país, nas quais apenas há um juiz, que determina a criação de um sistema de rodízio de magistrados que deverá ser implementado pelos Tribunais, disposição atualmente suspensa segundo a decisão anteriormente analisada. Guimarães e Ribeiro⁴⁷ indicam

⁴⁴ Artigo que confere aos tribunais, privativamente, a competência relativa à organização judiciária.

⁴⁵ Ressalta-se o elevado impacto do Covid-19 não apenas no funcionamento do Supremo Tribunal Federal como em todas as autoridades judiciárias do Brasil. Em esse sentido, referencia-se à Avaliação dos Impactos da Pandemia causada pela Covid-19 nos Processos de Trabalho dos Tribunais, divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2020 (Conselho Nacional de Justiça. Avaliação dos Impactos da Pandemia causada pela Covid-19 nos Processos de Trabalho dos Tribunais. Brasília: CNJ, 2020, disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.

⁴⁶ CHEMIN GUIMARÃES; GONÇALVES RIBEIRO, 2020, p.151.

⁴⁷ CHEMIN GUIMARÃES; GONÇALVES RIBEIRO, 2020, p.164.

que, fosse implementado o sistema de processamento eletrônico do Inquérito Policial, permitir-se-ia a atuação do magistrado *in loco*, ou seja, sem seu deslocamento e se evitaria qualquer discussão acerca da implementação do juiz de garantias. Afirma, ademais, que se anularia qualquer discussão respeito a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º-D referente à auto-organização do Poder Judicial. Se possibilitaria, ainda, a realização da Audiência de custódia por videoconferência, que já não poderia mais ser considerada inconstitucional a partir de uma errônea compreensão que o direito de toda pessoa detida de ser levada a presença de um juiz⁴⁸ diria respeito à presença física. Refletem os autores que até mesmo economicamente a implementação do Inquérito Eletrônico virtual seria mais benéfica à Administração da Justiça, já que em um ano e meio se recuperaria o investimento realizado na tecnologia – além de que evitaria quaisquer discussões sobre a violação do orçamento da magistratura, que permaneceria intocado. Apesar da ampla discussão e dados técnicos fornecidos pelos autores, o Inquérito Policial Eletrônico atualmente segue sem perspectivas de aplicação prática, de tal maneira que, conseqüentemente, todas as discussões anteriores sobre a implementação do juízo de garantias continuarão válidas até que solucione o mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade referidas⁴⁹.

⁴⁸ Segundo o disposto no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴⁹ Ressalta-se que as ADIs seguem em julgamento: em 3 de fevereiro de 2020 o Ministro Relator Luiz Fux determinou a realização de audiências públicas no mês de março para que se contribuísse com conhecimento técnico e jurídico sobre o juízo de garantias, ademais de outras questões envolvidas nas ADIs. Vários pedidos de ingresso como *amicus curiae* vem sendo interpostos no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e algumas manifestações sendo juntadas nos autos dos processos perante o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, e devido à situação sanitária referente ao Covid19, muitas destas manifestações seguem pendentes de agendamento de uma audiência pública. De tal maneira que, até o momento, em agosto de 2020, a implementação da figura do juiz de garantias seguirá suspensão de acordo com a decisão liminar anteriormente analisada. Dependendo, portanto, do próprio passar do tempo e da evolução da crise sanitária para que se saiba como a mesma será efetivada (Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF. Ministro Relator Luiz Fux. 03 fev. 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf>>. Acesso em 27 jul. 2020).

4. REFLEXOS DO JUIZ DE GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL: CAMINHO A UM MODELO PLENAMENTE ACUSATÓRIO OU SUPERAÇÃO DESTA DISTINÇÃO?

Independentemente da atual suspensão da implementação do juiz de garantias no cenário judicial brasileiro, em razão das discussões jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão sobre a efetividade do juízo de garantias como meio para um processo penal acusatório ainda deve ser realizada.

Desta maneira, se é válido o posicionamento de Gimeno Sendra no sentido de que a simples separação do processo em duas etapas, uma pré-processual e outra processual em sentido estrito, com a atribuição de um juiz para cada uma delas, é suficiente para afirmar que o processo penal tem como princípio estrutural um modelo acusatório⁵⁰, a implementação da figura do juiz de garantias é essencial para uma reafirmação do modelo acusatório no processo penal brasileiro.

Isto porque a “simples” separação entre os juízes responsáveis pela fase de instrução e julgamento seria suficiente para manter o magistrado separado da “arena das partes” e delimitar as etapas de atuação de cada um deles de maneira a gerar as condições necessárias para a imparcialidade do juiz⁵¹.

Se ressalta, entretanto, que muitas vezes a realidade demonstra outros resultados menos favoráveis à imparcialidade do magistrado. Isto porque há uma contaminação prática das provas produzidas durante a investigação que, ainda que dependentes de uma contradição durante um juízo oral, muitas vezes serão analisadas pelo magistrado a partir das mesmas condições iniciais com as quais foram recolhidas na instrução em um procedimento inquisitorial. Ou seja, na fase processual simplesmente se repetem as provas já produzidas pré-processualmente e são mascaradas em um julgamento de inocente ou culpado realizado por um juiz “imparcial”⁵².

Portanto, parece relevante a reflexão realizada por Aury Lopes Júnior no sentido de que, depois de um período de dicotomia entre os sistemas inquisitivo e acusatório, e outro

⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*, Madrid: Colex, 1996, p.83.

⁵¹ Neste sentido, conferir: LOPES JÚNIOR, 2015, p.126 e MAYA, André machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.694/19*. São Paulo: Tirant le Blanch, 2020, p.37.

⁵²Ibidem, p.128.

caracterizado pela mescla entre ambos os modelos, dever-se-ia avançar em direção a uma terceira fase na qual se abandonaria termos como acusatório e inquisitivo, que acabam por ser demasiado rotuladores e vinculados a uma visão tradicional que alimenta uma eterna disputa conceitual e possivelmente inócua⁵³.

Isso porque, substancialmente, ainda que a visão de um modelo acusatório fosse mais acorde à constituição, não bastaria. De tal maneira que o princípio fundante de um ordenamento jurídico já não deveria ser um inquisitivo ou acusatório, mas sim sua conformidade constitucional e sua capacidade de atuar como instrumento garantidor da democracia⁵⁴.

Ademais, como apontado por Máximo Langer em suas investigações, a “justiça” em um julgamento não depende apenas de fatores derivados da dicotomia inquisitivo-acusatório (como o papel do juiz no inquérito e no processo), mas sim de outros fatores como a qualidade do sistema de defesa e a lacuna existente entre os réus e os atores profissionais do sistema de justiça⁵⁵. De tal maneira que “ao invés de começar perguntando qual sistema, acusatório [adversarial] ou inquisitivo, é normativamente superior, deveríamos começar por perguntar quais princípios e objetivos valoramos em um processo criminal e aí deveríamos discutir quais as melhores formas de implementar estes princípios e objetivos em uma jurisdição específica”⁵⁶.

Assim, superados os conceitos de acusatório e inquisitório, como categorias que não definem um sistema em sua totalidade e acabam por mesclar-se a depender da instituição processual penal ou do momento processual de um determinado ordenamento jurídico⁵⁷, o que talvez valeria a pena concluir é que se deve ficar – como conclusão – com os princípios estruturantes de cada sistema como finalidade de um ordenamento jurídico penal.

E, justamente nesse sentido que a implementação de um juiz de garantias no Brasil bem serve à Constituição Federal de 1988, de cunho garantista, em relação à imparcialidade do juiz

⁵³Ibidem, p.144.

⁵⁴ Ibidem, p.145.

⁵⁵ LANGER, 2015 (c), p.27-28.

⁵⁶ LANGER, 2015(c), p.29.

⁵⁷ Neste sentido, Guimarães e Ribeiro demonstram em seu artigo a inexistência de rigidez conceitual nos sistemas processuais penais que impede a classificação taxativa como acusatório ou inquisitivo (CHEMIN GUIMARÃES; GONÇALVES RIBEIRO, 2020, p.848).

e a maior separação entre as funções de acusação e julgamento; ambas características essenciais de um sistema possivelmente caracterizado como acusatório⁵⁸.

Entretanto, ao tratar de um possível caminho a um modelo plenamente acusatório com a implementação da figura do juiz de garantias, devem ser realizadas algumas considerações, consequentes do fato⁵⁹ de que, para a configuração de um sistema processual penal totalmente acusatório, deveria deixar de existir uma fase pré-processual de Inquérito inquisitiva.

De tal maneira que a figura do juiz de garantias apenas serviria como um caminho a um modelo acusatório caso fosse considerado um juiz que garantisse o contraditório dentro da fase de Inquérito Policial. Entretanto, as competências do juiz de garantias, segundo o determinado pela Lei nº 13.964/2019, não incluem a contradição de provas dentro de um Inquérito Policial, mas sim as tarefas de controle de legalidade da investigação e salvaguarda dos direitos fundamentais, em especial com relação às questões relacionadas a prisão provisória do investigado⁶⁰. Por conseguinte, o juiz de garantias, quando devidamente implementado na prática jurídica, não constituiria um processo penal plenamente acusatório. E, assim, serviria apenas numa função de garante da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento e, portanto, de um dos princípios estruturantes do modelo acusatório.

Deve de ser ressaltado, entretanto, que a partir de uma perspectiva prática da atuação jurisdicional, como proposto por Mauro Fonseca Andrade⁶¹, o juiz de garantias, ainda que limitado ao controle de legalidade e direitos e garantias, acabaria por aperfeiçoar toda a

⁵⁸ Não deve ser deixada à margem da argumentação a visão de Gustavo Badaró no sentido de que, apesar do modelo acusatório constituir uma forma mais democrática de julgar penalmente ao permitir a ampla defesa e a contradição a partir da formação do conteúdo probatório pelas partes, a concessão de poderes instrutórios ao juiz não constituiria empecilho a um modelo acusatório, já que este seria possivelmente compatível com “um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de provas” (BADARÓ, Gustavo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.90). Este raciocínio, entretanto, não impede as conclusões advindas da presente pesquisa, já que o juiz de garantias, que não impede a concessão de poderes de instrução ao juiz da causa, durante a instrução, mas sim impede que o juiz da instrução e julgamento seja influenciado pela produção probatória no nível da investigação, continuaria constituindo uma garantia à maior imparcialidade do juiz de instrução e julgamento.

⁵⁹ Aqui considerado um fato, mas que, conforme já discutido anteriormente, é sujeito a diferentes pontos de vista. Neste sentido, como já referenciado anteriormente, Gimeno Sendra (conferir nota de rodapé nº45), por exemplo, aponta que simples separação entre a acusação e o julgamento seria suficiente para a caracterização de um processo acusatório. Entretanto, nesta pesquisa segue-se a linha de raciocínio de Aury Lopes Júnior no sentido de superação das categorias acusatório e inquisitivo em favor de uma compreensão do processo penal segundo seus princípios fundantes.

⁶⁰ Esta previsão mais estrita das competências do juiz de garantias é compatível com a visão inicial desta figura dada pelo Anteprojeto de Código de Processo Penal de 2009, que em seu art. 15 determinava que o juiz de garantias seria o sujeito processual competente para o controle da legalidade e salvaguarda dos direitos individuais. Neste sentido, conferir: ANDRADE, 2009.

⁶¹ ANDRADE, 2011, p.71.

atividade judicante. Isto porque permitiria uma melhor entrega dos serviços jurisdicionais, tanto por uma perspectiva qualitativa quanto por uma quantitativa, ainda que apenas em relação às demandas que digam respeito aos direitos e garantias fundamentais dos acusados⁶².

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho se podem concluir algumas questões de relevância ao universo processual penal brasileiro. Desta maneira, em relação à primeira etapa de investigação pode-se concluir, em um primeiro lugar, e independentemente de sua ambígua origem histórica, acerca da relevância acadêmica de conceituar-se os termos acusatório e inquisitivos como categorias processuais penais. Em um segundo lugar, sobre as características bases de cada um destes modelos, que possuem princípios estruturais específicos que superam a simples distinção entre a figura da acusação e do julgador e passam por incluir elementos como a oralidade do processo, a imparcialidade do julgador e a contradição entre as partes processuais. Por fim, sobre a existência de um modelo misto no sistema brasileiro que mantém uma primeira etapa pré-processual eminentemente inquisitória e uma segunda etapa, posterior à formalização da denúncia, acusatória.

O juiz de garantias, figura instituída no seio do Pacote Anticrime no final do ano de 2019, apesar de já (muito) passado o período devido de *vacatio legis* segue sem ser implementado na realidade jurídica brasileira. Isto porque depende do julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade de números 6298, 6299, 6300 e 6305 perante o Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, dependente atualmente de inúmeros atos processuais essenciais suspensos e pospostos em razão da atual pandemia do Covid-19. Mérito que resolverá a atuação suspensão *sine die* dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, acrescentados por meio da Lei nº 13.964/2019, em razão do entendimento do ministro relator a favor da inconstitucionalidade de sua implementação por desrespeitar a atribuição

⁶² Deve de ser ressaltado que a racionalidade de otimização e especialização da prestação jurisdicional focada na salvaguarda dos direitos do acusado é posta em xeque ao pensar em mecanismos práticos que possibilitem a implementação do juiz de garantias em todo o território nacional, como a rotação de juízes e o uso de magistrados “regionais” e auxiliares (ANDRADE, 2009, p.186).

constitucional aos tribunais de poderes quanto à sua auto-organização administrativa e orçamentária.

Neste sentido, no âmbito deste trabalho, as conclusões quanto à figura do juiz de garantias se condicionam a sua implementação prática com o decorrer do tempo. Assim, quando seja efetivado o papel do juiz de garantias no processo penal brasileiro, infere-se que, na mesma senda da hipótese deste trabalho, dar-se-á um passo na direção do modelo acusatório. Isto porque, se por um lado não será implementado por completo um sistema acusatório, já que não deixará de existir a fase de investigação inquisitiva, de competência exclusiva da autoridade policial, com vistas ao membro do Ministério Público como titular da ação penal pública. Por outro lado, será garantida, com maior força, a imparcialidade do juiz responsável pela instrução e julgamento que, ao não ter mais contato com a fase pré-processual de investigação, chegará ao processo penal sem graves contaminações por provas que tenham sido produzidas anteriormente fora do contraditório.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz de Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de informação legislativa*, nº183, 2009.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista brasileira de ciências criminais*, v.14, nº39, p.83-102, 1999.

BADARÓ, Gustavo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARILLI, Raphael. A centralidade do júízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p.669-705, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.150>

BRASIL. *Lei nº 13.964/2019. Pacote Anticrime*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº6305*. Ministro Relator Luiz Fux. Decisão Monocrática de 22 jan. 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 27 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF*. Ministro Relator Luiz Fux. 03 fev. 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf>>. Acesso em 27 jul. 2020.

CHEMIN GUIMARÃES, Rodrigo; GONÇALVES RIBEIRO, Sarah. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.6, n.2, p.835-872, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.323>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Avaliação dos Impactos da Pandemia causada pela Covid-19 nos Processos de Trabalho dos Tribunais. Brasília: CNJ, 2020, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Trad. Gómez-Jara Diez. Madrid: Trotta, 1995.

FIGUEIREDO MARQUES, Rui; FERNANDO MATHIAS, Carlos; NORONHA, Ibsen. *História do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 1996

LANGER, Máximo. In the beginning was fortescue: on the intellectual origins of the adversarial and inquisitorial systems and common and civil law in comparative criminal procedure. *UCLA School of Law Research Paper*, n.16-03, 2015. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703126>. Acesso em 22 jul. 2020.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.1, n.1, p.11-42, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.2>

LANGER, Máximo. Strength, Weakness or Both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure. *UCLA School of Law Research Paper*, n.15-49, 2015. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687355>. Acesso em 22 jul. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MAYA, André machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.694/19*. São Paulo: Tirant le Blanch, 2020.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revistas Novos Estudos Jurídicos*, v.23, n.1, 2018, p.71-88.

MAYA, André Machado. O juiz de garantias no projeto de reforma do código de processo penal. *Boletim IBCCRIM*, a. 17, n.24, 2009, p.06-07.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.1, n.1, p.66-87, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III - Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

PAVAJEAU, Carlos A. Gómez. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*. Ediciones nueva jurídica: Colombia, 2007.

REYES ALVARADO, Yesid. Prohibiciones de prueba en los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial. IN: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (coord). *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

RODRIGUEZ-GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Ediciones Universidad Salamanca: Salamanca, 1997.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*. Coimbra: Almedina, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Crítica al modelo norteamericano de proceso penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras. Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, p.427-450, 2009.

SILVA, Cátia. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Edusp, 2001.

SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riano. *Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006.

OS CRIMES INSOLVENCIAIS DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS E OS CRIMES FALIMENTARES DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS BRASILEIRA: UMA COMPARAÇÃO EM TORNO DO BEM JURÍDICO TUTELADO

*BANKRUPTCY CRIMES IN THE PORTUGUESE CRIMINAL CODE AND IN
THE BRAZILIAN BANKRUPTCY AND JUDICIAL REORGANIZATION ACT:
A COMPARISON AROUND THE LEGALLY PROTECTED GOODS*

MARINA OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS

Mestranda em ciências jurídicas-criminais pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (grau obtido em 2016). Advogada. ORCID: 0000-0002-3276-25
marinaoliveira.737@gmail.com

Recebido em: 23.08.2018
Aprovado em: 12.02.2019
Última versão da autora: 01.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: O trabalho tem o objetivo de entender qual o bem jurídico tutelado nos tipos penais insolvenciais do Código Penal português e da Lei de Recuperação e Falências brasileiras. Afinal, apesar de ambas as legislações os classificarem como crimes insolvenciais, tratam de condutas tão diferenciadas que merecem uma atenção especial a fim de compreendê-las melhor. Para tanto, serão especificados os crimes insolvenciais a partir de uma análise da moldura típica, com recurso à doutrina e, no caso português, à jurisprudência. Em um segundo momento, analisar-se-ão os pontos de contato e divergência entre os crimes insolvenciais portugueses e brasileiros tendo como base o questionamento "é possível uma comparação?". A partir de um método comparativo funcionalista e analítico será possível adentrar nos questionamentos mais

Abstract: This paper aims to understand what goods are legally protected under the bankruptcy crimes in the Portuguese Criminal Code and in the Brazilian Bankruptcy and Judicial Reorganization Act (Lei 11,101/2005). Despite the fact that both legislations treat these crimes as "bankruptcy crimes", they refer to conducts so distinct from one another that they deserve a special attention in order to improve our comprehension of them. According to this context, this research seeks to analyze both legislations regarding the bankruptcy crime through a legislative, literature and judicial approach. Secondly, the points of agreement and disagreement between them will be treated in order to answer the question "Is a comparison possible?". Finally, adopting a functional and utilitarian method, it will be possible to study the most important

importantes deste trabalho: quais são os bens jurídicos tutelados por meio dos crimes insolventiais analisados? O que de fato os torna crimes insolventiais? Enfim, constata-se que há uma diferença essencial na sistematização dos tipos penais estudados e também em relação aos bens jurídicos tutelados.

Palavras-chave: Direito penal econômico - Crimes insolventiais - Crimes falimentares - Bem jurídico - Sistematização criminal.

questions that derive from this work: what goods are protected from the bankruptcy crimes? What characteristics really makes bankruptcy crimes? In the end, it is outlining there is an essential difference regarding the systematization of the crimes and the legal goods protected.

Keywords: Economic criminal law - Bankruptcy crimes - Portugal's bankruptcy crimes - Protected legal goods - Criminal systematization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A corrente moldura penal dos crimes da insolvência em Portugal. 2.1. Insolvência dolosa. 2.2. Insolvência negligente. 2.3. Favorecimento de credores. 3. Os crimes falimentares na legislação brasileira. 4. Pontos de convergência e divergência entre ambos os sistemas. É possível uma comparação? 5. O bem jurídico tutelado. 5.1. Notas sobre sistematização e nomenclatura dos tipos penais insolventiais e falimentares. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho busca fazer, a partir de um método de estudo comparado funcionalista e analítico², uma análise luso-brasileira dos nomeados crimes insolventiais – ou falimentares, no caso da legislação brasileira –, a fim de decifrar a real necessidade dessas incriminações em torno da discussão acerca de qual o bem jurídico tutelado³.

1. Método de pesquisa em direito comparado que “pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo (DUTRA, Deo. Método(s) em direito comparado. Revista Criminalis de Direito UFRJ, Curitiba, v. 61, n. 3, 2016, p. 198), no caso, as respostas dadas empresárias e empresários.
2. Por meio da análise comparativa analítica busca-se uma conexão dos conceitos jurídicos com as regras do sistema jurídica e com o contexto nos quais estão inseridos (DUTRA, 2016, p. 201).
3. A definição de bem jurídico faz-se necessária – ainda que de forma subsidiária em relação ao tema principal do trabalho – para explicar o porquê da utilização desse conceito para a incriminação insolvential. Conforme proposto por Claus Roxin, o bem jurídico é diretamente ligado aos direitos garantidos por uma Constituição. De modo que, em

Santos, Maria Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolventiais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 180, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

A importância do estudo comparado desses tipos penais se faz em razão do evidente contraste entre ambos apesar de serem nomeados como “pertinentes” a uma mesma classe de crimes: os relativos ao procedimento civil da insolvência, em Portugal, e da falência e recuperação, no Brasil. Por conseguinte, esta pesquisa fará uma análise da moldura penal dos crimes insolventiais, com recurso à doutrina e, no caso da lei portuguesa, à jurisprudência⁴.

razão da missão do Direito penal constituir em assegurar os cidadãos uma convivência livre e pacífica, o Direito penal caracteriza-se, por conseguinte, por ser a proteção de bens jurídicos. Estes, por sua vez, correspondem a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade⁵. Claus Roxin aponta que a amplitude do conceito de bem jurídico é o fator que muitas vezes lhe confere um papel secundário na análise do Direito penal. E, para isso, o autor demonstra com casos práticos como a ausência de bem jurídico torna desnecessária a norma penal, aproximando o conceito da realidade (Por exemplo, que há ausência de bem jurídico a aproximando penalmente na situação de homossexualidade entre homens adultos e na posse de pornografia juvenil, já que é plenamente possível que jovens não vulneráveis tenham relações sexuais consentidas). No mesmo plano de relevância que o conceito de bem jurídico, encontra-se o princípio de subsidiariedade. Isso pois, o princípio da subsidiariedade, consubstanciado na máxima de que a pena, tida como a mais grave das sanções, só deve ser convocada quando outros meios menos graves se mostrarem insuficientes, ocupa o mesmo “plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminal equivalente. Por conseguinte, pode reconhecer-se ao direito penal a função de “proteção subsidiária de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 23, n. 1, 2013, p. 12-25). Note-se que a utilização do conceito do bem jurídico tanto como critério de criminalização e descriminalização pelo legislador e de interpretação pelo aplicador do direito, apesar de em crise pela falta de aplicação com-creta – vide a expansão incriminadora dos últimos tempos –, não deixa de ser o parâmetro ainda utilizado, ainda que por falta de outros (SANCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 17). Dessarte, a busca pelo bem jurídico tutelado nos crimes insolventiais e falimentares aqui realizada.

4. Toda a pesquisa jurisprudencial portuguesa realizada neste trabalho é feita a partir do acesso ao website [www.jusnet.wolterskluwer.pt], o qual contém, além de relações dos Tribunais das Relações, decisões de juizes singulares. Esta pesquisa foi feita a partir dos termos “insolvência dolosa”, “Frustração de créditos”, “insolvência negligente” e “fraude contra credores” e foram abrangidas as decisões do Supremo Tribunal de Justiça, do Tribunal Constitucional, Tribunais da Relação do Porto, de Lisboa e de Coimbra e dos Tribunais Judiciais das comarcas de Porto e Lisboa. Apesar do grande número de resultados encontrados, apenas um pequeno número tratava da criminalização desses tipos penais. Ademais, mesmo ao ampliar a pesquisa para os demais tribunais de

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolventiais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 180, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

A partir dessa análise inicial, serão delineados os pontos de divergência e convergência de ambas as legislações em relação aos tipos insolvenciais incriminados a fim de tornar possível a próxima etapa do trabalho, qual seja, a busca pelo bem jurídico que se busca proteger com os crimes insolvenciais.

Então, serão traçadas as conclusões as quais foi possível chegar com a análise realizada e, dessa forma, pretende-se responder as perguntas iniciais deste trabalho: Qual a razão para os crimes insolvenciais? Qual ou quais bens jurídicos buscam-se tutelar?

Por fim, e antes de traçadas as conclusões finais do trabalho, serão feitas breves notas – as quais, a despeito de sua relevância, não aspiram à exaustão – sobre a sistematização dos crimes insolvenciais nas legislações portuguesas e brasileiras, bem como a respeito da nomenclatura destes: o que os torna crimes insolvenciais? O bem jurídico protegido? Sua sistematização?

2. A CORRENTE MOLDURA PENAL DOS CRIMES DA INSOLVÊNCIA EM PORTUGA.

Os crimes insolvenciais são correntemente classificados como Crimes contra Direitos Patrimoniais, tutelados dentro do Capítulo IV do Código Penal português (CP). São três os dispositivos que tutelam os tipos insolvenciais – os artigos 227º, 228º e 229º, os quais correspondem, respectivamente, à insolvência dolosa, insolvência negligente e favorecimento de credores.

Ademais, para além desses crimes reconhecidos como insolvenciais, há a previsão da frustração de créditos consoante o disposto no artigo 227º – A do Código Penal. Entretanto, o mesmo, apesar de previsto entre os crimes insolvenciais, por não ter como pressuposto processual a declaração judicial da insolvência, e sim um pressuposto mais amplo que é a existência de sentença condenatória executível, não é classificado como crime insolvencial¹.

Portugal e para outros websites de pesquisa, como o [www.dgsi.pt] e o [www.google.com], não foi encontrada nenhuma decisão que tratasse da incidência da falência negligente, em qualquer uma de suas modalidades; motivo pelo qual esse crime não é tratado sob a perspectiva jurisprudencial, com exceção a conclusão de que sua criminalização por mais que baseada na proteção de um bem jurídico válido, não encontra respaldo na realidade.

5. Nesse sentido, o Acórdão 125/2015 de 12 de fevereiro de 2015 do Tribunal Constitucional, relativo ao Processo 902/14, no qual um arguido condenado por um crime de frustração de créditos agravado recorre ao Tribunal Constitucional a partir da alegação de que o tipo penal de frustração de créditos seria inconstitucional por violação do artigo

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Como já supratratado, a punibilidade dos crimes insolvenciais tutelados nos artigos 227º, 228º e 229º do CP depende do reconhecimento judicial da insolvência como pressuposto processual, ou seja, que seja reconhecida judicialmente a incapacidade econômica do devedor em adimplir suas dívidas no termo correto². Ademais, importante notar que em razão das diferenças concretas do *modus operandi* dos devedores comerciantes e civis, exige-se para a configuração de insolvência destes últimos, além da impossibilidade de cumprir suas obrigações vencidas, o *déficit patrimonial*³.

Ademais, importante notar que também é aplicável aos três crimes insolvenciais o número 3 do artigo 227º. Dessa forma, para todas as condutas descritas, são puníveis, também, o administrador ou gestor de fato da empresa insolvente. Afinal, em virtude dos crimes insolvenciais não constarem no rol de crimes nos quais é possível a punição da entidade coletiva, invoca-se o artigo 1º do CP a fim de ser punível o titular da pessoa coletiva em questão, ou seja, o administrador ou gestor de direito. Sendo necessária a previsão especial do número 3

165º n. 1. al. c) e n. 2 da Constituição da República de Portugal (CRP) já que os elementos do tipo penal "insolvência dolosa" seriam mais restritivos que o do crime de frustração de créditos ao exigir, além da situação de insolvência, seu reconhecimento judicial, sendo que para o crime de frustração de créditos bastaria a existência de uma dívida reconhecida por sentença condenatória executível.

É entendimento do acórdão que o crime do artigo 227º – A do Código Penal é autônomo em relação à insolvência dolosa, apesar de disposto no mesmo artigo da legislação, e, por isso, depende de pressupostos fáticos e jurídicos diversos. Nesse sentido, conforme referido no acórdão, o objetivo e o sentido legislativo com o artigo 227º – A foi tutelar penalmente as situações que, estranhas ao *crédito de insolvência*, possam frustrar os créditos através da execução após o reconhecimento deste em sentença condenatória. Portanto, a despeito da relevância da tutela penal do crime de frustração de créditos para os credores que têm seu direito reconhecido em sentença condenatória executível, perceptível que o bem jurídico aqui tutelado não equivale ao que é tutelado nas situações de insolvência declaradas judicialmente por conta de um processo próprio e civil de insolvência.

6. CAEIRO, Pedro. Anotação aos artigos 227º, 228º e 229º do CP. *Comentário Coimbra* – *tese do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. II, p. 402, 422.

7. Nesse sentido, o oposto é previsto pelo CIRE no artigo 3º, n. 2, segundo o qual as pessoas coletivas e patrimônios autônomos também são considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestadamente superior ao ativo.

8. CAEIRO, Pedro; VASCONCELOS, Miguel. As dimensões jurídico-privada e jurídica penal da insolvência (uma introdução). *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 538.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

do artigo 227º a fim de incriminar também quem, de fato, possuir a gerência ou administração da empresa.

Relevante, ainda, que apesar dos crimes insolvenciais estarem dispostos no capítulo "Crimes Contra Direitos Patrimoniais" do Código Penal Português, sua tutela depende diretamente do procedimento concursal previsto no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas^{9,10} (CIRP).

É por essa razão, então, que (i) os crimes insolvenciais abrangem tanto os devedores comerciantes quanto os não comerciantes, de modo que é punível não somente o administrador ou gestor do ente coletivo comerciante como também a pessoa física devedora; e (ii) a partir da alteração do processo concursal realizada pelo CIRP deixa de existir a diferença entre a falência como procedimento próprio dos comerciantes e a insolvência, dos não comerciantes, e passa a haver para ambos, a insolvência como critério de incapacidade econômica¹¹, de maneira que, no Direito penal, o termo "insolvência" passa a designar situação de crise econômica relevante para o Direito e a "falência", antes com significado específico para o procedimento concursal, passa a significar um desvalor acrescido que pode se tornar circunstância agravante da pena¹².

A partir da análise sobre os aspectos gerais e comuns aos crimes insolvenciais, passo, então, a tratá-los de modo individualizado, para que seja possível a compreensão do objeto de cada um deles, o bem jurídico tutelado e o tratamento da do pela jurisprudência portuguesa.

2.1. Insolvência dolosa

A insolvência dolosa criminaliza os atos do devedor que, com intenção de prejudicar credores e ainda que não venha a prejudicá-los, realize dolosamente atos que resultem na situação de insolvência econômica¹³. Esses atos são elencados

9. Decreto-lei 53/2004, de 18 de março.
10. A subsidiariedade da tutela penal dos crimes insolvenciais às disposições gerais do CIRP é relacionada diretamente à existência do pressuposto processual consistente na declaração judicial da insolvência, ou seja, o reconhecimento da incapacidade econômica do devedor.
11. A incapacidade econômica constitui a incapacidade do devedor, seja ele comerciante ou não, em cumprir pontualmente seus créditos vencidos ou obrigações às quais estava obrigado, consoante o artigo 3º, n. 1, do CIRP. (Ibidem, p. 535).
12. Ibidem, p. 530-533.
13. Sobre o resultado material da insolvência dolosa, como um crime material de execução

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

no artigo 227º do Código Penal e englobam cinco tipos de condutas: (I) que impliquem em diminuição real do patrimônio do devedor; (II) que impliquem em diminuição fictícia do patrimônio; (III) que visem ocultar uma situação de crise já conhecida pelo devedor; (IV) da não justificação da aplicação regular dos valores pelo devedor concordatário; e (V) quaisquer das condutas anteriores que sejam praticadas por um terceiro, desde que com conhecimento do devedor ou em seu benefício¹⁴.

Desde já, salienta-se que há um posicionamento marcante da doutrina no sentido de que o bem jurídico tutelado pela insolvência dolosa é o patrimônio, em razão da construção fechada do tipo penal ao direito concursal português e ao fato da conduta tutelada exigir o dolo em prejudicar os credores, de modo a tornar-se excessiva a classificação do bem jurídico protegido – ainda que apenas primário – como de caráter supraindividual, como a economia em geral ou a economia creditícia¹⁵.

O acórdão de 10 de maio de 2017 do Tribunal da Relação do Porto, referente ao Processo 832/12¹⁶, reforça essa ideia ao discutir a coautoria material de um crime de insolvência dolosa pela realização de atos que provocaram a diminuição real do patrimônio do devedor, no caso, uma sociedade empresarial "F" constituída pelos arguidos cônjuges. Consoante às provas recolhidas, a sociedade "F" passou a ter dificuldades financeiras e, cientes do fato, os arguidos constituíram outra sociedade "G" com o intuito de dissipar o patrimônio da empresa "F" e impedir o pagamento aos credores. Foi provada nos autos a transferência dos

vinculada, nota-se que há diferença para os casos do devedor comerciante e para o devedor não comerciante. No caso do devedor comerciante exige-se que as condutas tenham impedido o dever de manter a capacidade de pagar pontualmente. Já para os devedores não comerciantes, em razão do seu não acesso recorrente ao crédito, exige-se como resultado um déficit patrimonial ostensivo em conjunto com a insolvência *strictu sensu* (Ibidem, 1999, p. 422).

14. Ibidem, 1999, p. 412.
15. Ibidem, 1999, p. 408.
16. Disponível em: http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/DocumentNew.aspx?params=H4sIAAAAAAEEADXPwW7CMawA0K9pLpOmQpmaAQw6kFRkoYoi1SDsh7EGUpawOOno3y8tNjE82JZi_wZ0NYUPz5Uhg7skpCmCARW8SasataPeWNP_8MoFZ-B4a4tmdIgfQhW35bLDqslImxq2T6EQf5a0HfUJL6yWjm_07QKeu4lU1Alyz15KS-7-s0nuwJWy0y1qGjWMDP6orG1wMiRbnVw4cDC_DA88_jUp12o15yky192OXJf-JHO5uKjYkzYj1hM0FMjy8oV6_UcbUDkS3Lb0Y1rr0d4Yp8H5yiuwSTYwQPfH-KyUC93HCxpUv8c1aHe84CGag0chpN-iskqUFuYufNG41XP8BE2c_ym4BAAA=W-KE#121. Acesso em: 19.02.2018.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

funcionários e dos bens da sociedade em crise financeira "F" para a recém-constituída "G", de forma que a sociedade inicial restou completamente esvaziada de patrimônio, o que constituiu um estado de real inviabilidade econômica e impossibilidade de recuperação. Em razão desses fatos, o acórdão analisado, além de manter a decisão no tocante à condenação dos arguidos pelo crime de insolvência dolosa consoante o artigo 227º, n. 1, alínea d), os condenou ao pagamento de indenização civil à recorrente, credora da sociedade "F"¹⁷.

Assim, é possível depreender da análise desse acórdão que a tutela penal da insolvência dolosa tem, como consequência, um teor mais específico e anterior à tutela de um bem jurídico comum a todos, consubstanciado na economia, apresentando também um caráter de *tutela específica ao proteger o patrimônio dos credores que restam prejudicados a partir dos atos necessários à insolvência dolosa*¹⁸.

Importante ressaltar que, à despeito da ampla pesquisa jurisprudencial realizada, não foram encontrados casos concretos que embasassem a condenação de devedores pela prática de uma das demais quatro condutas – como, por exemplo,

17. Sobre a responsabilidade patrimonial derivada da incriminação da insolvência dolosa concorda-se com José Manuel Branco, segundo o qual, à despeito do crime insolvencial cuidar da criminalidade econômica e financeira, em nada contribuirá para o ressarcimento dos credores sem o pedido de indenização civil fundado na prática do crime nos termos do artigo 71º e seguintes do Código de Processo Penal. Entretanto, o credor que requer essa indenização civil, como no acórdão analisado, tem um trabalho probatório dificultado já que todo o enquadramento em relação ao crime insolvencial apenas pode ser demonstrado pelo Ministério Público enquanto titular da ação penal (BRANCO, José Manuel. *Responsabilidade patrimonial e insolvência culposa (da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 54-55).
18. Ademais, sobre a condenação ao pagamento de indenização civil no âmbito do processo penal, o Acórdão de 21 de maio de 2015 do Tribunal da Relação de Lisboa, segundo o qual, em razão do princípio da adição obrigatória ao processo penal (artigos 129º do CP e 71º e seguintes do Código de Processo Penal), é apenas em caráter excepcional que o Tribunal tra poder remeter o julgamento para o foro civil. Dessa forma, e considerando que o crime em causa de insolvência dolosa tem como bem protegido o patrimônio dos credores e mediadamente o correcto funcionamento da economia de mercado, no peça fundamental do sistema socioeconómico, já depende automaticamente de questões complexas prévias como "performances contabilísticas e financeiras empresariais" para a prova dos elementos objectivos da acção. É por essa razão que já há precedentes processuais penais (artigos 151 a 163 do Código de Processo Penal) que permitem a indemnização civil não os fatos da própria actividade comercial, entendendo-se que não há competência para o julgamento de questões de natureza civil, mas sim de natureza penal. *www.dgsi.gov.pt*. Acesso em: 13/03/2018.

pela diminuição fictícia do patrimônio – ou, sequer, pela prática de insolvência dolosa por um devedor não comerciante.

2.2. *Insolvência negligente*

A insolvência negligente subdivide-se na punição de duas condutas, respectivamente referentes às alíneas a) e b) do número 1 do artigo 228º do CP:

Inicialmente, pune-se na alínea a), tanto a conduta dolosa de ambos os devedores comerciantes e não comerciantes que criem um estado de insolvência por grande incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas ou especulações ruinsas; quanto a conduta dolosa do comerciante em criar esse estado de insolvência em razão de uma negligência grave no exercício de sua atividade. Portanto, já na alínea a) percebe-se que a legislação é mais exigente com o devedor comerciante enquanto exercia sua atividade, posto que há a disposição de conduta específica para esse sujeito processual que resulta em uma maior persecução penal¹⁹.

Ademais, importante notar que a despeito da conduta incriminada ser nomeada "insolvência negligente", não se permite a punibilidade por negligência, apenas por dolo, ainda que eventual. Ou seja, só serão puníveis as condutas descritas na alínea a) se cometidas dolosamente e se o estado de insolvência for resultado direto de tal ato^{20, 21}.

É punível, na alínea b) o devedor comerciante que, tendo conhecimento das dificuldades econômicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação²². Entretanto, pelos motivos especificados a seguir, essa norma é inconstitucional. Em primeiro lugar porque é uma lei penal mais abrangente que a previsão civil: o CIRE trata como *possibilidade* do devedor o requerimento de recuperação²³, tornando inócua a norma penal que criminaliza

19. CAEIRO, 1999, p. 438.
20. Afinal, apenas é punível por negligência os casos em que haja previsão específica na lei conforme os diâmetros do artigo 13º do CP. Não sendo essa a situação do artigo 228º do CP o mesmo apenas é punível por dolo.
21. MALAFAIA, Joaquim. A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, jan.-mar. 2001, p. 247.
22. Nota-se que a faculdade do devedor requerer um procedimento de recuperação consubstanciado no processo especial de revitalização consoante o artigo 17º-A do CIRE. Entretanto, no tocante à insolvência, é dever do devedor comerciante requerer sua declaração judicial no prazo e condições do artigo 18º do CIRE. (LEITÃO, 2015, p. 69-81)

17. *www.dgsi.gov.pt*. Acesso em: 13/03/2018.

18. *www.dgsi.gov.pt*. Acesso em: 13/03/2018.

19. CAEIRO, 1999, p. 438.

20. Afinal, apenas é punível por negligência os casos em que haja previsão específica na lei conforme os diâmetros do artigo 13º do CP. Não sendo essa a situação do artigo 228º do CP o mesmo apenas é punível por dolo.

21. MALAFAIA, Joaquim. A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, jan.-mar. 2001, p. 247.

22. Nota-se que a faculdade do devedor requerer um procedimento de recuperação consubstanciado no processo especial de revitalização consoante o artigo 17º-A do CIRE. Entretanto, no tocante à insolvência, é dever do devedor comerciante requerer sua declaração judicial no prazo e condições do artigo 18º do CIRE. (LEITÃO, 2015, p. 69-81)

SANTOS, Mariana Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes semelhantes da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

o devedor que não a requerer. Ademais, é uma norma penal por demais ampla que contraria ambos os princípios constitucionais da legalidade e da necessidade da lei penal, respectivamente constantes no artigo 29º e 18º da Constituição da República Portuguesa^{23, 24}.

Por fim, a despeito da ampla pesquisa jurisprudencial realizada²⁵, não foi possível encontrar nenhuma decisão que envolvesse a incriminação de insolvência negligente em quaisquer das instâncias ou tribunais portugueses.

Nesse sentido, conclui-se pelo questionamento sobre a real necessidade de incriminação dessa conduta, ainda que apenas a de cunho constitucional (conforme na alínea d) do artigo 228º do CP.

2.3. Favorecimento de credores

A incriminação do Favorecimento de Credores a partir do artigo 229º do CP objetiva penalizar o devedor que, com mais de um credor, conhecendo a sua insolvência ou prevendo a eminência desta, não realizar o rateio proporcional entre todos ao praticar uma das seguintes condutas consistentes na realização de prestações incongruentes: (1) solver dívidas ainda não vencidas; (2) solver dívida de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais (o que deve implicar em diminuição real do patrimônio do devedor); ou (3) der garantias para dívidas às quais não era obrigado.

Para a análise do tipo objetivo desse crime, de relevância a análise feita em primeira instância e tratada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de junho de 2011, referente ao Processo 127/2007. Nesse acórdão, acertadamente, concorda-se com os pressupostos processuais objetivos do favorecimento de credores conforme analisado pela primeira instância, porém, a partir da reanálise probatória, pronunciam-se os arguidos e modifica-se a decisão inicial que determinou o arquivamento do inquérito.

Conforme a primeira instância, os arguidos deviam ser inocentados da acusação, de conscientes de sua insolvência e com intenção de favorecer credores que não haviam reclamado anteriormente seus créditos em sede executiva, terem solvido a dívida de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores ao

23. É uma norma sem critérios específicos para a determinação do tipo objetivo: o que seria requerer em tempo? E qual providência de recuperação é referida?
24. Cf. CAEIRO, op. cit., p. 443; CAEIRO, 2013, p. 542-543; e MALAFIA, op. cit., p. 247
25. Nos termos da nota de rodapé número 1

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes

insolvenciais da lei de recuperação e falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

realizarem a dação em cumprimento de um prédio urbano com ostensivo valor arquitectónico e patrimonial.

Conforme analisado pela sentença, para o preenchimento do tipo objetivo do favorecimento de credores é necessário que o devedor, ciente de sua situação de insolvência ou eminentemente insolvência e visando favorecer um ou mais credores em detrimento dos demais, obrigatoriamente realize uma de três situações: (1) pagamento de dívidas não vencidas; (2) solvência de dívidas por modo diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais; ou (3) prestação de garantias às quais não era obrigado.

Nesse sentido, consoante o argumento da sentença, havia escritura pública outorgada em Cartório Notarial que provava a realização de um contrato de dação em cumprimento que estabelecia o pagamento parcial por meio da dação do referido imóvel urbano. Ademais, que não houve prova em contrário no sentido de que a dívida não seria vencida, elemento essencial para a configuração do elemento objetivo do tipo penal.

Em relação à segunda possibilidade para configuração do tipo objetivo, qual seja, a de solvência de dívidas por modo diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, a sentença baseia-se tanto na doutrina, a partir da referenda do já citado Comentário Conimbricense do Código Penal, como em jurisprudência anterior, a fim de provar que, mais do que o pagamento em modo diferente que dinheiro ou valor usual, o que se necessita para a configuração desse elemento objetivo do crime é uma diminuição real do patrimônio tal como ele foi definido²⁶.

Dessa forma, considerando que o imóvel referido foi entregue por um valor de 150.000,00 Euros, enquanto seu valor patrimonial, ainda que subavaliado, configuraria o montante de 44.013,26 Euros, não há, de modo algum, perda patrimonial resultante com esse pagamento, o que impede a configuração desse elemento objetivo do crime.

Por fim, a sentença, eliminando as primeiras duas alternativas para configuração do tipo objetivo, analisa a terceira ("prestação de garantias a que não era

26. Dessa forma pronuncia-se o Tribunal da Relação de Guimarães no Processo 669/05.OTA-BCL. IGL publicado em 22.02.2012 em [www.dgsi.pt]: "O devedor em risco de insolvência não está obrigado a, se pagar a um credor, pagar a todos. Ou, se pagar parcialmente uma dívida, pagar na mesma proporção todas as dívidas que tiver. A solvência de dívidas de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais prevista no art. 229º nº1 do C. Penal pressupõe uma diminuição do 'património líquido' do devedor, globalmente considerado. [...] A venda de um bem pelo valor real não acarreta diminuição do património, globalmente considerado, do vendedor, porque o valor do bem alienado é compensado pelo dinheiro recebido pelo preço" (grifo nosso).

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

obrigado") e conclui que, não havendo quaisquer provas ou indicações de que o arguido tenha constituído sobre o referido imóvel hipoteca ou qualquer outra espécie de garantia a favor dos credores supostamente beneficiados, afasta-se o preenchimento desse requerimento.

Além do não preenchimento de nenhuma das alternativas do crime de favorecimento de credores, a sentença aponta que os arguidos reconheceram a dívida para com a denunciante e referiram a existência de outros bens suficientes para pagamento do passivo. De modo que, em última análise, a credora denunciante não seria prejudicada e, tendo em vista o reconhecimento da dívida por parte dos arguidos, não havia sequer intenção de prejudicá-la.

São por esses argumentos que, inicialmente, o juiz responsável absolveu os arguidos e determinou o arquivamento do inquérito. Entretanto, após o devido recurso, o acórdão em questão reanalisou os fatos a fim de pronunciar os arguidos pelo crime de favorecimento de credores. Isso pois, segundo o acórdão, a análise jurídica do tipo penal realizada em primeira instância não estava incorreta, porém, ao deixarem de lado os fatos de que foi provada a inexistência de dívida reconhecida dos arguidos perante os credores que receberam o imóvel urbano por meio do contrato de doação e que os arguidos haviam feito um alargado ressarcimento de dívidas inexistentes perante essas pessoas e em prejuízo da credora reclamante, erroneamente deixou de pronunciá-los.

Dessa forma, percebe-se a importância da análise probatória no sentido de provar uma das três condutas objetivas capazes de configurar o favorecimento de credores. Ademais, ainda que reconhecida a dívida por parte dos devedores em relação ao credor supostamente prejudicado, o simples preenchimento da conduta objetiva do favorecimento de credores pressupõe a punição do devedor. De forma que se considerasse o patrimônio dos credores como único bem jurídico tutelado não haveria preenchimento do fato ilícito típico por inexistência de ataque ao bem jurídico, já que, existindo outros valores que pudessem solver a dívida reconhecida dos referidos credores, não haveria ataque ao bem jurídico.

3. OS CRIMES FALIMENTARES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Na legislação brasileira os crimes falimentares²⁷ são tratados entre os artigos 168^o e 178^o da própria lei concursal 11.101/2005, a Lei de Recuperação e

27 Na doutrina brasileira não há objeção para que os crimes da Lei de Recuperação e Falências sejam considerados de falências ou falimentares, nomeadamente porque o procedimento concursal brasileiro continua a adotar a falência como meio judicial de liquidação.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolventais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo, Ed. RT, outubro 2019.

Falências (LRF)²⁸. E, em razão da legislação brasileira apenas trazer os procedimentos concursais para comerciantes ("empresários ou sociedades empresariais", nos termos do artigo 1^o da LRF), os crimes falimentares tratam de situações que envolvem apenas a recuperação, judicial ou extrajudicial, e a falência desses comerciantes²⁹.

A semelhança da lei portuguesa, a LRF traz como condição objetiva de punibilidade, ou seja, pressuposto processual nos termos da lei penal portuguesa, a declaração judicial da recuperação ou da falência nos termos do artigo 180^o da LRF:

patrimonial nas situações que que não há mais viabilidade econômico-financeira necessária para a recuperação judicial ou extrajudicial (Cfr. MIGLIARI JUNIOR, Arthur. Os crimes falenciais no direito intertemporal. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005, p. 300; SARAIVA, Carlos Alberto; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise das disposições processuais e penais da lei de falências: considerações críticas e sugestões. *Revista Jurídica de Franca (SP)*, ano 9, n. 17, jul.-dez. 2007, p. 131; e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Dos crimes em espécie. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 568). Entretanto, considerando que assim como na legislação portuguesa a Lei de Recuperação e Falências adota como pressuposto processual a declaração judicial de falência ou recuperação, ambas situações dependentes de uma situação de crise e insolvibilidade do devedor, ainda que em níveis diferentes, adota-se aqui também a terminologia "crimes insolventais".

28. À despeito da localização dos crimes insolventais, os mesmos são de iniciativa privada do Ministério Público e são processados pela justiça criminal comum da jurisdição onde tenha sido decretada a falência ou concedida a recuperação judicial; com exceção do Estado de São Paulo, no qual, a partir da Lei de Organização Judiciária estadual, foi deslocada a competência para o próprio juiz civil responsável pela recuperação judicial ou falência.

29. De relevância para a compreensão dos crimes insolventais brasileiros uma análise dos conceitos básicos do procedimento concursal da LRF. É possível a recuperação judicial dos devedores que, em situação de crise econômico-financeira, comprovem a sua viabilidade econômica (Artigos 51^o e seguintes da LRF). Essa recuperação também pode ser realizada extrajudicialmente, ainda que de maneira dependente do juiz concursal (Artigos 161^o e seguintes da LRF). Nos casos de inviabilidade econômica ou financeira ou mesmo impossibilidade de recuperação judicial por não cumprimento dos requisitos do artigo 48^o da LRF a lei prevê a falência como procedimento de liquidação patrimonial (Artigos 75^o e seguintes da LRF). Por fim, que na Recuperação os bens ainda são do devedor, enquanto na falência os bens saem da esfera do devedor e passam a pertencer à massa falida (Cfr. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: BookSeller, 2003. t. 28, p. 32).

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolventais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Ademais, consoante o disposto no artigo 179º da LRF, são equiparados ao devedor ou falido, na medida de sua culpabilidade, os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato e de direito, além do próprio administrador judicial.

Entretanto, e como será analisado a seguir em específico, a legislação brasileira traz a possibilidade de incriminação de atos realizados em variados momentos processuais. Em crimes específicos como o de fraude a credores e favorecimento de credores, respectivamente nos artigos 168º e 172º, é possível que a execução ocorra antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência; em outros como a divulgação de informações falsas, disposto no artigo 170º da LRF, a execução é limitada ao procedimento judicial de recuperação.

Ademais, a Lei de Recuperação e Falência prevê crimes insolventais que incriminam a conduta não só do devedor, como também dos credores, administrador judicial e demais sujeitos e participantes processuais do procedimento concursal.

Para uma melhor visualização dessas conclusões faz-se necessária uma análise, ainda que não aprofundada, dos tipos penais da LRF. São crimes insolventais perante a legislação brasileira: (1) ato fraudulento que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores com o fim de obter vantagem ilícita para si ou outra pessoa, antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência – artigo 168º LRF; (2) violação de sigilo empresarial que conduza a situação concreta de inviabilidade econômica ou financeira³⁰ – artigo 169º LRF; (3) a divulgação de informação falsa sobre o devedor em recuperação judicial, seja para conduzi-lo à falência ou obter vantagem – artigo 170º LRF; (4) induzir a erro o Juiz, Ministério Público, credores, administrador judicial e demais órgãos concursais durante o procedimento de recuperação ou falência – artigo 171º da LRF; (5) favorecer credores em prejuízo dos demais, antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência, por atos de disposição patrimonial ou geradores de obrigação, sendo, nessas situações, também condenado o credor beneficiado – artigo 172º da LRF; (6) apropriar, desviar ou ocultar bens do devedor em recuperação ou da massa falida, ainda que por pessoa interposta – artigo 173º da LRF; (7) adquirir ou usar ilícitamente bens do devedor ou da massa falida ou induzir terceiros a essas condutas – artigo 174º da LRF; (8) habilitar créditos ou reclamações falsas na recuperação ou na falência – artigo 175º da LRF; (9) exercer

30. Inviabilidade econômica ou financeira é o critério para decretação da falência, possibilidade de superação da crise.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolventais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

atividade para o qual foi inabilitado ou incapacitado durante o procedimento concursal – artigo 176º da LRF; (10) adquirir bens do devedor ou da massa falida ou entrar em especulação de lucro caso tenha atuado nos processos e seja qual-quer um dos sujeitos processuais – artigo 177º da LRF; e (11) omissão dos documentos de escrituração contábeis obrigatórios, antes ou depois da declaração judicial de recuperação ou falência – artigo 178º da LRF.

Por conseguinte, são visíveis tipos penais que tutelam condutas diversas e com níveis variados de punibilidade. Por exemplo, protege-se o patrimônio dos credores por meio da persecução penal do favorecimento de credores, similarmente à legislação portuguesa, mas também são garantidos os bens do devedor em recuperação e da massa falida no caso da falência a partir dos artigos 173º, 174º e 177º da LRF.

4. PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA ENTRE AMBOS OS SISTEMAS. É POSSÍVEL UMA COMPARAÇÃO?

A primeira divergência nítida entre as legislações portuguesa e brasileira deriva do âmbito de incidência dos tipos objetivos. Os crimes insolventais previstos nos artigos 227º, 228º e 229º do CP português limitam-se a tutelar condutas que gerem a situação de insolvabilidade e, no caso do favorecimento de credores, venha a favorecer um ou mais credores em detrimento dos demais; sempre, entretanto, com o pressuposto processual de haver sido declarada judicialmente a insolvência. Por outro lado, os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira constituem um catálogo incriminador muito mais largo: prevêm a tutela penal não só para atos posteriores à declaração judicial de recuperação e falência, como também para alguns anteriores; punem atos que implicam na situação de insolvabilidade, como também atos cuja relevância é existente apenas em decorrência do próprio processo concursal cível, como é o caso da incriminação da indução ao erro, da habilitação ilegal de créditos e do exercício ilegal de atividades, respectivamente tuteladas nos artigos 171º, 175º e 176º da LRF.

Outra desarmonia clara entre os sistemas de crimes insolventais é em relação aos sujeitos ativos punidos em ambos os casos. Em Portugal, os procedimentos de insolvência são aplicáveis tanto para comerciantes quanto para não comerciantes, enquanto no Brasil há uma nítida especificação que limita o procedimento concursal aos empresários e sociedades empresárias. À despeito dessa diferença e da consequente possibilidade de incriminação de civis em Portugal, entretanto, não foi possível encontrar nenhuma jurisprudência que, concretamente, tratasse da responsabilização penal de não comerciantes por qualquer um dos crimes insolventais.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolventais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Dessa forma, enquanto os crimes insolvenciais portugueses limitam-se a criminalizar as condutas dos devedores ou, no caso da insolvência dolosa, de tentarem burlar as condutas dos credores ou em seu benefício, os crimes insolvenciais queizam com conhecimento do devedor ou em seu benefício, mas também a de certos brasileiros abrangem não somente a figura dos devedores, mas também a de credores, demais sujeitos processuais e, de modo amplo, quaisquer envolvidos no procedimento concursal que atuem nos termos dos artigos 171º, 173º e 174º da LRF, por exemplo.

A exigência da declaração judicial da insolvência, no caso do Código Penal português, e da recuperação ou falência, no caso da LRF brasileira, é ponto em comum entre ambas as legislações. Esse fato, entretanto, nada mais é que decorrência direta dos crimes insolvenciais, os quais, em qualquer das legislações, dependem de um procedimento concursal para ocorrer.

Entretanto, se na lei brasileira os crimes falimentares são claramente aplicáveis aos processos de recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, e de falência do empresário ou sociedade empresária, na legislação portuguesa não há respaldo para tanto. Afinal, é pressuposto processual dos crimes insolvenciais dos artigos 227º, 228º e 229º do Código Penal português a declaração judicial da insolvência, a qual tem como efeito o procedimento concursal de liquidação de bens do devedor que se encontra na situação real de insolvência. Dessa maneira, fica de fora do âmbito de incidência desses crimes insolvenciais o procedimento de revitalização previsto nos artigos 17-A e seguintes do Código Penal, para o qual não há a declaração judicial de insolvência dado que o devedor apenas está em situação econômica difícil ou situação de insolvência meramente eminentemente. Em comum, também, é relevante notar a ausência de responsabilidade penal da pessoa coletiva, seja para os crimes insolvenciais portugueses, seja para os brasileiros da LRF, já que ambas as legislações incriminam as pessoas físicas que de fato atuam conforme os tipos insolvenciais³².

31. ESTEVES, Maria; AMORIM, Sandra. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 4. ed. Porto: Vida Económica, 2015. p. 75-76; 106-109; e LEITÃO, Luis. *Me Livraria Almedina*, 2015. p. 69-71).
32. Entretanto, apesar dessa semelhança, há uma divergência primária entre a responsabilidade penal da pessoa coletiva nos dois ordenamentos jurídicos. No Brasil, apesar de haver legislação específica relacionada à matéria ambiental que prevê penas específicas para a pessoa jurídica (ente coletivo), a Constituição da República de 1988 continua a dispor por outro lado, em Portugal o Código Penal abre a possibilidade de responsabilização

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da lei de recuperação e falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Ademais, ambas as leis penais insolvenciais portuguesa e brasileira incriminam o favorecimento de credores, evidenciando a relevância dessa tutela penal. Com a diferença que, novamente, a lei penal brasileira mostra-se mais gravosa ao tutelar o favorecimento de credores praticado também antes da declaração judicial de recuperação e falência: prever uma modalidade mais ampla de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, ao passo em que a lei portuguesa discrimina os três tipos de condutas que possam causar o favorecimento de credores; e, por fim, ao incriminar não só a pessoa responsável pelo favorecimento, mas também o credor que foi beneficiado em detrimento dos demais.

Portanto, para a questão: em razão de diferenças tão claras entre essas legislações, principalmente as divergências de caráter básico normativo relacionadas aos tipos objetivos e subjetivos, será possível realizar essa comparação no que concerne o bem jurídico tutelado por estas normas penais?

5. O BEM JURÍDICO TUTELADO

Como já analisado, os crimes insolvenciais na legislação portuguesa criminalizam três modalidades de ação, duas delas referentes especificamente ao prejuízo de credores. Em primeiro lugar, são criminalizados os atos de diminuição real ou factícia do patrimônio com a intenção de prejudicar os credores e caso gerem a situação de insolvência. Em segundo lugar, criminaliza-se a criação da insolvência por atos dolosos de gastos imprudentes³³. E, por fim, é criminalizado o favorecimento de um credor ou mais em detrimento dos demais em uma situação de insolvência conhecida ou provável.

Dessa forma, justifica-se a indução de que é protegido o patrimônio como bem jurídico. Em primeiro lugar pelo fato dos crimes insolvenciais estarem

penal do ente coletivo a partir das previsões em seu artigo 11º, sendo a opção pela não responsabilização do ente coletivo uma exceção à regra do Direito Penal Empresarial, em razão da natureza do crime e ao possível desfecho de liquidação do patrimônio jurídico – que impediria a real responsabilização da empresa (SOUZA, Susana Aires. Os crimes insolvenciais. *Revista do Direito da Insolvência*, n. 1, abr. 2016, p. 49-50).

33. É dessa forma que a doutrina trata que o desenho dos tipos insolvenciais foi realizado em torno de duas figuras: a do comerciante malicioso, que esconde seus bens dos credores, ou seja, locupletar-se à custa dos credores ao não adimplir suas dívidas e fingir estar “quebrado” e a do mau comerciante, o qual deixa de pagar por incompetência ou inabilidade. Figuras estas que dizem respeito, respectivamente, aos crimes de insolvência dolosa e insolvência negligente (CAEIRO, 1999, p. 402).

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da lei de recuperação e falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

sistematicamente localizados no Título II, "dos crimes contra o patrimônio", Capítulo IV, "dos crimes contra direitos patrimoniais" do Código Penal português³⁴. Em segundo lugar, porque é de fato possível vislumbrar a proteção do patrimônio dos credores com a incriminação da insolvência dolosa, insolvência negligente e favorecimento de credores³⁵; busca-se incriminar a conduta dos devedores – para além do terceiro no caso específico da insolvência dolosa – que agem de forma a criar ou agravar sua insolvência, diminua seu patrimônio e busquem favorecer um ou mais credores em detrimento dos demais na situação em que haja um processo concursal de insolvência nos termos do CIRE – em razão da declaração de insolvência existir como um pressuposto processual³⁶⁻³⁷.

34. Sobre a relevância sistemática dos tipos penais do Código Penal português, escreve a nsa Frazão Beteza após a revisão de 1995 no sentido de que a sistematização dos crimes revela que os capitulos seguintes são subordinados aos primeiros e, para mais, é criada uma "tendência juridicamente nefasta" em subordinar os crimes patrimoniais fora do Código Penal aos que se encontram neste código; fato que, segundo a autora, "fragiliza ainda mais a já por si pouco consistente unidade sistemática do Direito Penal". Entretanto, não nega que a sistematização dos crimes contra o patrimônio, apesar "de uma de entre muitas possíveis [e] fundamentalmente baseada no bem jurídico protegido" (BELEZA, Teresa Frazão. Os crimes contra a propriedade após a revisão do Código Penal de 1995. *Estudos monográficos*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996. p. 43-53). Dessarte, integral o patrimônio como bem jurídico protegido pelos crimes insolvências e que, apesar disso, a sistematização dos crimes portugueses possui algumas brechas interpretativas que podem prejudicar a noção de qual o bem jurídico protegido e a relevância dos crimes em relação aos demais do próprio Código Penal e aos que se situam em leis esparsas.

35. Não se trata de apontar a ausência de consenso doutrinário sobre o bem jurídico tutelado por este crime insolvencial; se é apenas o patrimônio dos credores ou se é um bem patrimonial mais amplo, relativo ao interesse público do princípio da *par conditio creditorum* (CAEIRO, op. cit., p. 446). Afinal, o crime de favorecimento de credores tanto protege a realização de prestações incipientes e impossíveis o pagamento proporcional de todas essas credores em favor de um, quanto tutela a *par conditio creditorum*, ou proporcional em relação aos créditos vencidos e reclamados (CAEIRO, op. cit., p. 448).
36. Relevantemente relembra que o conceito de patrimônio na doutrina portuguesa desenvolve-se a partir do crime de hurta e permite sua definição a partir de concepções como a jurídica (patrimônio é a soma dos direitos computáveis em dinheiro no sujeito), a econômica (e jurídica-econômica (patrimônio consiste em todas as posições sujeitas a valor pecuniário) e suplicas a valor pecuniário e que não sejam contrárias ao direito) e a jurídico-criminal (posições dotadas de vantagens econômicas devida pela pessoa e que devem ser tuteladas

Santos, Mariana Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas* vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Há também uma perspectiva mais ampla, e que se opõe à anterior, a partir da qual os crimes insolvenciais tutelariam a economia de crédito ou até a economia em geral, de modo a garantir mais que apenas a tutela do patrimônio dos credores³⁸. Entretanto, e a partir da análise feita sobre os crimes insolvenciais, concordamos com a solução dada por Susana Aires de Sousa para essa "aparente divergência". Para a autora, o legislador buscou proteger o prejuízo patrimonial causado aos credores em razão do devedor criar ou piorar o estado de insolvência; sendo que a tutela desse bem individual acaba por reforçar a confiança no sistema creditício e, com isso, no sistema econômico, de maneira a expandir-se a tutela mediata dos crimes insolvenciais³⁹.

Essa parece ser a melhor solução, posto que os crimes insolvenciais abrangem não só situações que de fato causem prejuízo aos credores, mas também aquelas que apenas criem o estado de insolvência a partir do tipo da insolvência negligente. Ademais, parece ingênuo acreditar em um bem jurídico único ao ser considerado o contexto multifacetado da insolvência⁴⁰. Assim, mesmo que a norma

pelo Direito penal), além da personalíssima adotada por Pedro Caetano. De acordo com esta última, e conforme proposto por Pedro Caetano, os crimes insolvenciais protegeriam o patrimônio do credor a partir de um viés personalista do patrimônio, ou seja, de que este consiste na posição vantajosa consubstanciada na relação entre o sujeito e o bem, excluindo-se as demais pessoas. Justifica-se essa visão do patrimônio sob uma perspectiva subjetiva em razão do fato de que as coisas apenas possuem relevância jurídica enquanto fonte de interesse humano, ainda que apenas potencial, não sendo possível visualizar um valor ontológico das coisas sem uma pessoa que lhe confira tal valor. Dessa forma, à despeito da relevância da teoria acerca do significado de patrimônio, em razão do objeto específico deste trabalho não serão tratadas estas concepções com maior pormenor (CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 63 e ss.).

37. *Ibidem*, p. 63 e ss.
38. PALMA, Maria Fernanda. Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1995, p. 402; e LEITÃO, Luís Menezes. *Direito da insolvência*. Coimbra: Livraria Almedina, 2012. p. 359.

39. SOUSA, 2016, p. 48.

40. Entretanto, há de notar que para os que entendem que os crimes insolvenciais tem como bem jurídico tutelado o patrimônio dos credores, o justificam também em razão da existência da declaração judicial da insolvência como pressuposto processual. Afinal, só irá haver declaração judicial da insolvência a partir de requerimento dos credores, de maneira que o bem jurídico tutelado pelos crimes insolvenciais não poderia ser mais do que um individual consistente no patrimônio dos próprios credores. Não obstante, e como

Santos, Mariana Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas* vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

penal possuísse apenas como objetivo original a tutela do patrimônio dos credores, acaba que se busca evitar a criação de insolvência por um devedor mal-intencionado e, dessa forma, protege-se também o próprio sistema econômico, em especial nos casos de devedores comerciantes⁴¹.

De acordo com essa linha argumentativa, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09 de novembro de 2010, referente ao Processo 1699/09-8⁴². Trata-se um caso no qual a própria devedora insolvente alega a ocorrência de fatos praticados por terceiros que a teriam levado a uma situação de pré-insolvência. Conforme aludido no acórdão, a devedora faz referência a um crime não insolvencial – o de usura – e que, por isso, não poderia acionar o mecanismo do artigo 297º do Código de Insolvência e da Recuperação Judicial (CIRE), ou seja, o de indução de infração penal.

Inicialmente, é apontado no acórdão que os crimes insolvenciais dos artigos 227º a 229º do Código Penal não tem como fim mediato a proteção dos direitos patrimoniais dos credores do insolvente, mas sim um objetivo mais abrangente relativo às atuações lesivas da economia do crédito ou até da economia geral, resultantes de comportamentos determinados do devedor ou de terceiros que atuem no seu interesse⁴³.

é desenvolvido na pesquisa, compreende-se que a norma penal pode ter um alcance concreto protetivo maior do que o patrimônio dos credores. Não é porque os crimes insolvenciais dependem da declaração judicial civil da insolvência que se limitam a tutelar os interesses dos credores, esse pressuposto processual, em realidade, é mais uma limitação dos crimes insolvenciais à situação jurídica de insolvência para evitar a tutela de casos de insolvibilidade real sem concreta danosidade (CAEIRO, op. cit., p. 189)

41. Afinal, considerando que a insolvibilidade do devedor não comerciante não acarreta perigo tão grande à sociedade e à economia já que está excluído do recurso sistemático ao crédito, de praxe para os comerciantes, há uma atuação bastante reduzida dos devedores civis nos tipos penais falenciais. Fato que, não só condiz com o âmbito da tutela dos crimes insolvenciais portugueses, como também com a impossibilidade de se encontrar jurisprudência nesse sentido (CAEIRO, 1996, p. 242).
42. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33181c732316039802565fa00497ccc/60a9605473a935bd802577ed003b1b207?OpenDocument. Acesso em: 19.02.2018.
43. Ademais o acórdão traz a discussão importante, ainda que não essencial no escopo desta pesquisa, que a lei penal é clara ao estabelecer como condição objetiva de punibilidade que ocorra a situação de insolvência e que esta seja reconhecida judicialmente, sendo que o sujeito ativo dos tipos penais insolvenciais é limitado a figura do insolvente (do Deusa maneira, não seria concebível a punição de atos de terceiros que sejam dirigidos contra o interesse do devedor insolvente conforme alegado pela recorrente.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes

afinidades da lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminas vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

sendo que, e já passando a tratar do bem jurídico tutelado na legislação brasileira, essa conclusão é essencial para o entendimento dos tipos insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências.

Conforme já analisado, em decorrência da tutela ampla e gravosa dos crimes insolvenciais pela legislação brasileira, que, ao contrário da portuguesa, não se limita a incriminar atos que levem à insolvência ou que, em razão de uma situação de insolvência concreta já existente ou em eminência, objetivem prejudicar credores em detrimento dos demais, não permite que se pense no patrimônio dos credores como único bem jurídico protegido.

Portanto, ao contrário dos crimes insolvenciais portugueses em que o bem jurídico tutelado é bem delineado e voltado a criminalizar a conduta dos comerciantes maliciosos ou maus, além do favorecimento de credores, parece que a legislação brasileira busca proteger a preservação da empresa como um todo a partir da garantia de que o processo concursal, seja ele de recuperação ou de falência, ocorra da melhor maneira possível para todos os interesses envolvidos.

Essa conclusão é relacionada ao próprio procedimento concursal brasileiro: com o procedimento de recuperação, visa-se mais do que a mediação de interesses entre devedor e credores, mas também a preservação da empresa como um ente de responsabilidade e funções sociais⁴⁴, cuja dissolução afetará não só seus credores, mas também os trabalhadores, consumidores e a sociedade como um todo⁴⁵. E, na falência, a despeito da inviabilidade econômico-financeira da empresa, deve-se garantir o menor dano possível ao sistema comercial a partir de um procedimento de liquidação que otimize os bens e os recursos produtivos e intangíveis da empresa, de modo a preservar a maior riqueza patrimonial possível da empresa⁴⁶⁻⁴⁷.

44. Apesar de tratarmos da responsabilidade social e função social da empresa, não se trata da responsabilidade penal da empresa. Isso pois, como será melhor analisado posteriormente, não há responsabilidade criminal do ente coletivo em nenhuma das duas legislações penais estudadas.
45. Nesse sentido dispõe o artigo 47º da LRF: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo a atividade econômica".
46. Consoante o disposto no artigo 75º da LRF: "a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa".
47. PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco. A. S. A. de Moraes Piombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 73-78.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes afimidades da lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminas vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Assim, nos crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falência é possível compreender a existência e composição desses variados interesses, seja de *shareholders* exclusivamente, seja dos *stakeholders* de uma maneira geral⁴⁸, com o fim de manter o funcionamento da sociedade empresária e superar a crise ou, no caso de uma falência, de valorizar o máximo possível os ativos da empresa em questão a fim de adimplir a dívida existente.

Nesse sentido, há a criminalização: de atos fraudulentos que resultem ou possam resultar em prejuízo a credores e vantagem indevida a quem os pratica ou a outrem (artigo 168º da LRF); da sonegação ou omissão de informações falsas nos procedimentos da Lei com o fim de induzir a erro quaisquer dos envolvidos (artigo 171º da LRF); de atos destinados a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais (artigo 172º da LRF). Pretende-se coibir atos que prejudiquem um ou mais interesses e promover os procedimentos de recuperação judicial e falência de uma maneira em que os variados interesses sejam compostos da melhor maneira possível, sempre tendo em vista o princípio da preservação da empresa consoante às próprias disposições da lei civil concursal⁴⁹.

Ou seja, a intervenção do Direito penal no meio econômico, e aqui mais especificamente por meio da LRF, pode ser vista não somente como um meio de tutelar os diversos interesses conflituosos da falida ou recuperanda (trabalhadores e credores diversos), mas sim o próprio mercado em que a sociedade empresária está inserida⁵⁰.

48. Os *stakeholders* podem ser definidos como indivíduos ou grupos que são afetados positiva e negativamente e que têm seus direitos respeitados ou violados pelas ações das corporações não se limitam somente a seus donos, sócios e acionistas, mas também abrangem os administradores, fornecedores, trabalhadores, consumidores e, com especial ênfase para a relevância da pesquisa científica, a comunidade local. A partir desse conceito é possível notar a variedade dos agentes afetados por uma corporação, especialmente quando em estado de insolvência, no qual a instabilidade financeira da empresa é transferida para seus *stakeholders*: trabalhadores que perdem seus empregos ou salários e fornecedores e outros credores que restam com seus créditos inadimplidos. Sendo a empresa peça central desse organismo, a qual interessa manter como um centro de equilíbrio econômico-social posto sua responsabilidade social frente a todos os agentes da sociedade lesionados por sua insolvência, os chamados *stakeholders* (FERREMAN, R. Edward. *Stakeholder theory of the modern corporation*. Perspectives in business ethics site. 2001. v. 3. p. 147-149).

49. Nesses termos o artigo 47º da LRF.

50. Nessa perspectiva, Vercosa, doutorador societário brasileiro, traz que a "estabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado e a presença de riscos significativos prejudica ou até mesmo impede a realização de operações". De

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Portanto, temos um âmbito de proteção muito mais amplo nos crimes insolvenciais da legislação brasileira que torna possível a conclusão por um bem jurídico tutelado maior que o patrimônio dos credores e que a economia apenas como um bem jurídico protegido "em sequência". Temos, portanto, a conclusão – ainda que breve e parcial⁵¹ – de que os crimes insolvenciais da Lei de Recuperação e Falências têm como bem jurídico direto a ocorrência sem grandes obstáculos dos procedimentos concursais de recuperação e falência e, por consequência, a garantia do sistema econômico no qual a empresa está inserida.

5.1. Notas sobre a sistematização e nomenclatura dos tipos penais insolvenciais e falimentares

Para além da percepção de qual o bem jurídico tutelado, este trabalho traz a necessidade de se colocarem os seguintes questionamentos: seriam estes crimes estudados, de fato, "insolvenciais" ou "falimentares"? Qual seria a razão para sua nomenclatura e quais seriam as consequências para sua sistematização?

Em Portugal os chamamos de insolvenciais não por sua sistematização, já que se encontram tipificados no próprio Código Penal, mas sim por sua unidade prática de tratarem de situações que levam à insolvência, seu agravamento ou, em razão dessa insolvibilidade, causem prejuízo à credores. Assim, a sistematização dos crimes insolvenciais portugueses teria mais a ver com o bem jurídico tutelado, ainda que apenas o imediatamente protegido: ou seja, o patrimônio.

Por outro lado, os crimes falimentares brasileiros seriam assim nomeados não por uma unidade dos tipos objetivos tutelados, mas sim em razão de sua sistematização

maneira que cabe ao direito, por meio de seu poder coercitivo, fazer com que os agentes econômicos atuem no sentido desejado ou penalizar os que não fizerem (VERGOSA, Hanielton Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de rollo Malheiros Duclerc. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e empresas e da falência*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 82-83). Também nesse sentido, Penteadado explicita que embora seja próprio do instituto da falência conduzir à dissolução e extinção da atividade empresária, deve ser obedecida a "lógica do capitalismo", para que a falência tenha o menor dano possível a esse sistema econômico. Assim, o procedimento de liquidação deve ser realizado de maneira a otimizar os bens, ativos, recursos produtivos e os intangíveis, permitindo não só a preservação de toda a riqueza patrimonial da empresa, e melhor atendimento aos interesses dos credores a partir da maximização dos valores que serão partilhados (PENTEADADO, 2007, p. 77-78).

51. Dependente de um aprofundamento em trabalho próprio, que não voltado ao estudo comparado, ainda que parta dessa mesma metodologia comparada.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

zação no seio da Lei de Recuperação e Falências. Afinal, como estudado, os crimes falimentares incriminam condutas que vão desde a agravação da insolvência, o prejuízo aos credores em uma insolvência, até o exercício de atividade empresarial para o qual o devedor tenha sido inabilitado no próprio procedimento concursal e a não escrituração contábil obrigatória. Ou seja, a legislação brasileira inclui como falimentares condutas criminosas que não se vinculam estritamente à causação ou agravação da insolvência como na lei portuguesa, a qual, por sua vez, não deixa impune tais condutas – apenas as trata em modalidade diferenciada e não como crimes insolvenciais por si⁵².

Dessarte, o fato de se chamarem crimes falimentares, no caso brasileiro, é mais a ver com sua sistematização e o fato de lidarem com condutas que ocorrem em razão e durante os procedimentos de recuperação e falência, do que com a conduta de gerar a falência pelo devedor. Enquanto a legislação portuguesa os preferiu nomear em razão dos três tipos insolvenciais terem uma conduta típica com o elemento em comum consubstanciado na conduta do devedor e sistematizá-los em torno do bem jurídico tutelado.

O ordenamento jurídico italiano está em consonância com o tratamento dos crimes falimentares no Brasil, apesar de possuir uma melhor – em nossa singela visão – sistematização. Os crimes falimentares também se encontram dentro da Lei Falimentar italiana (*la Legge Fallimentare* ou *Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267*) e estão separados em capítulos: no primeiro encontram-se as condutas criminosas praticadas pelo falido e no segundo estão previstos os crimes cometidos por outras pessoas (como é o caso do artigo 239º, que pune o administrador da falência que assumir interesse privado em qualquer ato da falência). É em razão dessa similaridade que a doutrina italiana apona no sentido da variedade de bens jurídicos protegidos por seus crimes falimentares: pretende-se a proteção do crédito envolvido no procedimento concursal, da economia pública e a correção da execução do procedimento falimentar^{53, 54}.

52. Nesse sentido, é punido pelo artigo 375º do CP por peculato, o funcionário que se apropriar ilegítimamente de dinheiro ou coisa móvel ou imóvel que lhe tenha sido entregue em função de suas funções e esteja na sua posse ou lhe seja acessível, a semelhança do crime falimentar de aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens do artigo 174º da LRF brasileira.
53. Como por meio dos crimes falimentares voltados para a figura do curador, o administrador da falência, e seus condutores nos artigos 228º e 229º da *Legge Fallimentare* e do tipo penal do artigo 333º que pune o credor que acorda com o falido ou demais pessoas, em interesse do falido, sobre voto na composição da comissão de credores ou deliberações (Org.) et al. *Fallimento e altri proceduri concorsuali*. Torino: UTET giuridica, 2009. p. 197º.
54. SANDRELLI, Giangiacomo. *Disciplina penale e processuale*. In: FAUCIPELLA, Giuseppe. *Alimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas* vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

Por conseguinte, visualizam-se – a partir dos ordenamentos jurídicos estudados neste trabalho – duas opções legislativas possíveis para a incriminação de delitos falimentares – ou insolvenciais – baseadas em um primeiro lugar na sistematização, ou seja, se estão localizados no Código Penal geral ou se na própria lei concursal de modo disperso; e, em segundo lugar, pela opção da criminalização de condutas que protejam o próprio procedimento civil da falência, ou até mesmo da recuperação judicial, como nos casos brasileiro e italiano.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira conclusão possível e referente à falta de jurisprudência sobre os crimes insolvenciais em Portugal, a qual resulta na impossibilidade de visualizar, nos uma pessoa não comerciante como sujeito ativo de um crime insolvencial, na inexistência real do crime de insolvência negligente e a falta de pronunciamiento da jurisprudência acerca da inconstitucionalidade do n. 1, b), do artigo 228º.

Também, verifica-se a proteção em níveis do patrimônio dos credores e da economia em geral como bens jurídicos dos crimes insolvenciais portugueses, assim como a economia em geral, a proteção da empresa e do procedimento concursal no caso da legislação brasileira.

Nesses termos, em razão do estudo comparado percebe-se a opção brasileira por uma incriminação mais grave no cenário da recuperação e falência, a partir da previsão de tipos penais que envolvem mais que a proteção do patrimônio dos credores, mas a realização do procedimento concursal sem maiores impedimentos como a partir da proteção dos bens dos devedores em recuperação ou da massa falida.

Por fim, revela-se que a sistematização e a nomenclatura da criminalidade estudada possuem significados e possibilitam resultados diferentes. Em Portugal, os crimes insolvenciais estão dispostos entre os crimes patrimoniais no próprio Código Penal e assim nomeados insolvenciais em razão das condutas tuteladas girarem em torno da ocorrência da insolvibilidade. No Brasil, por outro lado, e à semelhança da legislação italiana, optou-se por sistematizar os crimes falimentares na própria lei concursal de recuperação e falência e incriminar condutas muito amplas que, muitas vezes, mais tem a ver com o próprio procedimento concursal do que a ação do devedor em relação à sua insolvibilidade; sendo nomeados, portanto, em decorrência de estarem todos vinculados ao procedimento concursal civil e não em razão das condutas que são incriminadas.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas* vol. 160, ano 27, p. 85-111. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

7. REFERÊNCIAS

- BELEZA, Teresa Pizarro. Os crimes contra a propriedade após a revisão do Código Penal de 1995. *Estudos monográficos*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.
- BRANCO, José Manuel. *Responsabilidade patrimonial e insolvência culposa (da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)*. Coimbra: Almedina, 2015.
- CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- CAEIRO, Pedro; VASCONCELOS, Miguel. As dimensões jurídico-privada e jurídico penal da insolvência (uma introdução). *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- CAEIRO, Pedro. Anotação aos artigos 227º, 228º e 229º do CP. *Comentário crítico-briçense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. II.
- DUTRA, Deo. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, 2016.
- ESTEVES, Maria; AMORIM, Sandra. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 4. ed. Porto: Vida Económica, 2015.
- FREEMAN, R. Edward. *Stakeholder theory of the modern corporation*. Perspectives in business ethics sie, 2001, v. 3.
- LEITÃO, Luis Menezes. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado. 8. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.
- LEITÃO, Luis Menezes. *Direito da insolvência*. Coimbra: Livraria Almedina, 2012
- MALFAIA, Joaquim. A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, p. 219-249, jan.-mar. 2001.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Os crimes falenciais no direito intertemporal. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, p. 300-335, 2005.
- PALMA, Maria Fernanda. Aspectos penais da Insolvência e da Falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1995.
- PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- PITOMBO, António Sérgio A. de Moraes. Dos crimes em espécie. In: SATIRO DE SOUZA JUNIOR, Francisco, A. S. A. de Moraes Pitombo (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003, t. 28.
- ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 23, n. 1, p. 7-43, 2013.

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

- SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- SANDRELLI, Giangiacomo. Disciplina penal e processuale. In: FAUCIGLIA, Giuseppe (Org.). et al. *Fallimento e altre procedure concorsuali*. Torino: UTET giurídica, 2009.
- SARAIVA, Carlos Alberto; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise das disposições processuais e penais da lei de falências: considerações críticas e sugestões. *Revista Jurídica de Franca*, ano 9, n. 17, p. 117-146, jul.-dez. 2007.
- SOUZA, Susana Aires. Os crimes insolvenciais. *Revista do Direito da Insolvência*, n. 1, p. 45-55, abr. 2016.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.); ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VERGOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e da falência. In: Luiz Fernando Valente de Paiva (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- O direito concursal português, de Sábriana Maria Fadel Becue – *RT* 951/155-184 (DIR/2014/209886); e
- Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português, de João Calvão da Silva e Frederico Viana Rodrigues – *RDB* 36/224-240 (DIR/2007/245).

Santos, Marina Oliveira Teixeira dos. Os crimes insolvenciais do Código Penal português e os crimes falimentares da Lei de Recuperação e Falências brasileira: uma comparação em torno do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, ano 27, p. 85-111, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

2019 - 04 - 15

Revista Brasileira de Ciências Criminais

REVISTA DOS TRIBUNAIS

This PDF Contains

**SOBRE AS MILÍCIAS, POR MARIELLE (A DESORDEM DAS CATEGORIAS
CRIMINOLÓGICAS DITAS “TRADICIONAIS” E OS PERIGOS PARA O ESTADO DE DIREITO),
p.RR-9.1**

Revista Brasileira de Ciências Criminais

2019

RBCCRIM VOL. 154 (ABRIL 2019)

CRIME E SOCIEDADE

SOBRE AS MILÍCIAS, POR MARIELLE (A DESORDEM DAS CATEGORIAS CRIMINOLÓGICAS DITAS “TRADICIONAIS” E OS PERIGOS PARA O ESTADO DE DIREITO)

2. Sobre as milícias, por Marielle (a desordem das categorias criminológicas ditas “tradicionais” e os perigos para o Estado de Direito)

About militias, for Marielle (the traditional yet disorganized criminological categories and the danger to the rule of law)

(Autores)

CLAUDIA CRUZ SANTOS

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. claudias@fd.uc.pt

CAIO CÉSAR DIAS SANTOS

Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. caiocesardiassantos@gmail.com

CAROLINA DE NOVAES UCHÔA

Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. carolinanuchoa@gmail.com

DÉBORA LETÍCIA TORRES DA SILVA

Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. deboraleticiatorres@gmail.com

LAÍS VIDIGAL MAIA

Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. laisvmaia@gmail.com

MARIANI BORTOLOTTI FIUMARI

Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. marianibfiumari@gmail.com

MARINA OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS

Sumário:

1.Introdução

2.O que são as milícias?

3.As milícias na interseção de duas categorias criminológicas

3.1.As milícias e o crime de colarinho branco

3.2.As milícias e o crime organizado

3.2.1.A globalização e o surgimento do crime organizado

3.2.2.A caracterização de crime organizado

3.2.3.As milícias como uma forma de organização criminosa sui generis

4.As milícias como ameaça ao Estado de Direito: do aumento da criminalidade aos entraves à persecução penal

5.Como lidar com isso?

5.1.Repensar a militarização das polícias

5.2.Repensar o modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico

6.Considerações finais: o Estado de Direito na mira do fuzil do miliciano

Referências bibliográficas

Área do Direito: Penal

Resumo:

Analisa-se o fenômeno das milícias no Brasil, confrontando as categorias criminológicas tradicionais com esta realidade brasileira. Conceitua-se o que são as milícias, quais os agentes envolvidos e as consequências para a comunidade dominada, na tentativa de demonstrar a origem destes grupos. Ponderam-se as categorias criminológicas do crime de colarinho branco e do crime organizado sob o enfoque das milícias e evidenciam-se os traços comuns e as especificidades da criminalidade das milícias. Ademais, reflete-se sobre os modos pelos quais as milícias ameaçam o Estado Democrático Social de Direito e põem em xeque a justiça penal. Por fim, consideram-se possíveis soluções para a reação social a esta manifestação criminal, tais como a desmilitarização das polícias e a descriminalização do consumo de drogas.

Abstract:

The purpose of this study is to analyze the militia phenomenon in Brazil, aiming to create a new criminological category that best fits the Brazilian reality. In the first moment it is conceptualized what militias are, who are the agents involved and the consequences for the dominated community, in an attempt to demonstrate the origin of these groups. Furthermore, militias and the criminological categories of white-collar crime and organized crime are confronted, in order to punctuate aspects regarding the modus operandi and the characters involved in these groups, to construct the concept of the militia. Moreover, it is analyzed how the militias, due to their origin, threaten the Social Democratic State of Law and put in check the egalitarian criminal persecution. Finally, the work aims to find possible solutions to the problematic that involves this new criminological category, such as the demilitarization of the police and the change in the legal treatment of drugs.

Palavras-Chave: Milícias – Crime de colarinho branco – Crime organizado, Estado de Direito –

Desmilitarização das polícias – Política de estupefacientes

Keywords: Militias – White collar crime – Organized crime – State of Law – Demilitarization of the police – Drug policy

1. Introdução

A notícia dos assassinatos de Marielle Franco e de Anderson Gomes chegou-nos a meio de uma manhã de aulas na Faculdade de Direito de Coimbra e esse dia de fim do inverno europeu, que já era frio, tornou-se subitamente gelado. Num primeiro momento, não queríamos acreditar. Sabíamos do impressionante número de cerca de 60.000 homicídios registrados no Brasil em cada um dos anos anteriores¹ e não consideramos que algumas vidas valham mais do que outras mas, enquanto estudiosos das ciências criminais e, particularmente, da criminologia, compreendíamos que estes homicídios tinham um significado especial. Marielle Franco era vereadora do Rio de Janeiro e foi morta no Estácio, uma região central da cidade, por volta das 21 horas e 30 minutos, quando regressava de um debate com jovens negras ocorrido na Lapa, na Casa das Pretas. Um carro aproximou-se daquele em que seguiam a vereadora, o seu motorista e uma assessora, tendo sido feitos vários disparos de arma de fogo que provocaram a morte dos dois primeiros e deixaram ferida a terceira. Segundo fontes policiais, foram utilizadas munições que não podem ser vendidas a civis.

A vereadora tinha-se manifestado, poucos dias antes, contra o 41º Batalhão da Polícia Militar, de Acari, que ela considerava responsável por violações dos direitos humanos e pelas mortes de vários habitantes de comunidades desfavorecidas. É sabido que o Estado de Direito sobrevive apesar da existência de crime organizado. Cabe à justiça penal investigar e punir, de acordo com o devido processo legal. Mas se um Estado tolera milícias cujos integrantes sejam ainda agentes do próprio Estado, corre o risco de deixar de ser um Estado de Direito. Por uma razão simples: os agentes do Estado tornam-se bandidos e um Estado que os aceite reconhece a falência da sua justiça penal e aceita converter-se num “Estado-Bandido”. Se uma vereadora se manifesta publicamente contra crimes que ela diz serem praticados por policiais e é executada na sequência dessa tomada de posição, é preciso questionar se isto significa que o “Estado-Bandido” se está a rir nas barbas do “Estado-de-Direito-Fajuto”. É, num certo sentido, o mais absoluto atrevimento, o mais profundo despautério.

O processo criminal destinado à averiguação dos homicídios de Marielle Franco e de Anderson Gomes não está terminado, por isso não se podem identificar os responsáveis pelos crimes, apesar das profusas declarações públicas sobre a motivação política inerente a estas execuções. Seja como for, é inegável que Marielle Franco se vinha pronunciando contra actuações ilícitas de policiais militares e de milicianos, considerando que alguns daqueles policiais integravam milícias que ofendiam a vida, a integridade física ou o património de cidadãos brasileiros. O que também é certo é que Marielle Franco, parafraseando o título do livro de Cidinha da Silva, tinha dito: “Parem de nos matar”, referindo-se a um batalhão que tinha ficado conhecido como “batalhão da morte” E perguntara, pouco antes de ela própria ser morta: “quantos mais vão precisar morrer para que essa guerra acabe?”.

Este estudo é a nossa forma, enquanto estudiosos das ciências criminais que se preocupam com a proliferação das milícias no Brasil, de homenagearmos Marielle Franco e o seu propósito de defesa da vida e da dignidade humanas. Mas este estudo é também o resultado da convergência dos contributos de autores que, apesar de estarem em diferentes momentos dos seus percursos académicos e de não escreverem exactamente no mesmo português (tendo sido opção nossa preservar tais especificidades inerentes às partes escritas em português do Brasil e àquelas escritas em português de Portugal), compreendem que ser-se criminólogo pressupõe também que se assuma, em certos momentos, um compromisso com a história. O que, no caso, implica o propósito de contribuir para que a história do tempo que nos calhou viver seja escrita com mais respeito pelos direitos humanos.

2.0 que são as milícias?

O aumento do fenómeno da criminalidade reflete a incapacidade do Estado de se fazer

onipresente. Em um país tão extenso em fronteiras e desigualdade como o Brasil, essa carência se mostra evidente nas áreas mais marginalizadas – em especial as comunidades mais pobres – onde a exclusão social e a segregação espacial criam modos de vida e padrões de sociabilidade diferenciados nos quais a violência é uma ação em potencial².

Nas palavras de Beato e Couto³, a sociabilidade violenta nestas áreas, juntamente com a ausência e/ou ineficiência do poder público, perpetua uma situação em que é possível falar em uma estruturação preliminar de atividades criminosas: em uma etapa inicial, predomina o crime desorganizado por razões de conflitos interpessoais através da prática de pequenos delitos e atos de violência em territórios circunscritos, que evoluirão gradativamente para um incipiente comércio de drogas e formação de gangues; a segunda fase já se caracteriza por uma lógica econômica de competição de mercado em substituição à lógica anterior, com uso intensivo de armas de fogo e corrupção; por fim, surge uma terceira etapa marcada por ações de violência exacerbada, disputa de território, exibicionismo de poder bélico e expansão do mercado ilícito.

A ascensão da violência, portanto, enseja o surgimento de uma espécie de Estado paralelo. Isto é, no vácuo do poder do Estado, surgem grupos paramilitares – organização de pessoas armadas com estrutura semelhante à militar – que, tendo interesse em assumir o controle daquele território, tomam para si a suposta responsabilidade pela segurança da comunidade – ainda que não tenham sido escolhidos para tanto, e lhes falhe toda a legitimidade democrática – em um viés primitivo de promessa de justiça privada.

No entanto, prevalece a expressão popular de que *não existe almoço grátis*. Em troca da proteção compulsória, os grupos reivindicam um pagamento contínuo dos moradores e comerciantes de valores estabelecidos unilateralmente pelos próprios. Havendo objeção da comunidade, emprega-se violência. E conforme essa “prestação de serviços” vai se tornando lucrativa, também chama a atenção de membros externos àquela realidade, membros da própria administração pública. Nesse contexto complexo, têm origem as milícias.

Aqui reside um dos grandes diferenciais da formação das milícias: são, com frequência, originalmente formadas pelos próprios membros da comunidade, já vinculados ao tráfico de drogas e armas, com um falso pretexto de proteger a população de *grupos rivais*; para depois vir a incluir – ou melhor, *comprar* – a participação de militares, policiais civis, bombeiros, políticos e até mesmo grandes empresários.

Tudo se explica pela manutenção do ciclo lucrativo da ilegalidade. Para que os grupos consigam manter o controle do território e o tráfico dentro e fora daquela região sem a interferência do poder de polícia do Estado, precisam da colaboração de agentes e servidores públicos. Assim começa o envolvimento precípuo da polícia civil e militar⁴, que favorece o sistema em troca do recebimento de *propina*, chegando por vezes a fornecer armas e blindagem aos criminosos.

Conforme cresce o projeto criminoso, cresce o número de envolvidos, alcançando políticos⁵ e empresários que têm participação *oculta* no tráfico e em crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Tem-se, assim, formada uma extensa e perigosa organização criminosa que, inversamente do que pode parecer à primeira vista, pratica não só crimes grosseiros e violentos, mas também é responsável por uma criminalidade mais sofisticada, os chamados *crimes do colarinho branco*.

As milícias são um fenômeno relativamente novo na dinâmica criminal brasileira⁶ e, por isso, não existe um consenso sobre a sua definição. Em verdade, o termo foi cunhado para se referir à atuação de alguns grupos nas favelas do Rio de Janeiro no início do século, englobando grupos armados que detinham controle sobre o território. Contudo, alguns autores acreditam que tal definição é uma espécie de *eufemismo*, não sendo condizente com as ações criminosas praticadas⁷, pois que não incluía a referência à extorsão de membros da comunidade nem ao protagonismo dos policiais e outros membros da segurança pública nessa dinâmica ilegal de controle social.

Nesse passo, o sociólogo Ignacio Cano⁸ aponta cinco características principais de um grupo miliciano: i) o controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo

armado irregular; ii) o caráter coativo desse controle; iii) o ânimo de lucro individual como motivação central dos milicianos; iv) a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado, v) um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração da ordem. Também neste sentido, Beato e Couto⁹ destacam que: “a principal distinção das milícias é ter uma estrutura criminal totalmente voltada para a lógica econômica. A preocupação com a maximização dos lucros das milícias gera outra singularidade que é a organização quase empresarial das ações criminosas”. Para fins desse estudo, acredita-se que, além do ânimo de lucro, impera na caracterização das milícias a participação quase que declarada dos agentes públicos e políticos. As milícias vêm logrando êxito na persecução dos seus objetivos sobretudo por força do protagonismo criminal assumido por aqueles que deveriam ser responsáveis por combater o crime.

Em um primeiro momento, diversos atores participantes da mídia e do debate público mostraram tolerância e, inclusive, apoio a estes grupos, considerando-os como uma reação dos moradores destas regiões contra a criminalidade ou, pelo menos, como um “mal menor” em comparação com o narcotráfico. Foi apenas em meados de 2008, quando jornalistas d’ *O dia* faziam sigilosamente uma investigação sobre o assunto e acabaram sendo torturados por milicianos da comunidade do Batan (Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro), que se iniciou uma certa virada da opinião pública, passando-se a reconhecer, pelo menos em alguns casos, a natureza de crime organizado das milícias¹⁰.

Nesse cenário, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro aprovou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre Milícias em junho de 2008 (Resolução 433/2008 publicada no D.O. de 11.06.2008), requerida desde 2007 pelo deputado Marcelo Freixo com o auxílio de Marielle Franco, que à época era sua assessora. Após uma extensa coleta de depoimentos, documentos e denúncias, o relatório final da CPI indiciou 225 políticos, policiais, agentes penitenciários, bombeiros e civis, além de uma extensa lista de propostas concretas para enfrentamento das facções¹¹. Mas somente quatro anos depois foi sancionada a  [Lei 12.720/2012](#), que tipificou crimes praticados por grupos de extermínio e milícias privadas¹².

Apesar do trabalho da CPI e do crescimento do número de denúncias, processamento e prisão de milicianos, as milícias continuam a expandir seu território, sobretudo pela permanência de envolvidos nos quadros políticos. A crise de segurança no Rio de Janeiro deu ensejo à decretação de estado de intervenção federal em 16 de fevereiro de 2018, através de decreto presidencial aprovado no congresso¹³. O número de conflitos envolvendo milícias não diminuiu, e, em 14 de março de 2018, a vereadora Marielle Franco – ex-assessora de Freixo na instauração da CPI –, política atuante no combate às milícias, foi brutalmente assassinada com fortes indícios de execução, juntamente com seu motorista Anderson Gomes. Este acontecimento chamou a atenção mundial para o país e o seu complexo sistema de organizações criminosas.

3. As milícias na interseção de duas categorias criminológicas

Face à expansão desse complexo fenômeno criminal por todo o Brasil¹⁴, surge um novo desafio para a criminologia: o estudo da criminalidade das milícias, peculiaríssima na medida em que nela convergem duas categorias criminológicas, a criminalidade organizada e violenta, por um lado, a criminalidade do colarinho branco, por outro lado.

Uma das grandes preocupações em torno das milícias é que a sua atuação representa uma forma de criminalidade muito perigosa, porque evidencia o fracasso e a destruição do próprio Estado, que mostra-se ausente diante de agressões aos direitos e garantias dos cidadãos praticadas e financiadas – ou pelo menos negligenciadas – por quem deveria, justamente, garanti-las: as autoridades públicas constituídas¹⁵.

A reflexão em torno da criminalidade das milícias não é uma tarefa simples, visto que, ao longo da formação e da expansão dessa criminalidade, pode ser verificado não só o esbatimento da fronteira entre as categorias criminológicas do crime organizado e do crime de colarinho branco¹⁶, mas também, características próprias da formação das milícias, alheias ao desenho “tradicional” daquelas categorias criminológicas.

O estudo científico desse fenômeno criminal é fundamental para compreender as especificidades do tipo de delinquência em questão, investigando as possíveis causas dos delitos cometidos pelas milícias, os tipos de agentes envolvidos e a própria atuação das instâncias formais e informais de controle na repressão destes delitos, para que, assim, possamos esboçar propostas político-criminais orientadas para a contenção deste fenômeno. Tais propostas devem girar em torno do desenvolvimento de medidas de prevenção técnica, para além da prevenção normativa que surge associada a políticas de enfrentamento que são, em tese, altamente repressivas, mas que neste domínio se vêm revelando bastante ineficazes, desde logo porque nos confrontamos com agentes capazes de obstarem ao funcionamento do aparelho punitivo do Estado, que por vezes integram.

O enfrentamento da atuação das milícias deve tornar-se uma pauta efetiva do programa político-criminal brasileiro, reconhecidas que estão as dificuldades a considerar: pensa-se que os milicianos podem ter criado redes de pessoas altamente preparadas, contando ainda com a participação de agentes da segurança pública e de grupos políticos que conhecem as falhas estruturais de investigação dos órgãos estatais e, dessa maneira, encontram caminhos seguros e extremamente letais para a expansão do seu poder.

Entender o que são as milícias, pontuando alguns aspectos quanto ao seu *modus operandi* e aos personagens envolvidos nestas redes criminosas é fundamental para a construção de um conceito do criminoso *miliciano*, de maneira a buscar compreender o complexo panorama de ação do grupo e explorar sua conexão com alguns conceitos já existentes na criminologia, para que estes últimos sejam fios condutores no que seja a caracterização das milícias.

3.1. As milícias e o crime de colarinho branco

Uma primeira análise dos atores envolvidos na criminalidade miliciano e dos fatores de oportunidade para o surgimento e desenvolvimento dos crimes leva-nos à associação daquela com a criminalidade de colarinho branco. A existência de um elevado nível de corrupção na esfera nacional e a conseqüente fragilidade das instituições estatais, fazem com que surjam oportunidades sociopolíticas para que agentes da segurança pública constituam uma rede criminoso. Por serem representantes do Estado, sobressairia a ideia de que são crimes cometidos por pessoas pertencentes a uma classe socioeconômica favorecida e respeitada, valendo-se os agentes do exercício da sua profissão para alcançar determinados fins, o que pode ser associado erroneamente aos crimes dos poderosos¹⁷.

Podemos identificar alguns pontos de diálogo entre as características da criminalidade das milícias e a criminalidade de colarinho branco. Tendo em mente a reflexão sistemática sobre as características do crime de colarinho branco proposta por Claudia Santos¹⁸, podemos apontar como primeira particularidade a complexidade das condutas e a opacidade daí resultante, por força do desenvolvimento científico e tecnológico inerentes a certas profissões, o que dificultaria as investigações por demandar conhecimentos muito específicos. A *complexidade das condutas* é também uma característica da atuação das milícias, no entanto, tal característica não diz respeito a uma especialização técnica dos agentes, como no crime de colarinho branco. A complexidade das condutas perpetradas pelas milícias é a soma de alguns fatores relacionados à dinâmica de sua própria atuação.

Os milicianos recorrem à violência e à coação para atingirem seus objetivos, não havendo, pois, qualquer sofisticação na conduta, o que é uma diferença face à criminalidade de colarinho branco. *O conflito, na atuação das milícias, é patente*. Vale ressaltar que a violência das milícias não é usada apenas na instauração do domínio na comunidade escolhida, tornando-se antes recorrente, com a promoção de ameaças, torturas e até mesmo assassinatos das pessoas que tentam denunciá-los ou contrariá-los. Qualquer desvio ao que foi ordenado pelos milicianos é castigado de forma rigorosa, sendo a violência muito frequente (agressões físicas, torturas, expulsão da comunidade e até a morte). Nesta medida, a criminalidade das milícias parece mais próxima do conceito de criminalidade organizada do que do conceito de crime de colarinho branco.

A dificuldade de identificação do comportamento criminoso da milícia é resultado do número de agentes envolvidos e do local em que estão instaladas: *a ideia da dispersão da responsabilidade*,

com diversos nichos de delitos e, conseqüentemente, condutas de gravidades distintas e com frequência praticadas em comparticipação. Diferentemente do que ocorre no crime dos *white-collars*, em que a dificuldade da prova da responsabilidade é decorrente, por vezes, de uma confusão entre a responsabilidade moral e a autoria material e até mesmo da falta de evidências da ocorrência do crime, na criminalidade milicianiana existem provas claras de que estão ocorrendo inúmeras violações nas comunidades dominadas, o problema é a dificuldade em estabelecer uma linha de investigação e condenação, porque o Estado simplesmente não existe nas áreas tomadas: a milícia apodera-se do lugar do Estado.

Ao contrário do que sucede com o crime de colarinho branco, o crime das milícias não é cometido somente entre quatro paredes –num ambiente fechado, como uma empresa – mas numa área mais ampla: além do gabinete dos políticos e das corporações policiais envolvidas, há ações criminosas ocorrendo dentro de um território no qual a atuação das instâncias formais de controle é dificultada. A milícia não se esconde, não produz meras omissões para atingir seus objetivos, a sua atuação é escancarada e violenta: os moradores da área controlada devem saber que a milícia está composta, em sua maioria, por agentes públicos, sendo fundamental, portanto, uma divulgação da composição para legitimar suas ações. Ocorre que se, por um lado, para toda a comunidade é visível a atuação de tais agentes públicos, por outro tornam-se invisíveis frente às instituições públicas de repressão da criminalidade, respaldados por uniformes e tendo o escudo de um Estado fracassado que permitiu a formação e desenvolvimento de redes criminosas de alta periculosidade, extremamente letais à democracia e apadrinhadas por políticos corruptos.

Uma das principais características das milícias é o objetivo de tomada do poder político. Para os que estão inseridos na milícia, atuando diretamente sobre a comunidade dominada, há claramente uma motivação econômica que, em decorrência da falta de perspectiva de ascensão social, procura uma forma rentável e segura de dominar a população das comunidades desfavorecidas e, ao mesmo tempo, conquistar uma relativa influência através de um canal de comunicação com o grupo político. Crê-se que as milícias possuem um grande projeto político de infiltração no Estado, ao se colocarem como aliadas na “conquista” de votos para a eleição de representantes políticos (vereadores, deputados e senadores), com o intuito de garantir a sobrevivência dos negócios ilícitos e a obtenção do lucro individual de cada um dos envolvidos.

Para entender a dinâmica da criminalidade das milícias, há um outro ponto que diz respeito à ideia das técnicas de neutralização da culpa. No *white-collar crime* tal pensamento traz a ideia de que, por o delinquente compartilhar dos valores convencionais dominantes na sociedade, este se socorreria das técnicas de neutralização da culpa, de modo a negar a responsabilidade do ato colocando-o ou como um mero acidente, ou até mesmo como uma ação cometida devido a forças externas que estão além do seu controle, com o apelo à falta de opção senão o cometimento do ato, a exemplo de quando um trabalhador de uma empresa desrespeita normas legais para alcançar resultados indispensáveis à sobrevivência da organização. Ocorre que nas milícias podemos verificar não apenas formas de neutralizar a culpa, procurando um expediente idôneo a desdramatizar a prática do crime, mas também *técnicas para a legitimação dos atos violentos para o controle territorial*. Ligado diretamente às fraquezas institucionais que afetam o país, o desenvolvimento das milícias procura legitimidade no fato de existirem regiões com um vácuo de atuação do poder político, com inúmeras demandas sociais e econômicas reprimidas, sendo, pois, locais ideais para a disseminação de um poder paralelo. As milícias seriam o Estado contra os criminosos e elas, de fato, se apresentam com este perfil aos moradores das comunidades controladas. A promessa inicial é dupla: (i) a expulsão do narcotráfico e da criminalidade organizada e (ii) a instauração de uma ordem pública que garanta paz social e evite também a criminalidade comum. A milícia vem com o discurso de legitimação de construção de um domínio do “bem” sobre o “mal”. Por isso é que, diversamente dos criminosos de colarinho branco, as milícias não rejeitam uma certa publicidade dos seus atos, com a intenção de mostrarem que são os únicos a poderem salvar a comunidade das garras do tráfico, já que o Estado não seria capaz disso¹⁹.

A ironia de todo este discurso está em que o delinquente miliciano não se preocupa com o bem-estar da comunidade em momento algum, uma vez que, quando são agentes públicos, poderiam e deveriam exercer seu trabalho de proteção à comunidade sem a imposição de taxas ilegais, de

controle ilegal do espaço urbano ou das atividades comerciais e econômicas. Desta maneira, *a motivação de obter lucro individual e o uso de um percurso coativo para alcançá-lo* sobrelevam aquela que seria uma atuação lícita, caso contrário estaríamos diante de um funcionário público exercendo sua função precípua de restauração da ordem ou, caso não houvesse arbitrariedade, estaríamos diante de um serviço de segurança privada. Prevalece, pois, a ideia do lucro individual, sendo as milícias, por vezes, uma válvula de escape altamente rentável para agregar outros rendimentos aos baixos salários dos servidores públicos que trabalham nas ruas combatendo a criminalidade²⁰.

A busca por expedientes idôneos a desdramatizar a prática dos crimes das milícias tem também relação direta com a *negação dos danos causados* e a *própria negação da existência de vítimas*, características também presentes no crime de colarinho branco. As ações dos milicianos lesionam, como no crime de colarinho branco, vítimas difusas e o próprio Estado, mas também provocam vítimas singulares, ou seja, pessoas que sofrem uma ação violenta e direta desses criminosos, uma vez que as milícias incorrem em inúmeras arbitrariedades contra os moradores. Desta maneira, as milícias possuem vítimas de caráter abstrato, impessoal e inconscientes, mas também vítimas concretas, pessoais e conscientes. Uma abordagem vitimológica já ensaiada por Sutherland enfatizava que o poder dos criminosos do colarinho branco estava diretamente relacionado à fragilidade das suas vítimas²¹. E esta abordagem sobre a fraqueza das vítimas pode ser transportada também para as vítimas da atuação das milícias. Cabe ressaltar que as vítimas preferenciais das milícias são aqueles moradores submetidos à tirania do tráfico, e, ainda que haja pessoas não envolvidas diretamente com o tráfico local, acabam sendo vistas como “matáveis” – seria uma ideia de “vítima necessária” – no caminho percorrido pelo miliciano na luta contra os traficantes de droga. Os supostos cúmplices seriam passíveis das mesmas penalidades impostas aos traficantes. A neutralização da culpa do delinquente miliciano está diretamente relacionada ao fato de que estariam prestando um serviço à ordem social²².

Os milicianos sabem como se proteger da atuação do Estado, além de que o financiamento político torna as milícias grupos cada vez mais fortes e especializados. A sua composição evita o confronto policial nas comunidades e permite invocar o argumento de que almejam trazer a tranquilidade comunitária. Com o fortalecimento, a milícia acaba por refinar algumas condutas, começando a perceber as reações negativas externas ao grupo. Nesse momento, procuram se adaptar às circunstâncias, alterando suas estratégias para a manutenção no poder²³. Exemplo disso é que mesmo com a punição de alguns envolvidos, na tentativa de desarticular as milícias, não costuma haver nenhuma alteração no negócio paralelo, que continua produzindo e ofertando bens ou serviços ilegais, bem como controlando a comunidade.

Frente a isso, a milícia, após adquirir uma relativa estabilidade local, age de forma mais discreta, blindando os líderes dos grupos e evitando a execução sumária de pessoas na área, para não chamar atenção. Sempre conduzindo suas atividades ilegais da melhor maneira e fazendo o que for preciso para a manutenção do controle, mesmo que isso coloque de lado algumas das suas características intrínsecas. As milícias passaram a buscar até mesmo uma nova dinâmica de atuação, pois que, além dos serviços ilegais fornecidos às comunidades controladas, as milícias começaram a lucrar também com a venda de drogas: esse mesmo tráfico de drogas que antes era utilizado como pretexto para justificar a instalação das mesmas milícias, que prometiam erradicá-lo. Para isso, os milicianos se associaram a facções menores do comando do tráfico, requerendo parte dos lucros da venda em troca de proteção aos traficantes. Esse novo esquema criminoso das milícias vinculadas ao tráfico parece ter trazido um grande aumento da violência em vários lugares, nomeadamente na região carioca, marcada constantemente pela disputa de territórios com outros comandos do tráfico, instaurando uma verdadeira guerra civil entre comunidades do Rio de Janeiro.

Por fim, deve ressaltar-se que a importância do conceito de crime de colarinho branco foi chamar a atenção para a forma privilegiada como certos criminosos eram tratados pela justiça, evidenciando um funcionamento desigualitário das instâncias formais de controle. Se antes a categoria do crime de colarinho branco era apontada como um dos exemplos da deficiência da lei penal e da sua aplicação, hoje tal ideia poderá ser seguramente transposta para a criminalidade das milícias. Toda a ideia da *dificuldade do sancionamento*, que vai desde problemas de demora e ineficácia nas

investigações até à consequente impunidade de que os agentes beneficiam, está presente nas milícias.

É certo que o crime acaba sendo um fato integrante de qualquer sociedade. É, porém, preciso que da ocorrência do delito surja algo de útil, como, por exemplo, o reforço da coesão social, ajudando a vencer a rigidez das estruturas institucionais e normativas e o consequente imobilismo, constituindo-se como um novo caminho para a inovação e o progresso social. Desta maneira, o estudo da categoria da *criminalidade das milícias* é de suma importância para que se compreenda o panorama social e toda a dinâmica em torno do surgimento e proliferação do crime, o que evidencia inúmeras falhas do Estado de direito brasileiro²⁴, que as milícias põem a nu, o que não deixa de constituir oportunidade para propostas de alteração mais estruturais do que superficiais.

3.2.As milícias e o crime organizado

Se, como se viu antes, a existência de agentes públicos entre os milicianos aproxima a actuação ilícita das milícias do crime de colarinho branco (por estarmos perante agentes com certa respeitabilidade que praticam crimes de algum modo relacionados com a sua atividade profissional), também parece inequívoco, por outro lado, que o grau de violência inerente ao funcionamento das milícias (assim como a espécie de condutas ilícitas que adoptam, nomeadamente a extorsão) faria recair mais facilmente o crime das milícias numa outra categoria criminológica, a do crime organizado. Todavia, apesar de não se desconhecer o pensamento daqueles que negam a existência de diferenças claras entre os dois conceitos²⁵, julga-se que, ressalvada a existência de espaços cinzentos entre as duas figuras, existem diferenças tendenciais que as separam e que essas diferenças podem impor distintos modelos de intervenção e controlo da criminalidade, bem como merecer diversos juízos de reprovação, necessariamente expressos na determinação da reacção criminal²⁶.

3.2.1.A globalização e o surgimento do crime organizado

Antes de abordar o tema da relação das milícias com o crime organizado e a sua análise comparativa e crítica, é importante se entender no que consiste o crime organizado, traçando inicialmente um paralelo histórico e geopolítico do fenómeno da globalização, haja vista o fato desta modalidade de crime ter surgido em decorrência da evolução deste fenómeno.

Fazendo um recorte histórico do fenómeno da globalização, inicia-se seu estudo para o presente trabalho quando ela se acelerou, mais precisamente nos anos 60 do século XX, com o avanço das telecomunicações, o que propiciou uma maior aproximação entre os países, diminuindo assim mais ainda os limites geográficos até então existentes, gerando um processo de integração a nível mundial, seja ele económico, político, tecnológico e até mesmo cultural.

Ocorre que esse processo trouxe uma modificação de todo o cenário mundial, gerando uma nova (des)ordem mundial, com grandes espaços de integração e outras zonas de exclusão, desequilíbrio entre Norte e Sul, efeito este gerado pela expansão do capitalismo global.

Como destaca Anabela Rodrigues,

a globalização não consiste, assim, numa homogeneização do mundo em torno de parâmetros comuns, mas na reconstituição de espaços assinalados como “centrais” e “cinzentos” ou “marginais”. Trata-se de um “novo tribalismo”. O planeta organiza-se em redes idênticas, tanto para as actividades lícitas, como para as ilícitas²⁷.

Tal expansão das actividades ilícitas através da globalização será o ponto central a ser tratado aqui, haja vista que essa expansão veio a reboque do processo de globalização como um todo, pois, assim como a economia, a ciência, a política, a cultura, e todos os outros meios se expandiram, não foi diferente com o crime. Novos crimes surgiram, as chamadas organizações criminosas cresceram junto com o modelo expansionista do capitalismo globalizado, impondo reajustamentos ao direito penal. Nas palavras de Anabela Rodrigues²⁸,

assiste-se, com efeito, no nosso tempo, ao nascimento de um direito penal que já não é só estadual, antes

se conforma com um sistema jurídico complexo e diversificado, marcado pelo fenômeno da interlegalidade e caracterizado por alguns como “uma rede”, que hesita/oscila entre unificação e harmonização.

Nesse sentido a globalização vem alterar o modelo normativo até então posto, pois o que existia antes era um modelo unificado de instituições estatais que se bastavam a nível nacional. Ocorre que agora, devido à globalização, tal modelo estanque é superado por um modelo de integração penal, mesmo que forçado, um sistema em rede.

Se percebe tal internacionalização do Direito Penal com o sentido dado à palavra “humanidade” após as barbáries ocorridas na II Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem vem internacionalizar direitos e garantias, transformando a proteção humana a nível transnacional. Criou-se assim toda uma rede de proteção aos Direitos Humanos a nível global, além de se iniciar um profundo estudo sobre o que seria a “humanidade” em si e a proibição de crimes que possam atingi-la.

Com o surgimento do Direito Penal a nível internacional se pode perceber que na prática os Estados não estavam abrindo mão da sua soberania, mas sim protegendo-a através de uma ideia de colaboração na defesa dos direitos humanos.

O crime vê a oportunidade perfeita para se utilizar da globalização para se expandir e assim se organizar e desfrutar dos novos espaços mundiais, nas zonas de livre comércio então criadas, considerando nesse sentido agora o mundo inteiro como suscetível a operações criminosas. Anabela Rodrigues destaca que “desta nova criminalidade da globalização evidenciam-se as características da sua organização e internacionalização e o facto de ser uma criminalidade dos poderosos”²⁹. Tal caracterização de criminalidade dos poderosos deve ser entendida como uma face da criminalidade organizada, funcionando assim nos moldes de grandes empresas, com cadeia estrutural de comando e organização, com estruturas hierárquicas e sistemas bem definidos, gerando efeitos danosos imensuráveis a nível mundial.

É nesse cenário que surge a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, de 15 de novembro de 2000, que trata a organização criminosa como aquele “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”³⁰.

3.2.2.A caracterização de crime organizado

No direito brasileiro, a Convenção de Palermo levou à promulgação do ^{RTO} [Decreto 5.015, de 12 de março de 2004](#)³¹, passando agora a adotar-se uma definição específica de organização criminosa e de crime organizado. Daqui resultaram alguns problemas, tendo em conta a confusão parcial com o tipo penal que definia quadrilha ou bando, no artigo ^{RTO} [288](#) do ^{RTO} [Código Penal](#) brasileiro³². Na época, a principal diferença objetiva era o fato de que para se enquadrar um grupo criminoso no crime de formação de quadrilha necessitava haver pelo menos quatro pessoas, enquanto que para a caracterização de uma organização criminosa bastavam três pessoas. Com o advento da ^{RTO} [Lei 12.694, de 24 de julho de 2012](#)³³, surgiu uma nova definição de organização criminosa, conceituando-a como

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 transnacional³⁴.

Porém, logo em 2013, mais precisamente no dia 02 de agosto, foi promulgada outra lei sobre a matéria, mais precisamente a Lei 12.850³⁵, onde se encontra a definição vigente de organização criminosa e se dispõe sobre o procedimento criminal e sobre infrações penais correlatas, além de

redefinir a redação do artigo  [288](#) do  [Código Penal](#)³⁶.

Para compreender a categoria da organização criminosa há que ter em mente, primeiramente, que esta não se confunde com outras formas de participação criminosa, nomeadamente as realizações criminosas habituais das quadrilhas, bandos, ou associações criminosas. O crime organizado pressupõe um *plus* relativamente àquelas formas de participação, seja no plano da estrutura, seja no que respeita à ofensividade das condutas. As associações criminosas, diversamente, estão mais próximas de formas de criminalidade comum, como os assaltos ou algumas formas de estelionato. No sentido da afirmação da especificidade do crime organizado, Cezar Roberto Bitencourt³⁷, questiona se “se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o uso de drogas nas universidades brasileiras constituem crime organizado?”, parecendo concluir que a resposta tem de ser negativa, na medida em que entende por organização criminosa a união com *animus* estável e permanente, “além de ordenada estruturalmente e que tenha como característica a divisão de tarefas, para o fim de perpetrar uma indeterminada série de crimes, como meio, para obtenção de vantagens de qualquer natureza”³⁸. Nesse sentido, o crime organizado pressupõe o preenchimento de alguns requisitos que o caracterizam³⁹, nomeadamente a hierarquia de fato, a existência de vínculos com o Estado, a divisão do trabalho, o planeamento e a previsão de lucros, assim como o poder de intimidação e a lei do silêncio.

A ideia de hierarquia estrutural relaciona-se com o núcleo da categoria do crime organizado, pressupondo uma complexa cadeia de comando que garanta o desenvolvimento eficiente das atividades criminosas, atingindo assim os objetivos principais do grupo criminoso. O vínculo do crime organizado com o Estado refere-se à verificação da dificuldade de conseguir manter uma complexa organização criminosa sem contar com o auxílio omissivo/protetivo de setores diversos do Estado, nomeadamente os integrantes do aparelho repressivo. Também a divisão de trabalho está presente na caracterização do crime organizado, ainda que a partilha de funções ocorra informalmente. A associação criminosa não requer uma estrutura ou uma divisão de tarefas tão clara. Com relação ao planeamento e previsão de lucros⁴⁰, pode-se aqui ter também a ideia da diferenciação face à associação criminosa, pois para existir crime organizado deve a organização ser estruturada e planejada com o intuito de se estabelecer a quantidade de lucro a ser atingido no final da ação delituosa. Já com relação ao poder de intimidação, este consiste no domínio exercido pelas organizações sobre determinados contextos onde elas atuam, servindo como exemplo típico o jogo do bicho, domínio bastante complexo onde as áreas de atuação de cada bicheiro são bem definidas por acordos pré-estabelecido. Como esses acordos nunca poderão ser discutidos na justiça, quando um bicheiro acaba por invadir a área de outro, este é retirado à força, exercendo-se o poder de intimidação pela força, podendo acontecer que por trás de uma simples barraca de jogo exista uma forte segurança armada que protege a movimentação de somas avultadas de valores. Por fim, a última característica elencada é a lei do silêncio, que consiste na proibição (firmada através de um pacto) de os membros da organização criminosa não revelarem nenhum fato referente à organização, muito menos colaborarem com as autoridades policiais e judiciais, sob pena de, se infringirem tal regra, serem punidos até com a morte.

Por outro lado, certos estudos sobre o crime organizado concluem que não existe apenas um modelo de organização criminosa, podendo distinguir-se pelo menos três modelos: o tradicional, o empresarial e o endógeno⁴¹.

A organização criminosa tradicional é aquela mais conhecida pelo público em geral, presente no imaginário coletivo através dos filmes e tramas policiais, próxima de certas características associadas ao sistema feudal, existindo um “Senhor” que associamos à figura do “padrinho” e que é diretamente responsável pelos membros da sua organização. Neste modelo tradicional de organização criminosa, o novo membro deve passar por um período de testes até então ser aceito pela organização, sendo submetido posteriormente ao um ritual interno conhecido como “batismo”, jurando fidelidade a sua nova família, nascendo deste modo uma ligação para toda a vida. Os exemplos mais conhecidos de organizações criminosas tradicionais são a Máfia, a Camorra e a Ndrangheta na Itália, a Yakuza no Japão, as Triádes na China e, no Brasil, as organizações criminosas que mais se assemelham a este modelo são as orientadas para a exploração do jogo do

bicho.

Já um segundo modelo de organização criminosa é o empresarial, cuja característica mais específica é a de trazer para o crime organizado métodos científicos e práticos empresariais, sendo algumas vezes difícil de distinguir de uma empresa legal. Aqui os ideais de honra e lealdade esbatem-se, atenuando-se os vínculos familiares e/ou geográficos e prevalecendo a criação de uma relação empresarial própria da economia de mercado. Os membros destas organizações são profissionais especializados contratados para praticar determinada atividade, podendo até suceder que, em caso de insatisfação com o trabalho prestado, exista a possibilidade de mudança de emprego sem problemas inultrapassáveis. Nesta forma de organização criminosa o novo membro não precisa prestar nenhum tipo de juramento ou provar a sua lealdade de outra forma, pois a garantia de comprometimento e lealdade com a organização é algo inerente à sua participação vinculada a uma espécie de contrato que lhe faz corresponder uma contraprestação. De qualquer modo, também neste modelo de organização criminosa os membros ficam vinculados, por serem considerados peças de uma mesma engrenagem empresarial e participantes no crime, adquirindo o mesmo interesse de não compartilhar o *modus operandi* da organização empresarial com as autoridades investigativas e judiciárias.

Por último, as organizações criminosas de modelo endógeno, ainda segundo Guaracy Mingardi⁴² são

[...] o resultado de um grupo criminoso que nasce dentro de uma organização legal, na maioria das vezes no aparelho do Estado. Seus membros já cometiam os chamados “crimes de oportunidade” que ocorrem quando o indivíduo atua numa função que lhe permite obter vantagens ilegais.

Usualmente as vantagens ilegais obtidas por agentes estatais são conseguidas de maneira individual ou através da atuação de pequenos grupos. Ocorre que quando esses pequenos grupos começam a se organizar, definindo assim uma cadeia de comando, fortalecendo a sua organização e estabelecendo a divisão de tarefas, nasce a chamada organização criminosa endógena.

A apresentação destes modelos de crime organizado na sua forma pura não é, naturalmente, incompatível com a verificação de que, na maioria dos casos, as organizações criminosas tendem a misturar características de mais do que um modelo, ainda que se possa afirmar a prevalência de algum deles.

Por outro lado, cumpre sublinhar que, por se tratar essencialmente de uma categoria criminológica, mais do que de um conceito jurídico-criminal⁴³, o crime organizado é passível de diversas definições e diferentes autores apontam-lhe elementos nucleares que não são totalmente coincidentes. Alguns desses elementos foram já referidos. De qualquer modo, parece adequado dar ênfase, no âmbito da doutrina brasileira, à proposta de compreensão do crime organizado apresentada por Alberto Silva Franco, preocupado com a sua diferenciação face à criminalidade de massas. No seu entendimento, o crime organizado

possui uma textura diversa: tem carácter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, económica e política da comunidade; origina actos de extrema violência; exige um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado⁴⁴.

3.2.3. As milícias como uma forma de organização criminosa *sui generis*

Já se viu, em momento anterior deste estudo, que a atuação das milícias surge associada a grupos de agentes estatais armados que, sobretudo fora do seu horário de trabalho, controlavam espaços públicos (sobretudo em comunidades mais desfavorecidas), oferecendo “proteção” em troca de valores a serem cobrados a moradores e comerciantes da região. Assim, devido a estas suas características nucleares, a atividade das milícias pode ser entendida como uma nova forma de

atuação do crime organizado, ainda que bastante específica e de difícil repressão, por estarmos perante organizações criminosas endógenas, que ao mesmo tempo reproduzem condutas empresariais e ainda se amoldam ao modelo tradicional, com a presença de grandes chefes representados por agentes públicos e até mesmo políticos.

Conforme já mencionado previamente, o sociólogo Ignacio Cano⁴⁵ aponta como características básicas de um grupo miliciano: a) o controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; b) o caráter coativo desse controle; c) o ânimo de lucro individual como motivação central; d) a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado, e) um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração da ordem.

Para tanto, ao retratar individualmente cada uma dessas características de um grupo miliciano, observa-se que várias nada mais são do que a repetição ou uma readequação das características existentes como requisito de caracterização de uma organização criminosa.

Quando se fala em domínio por um grupo armado irregular e coação sobre os moradores das comunidades dominadas pelas milícias, na prática está se pressupondo tanto a hierarquia de fato quanto o poder de intimidação existente nas organizações criminosas, pois tais características acabam por se confundir quando se associam à ausência de um poder estatal, cujo vazio é preenchido por um novo chefe, conhecido como novo “dono do pedaço”, e, quando essa dominação é exercida de maneira coerciva, pois ao contrário estaria se falando de segurança privada, não de milícia como crime organizado.

A busca do lucro também é uma característica partilhada pela organização criminosa e pela milícia, ainda que nas milícias esse lucro comece por advir não de um comércio ilícito propriamente dito, mas antes de uma chamada prestação de serviços de segurança atrelada à cobrança de taxas de moradores e comerciantes.

Entretanto, com relação às outras duas características básicas de um grupo miliciano, quais sejam, a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado e um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração de uma certa ordem, pode-se inferir que tais características são as que, pelo menos à primeira vista, mais diferenciam as milícias de qualquer outra forma de organização criminosa.

No que tange ao discurso de legitimação de proteção aos habitantes, observa-se que este é o ponto mais delicado do debate sobre o conceito das milícias, pois estas vendem um discurso de justificação para as cobranças de taxas da comunidade, se utilizando para tanto da falsa ideia de proteção dos seus moradores contra o crime (mal), personificado na pessoa do traficante de drogas. Nesse sentido, a milícia se enquadraria em uma estratégia para solucionar esse mal, ou nas palavras de um antigo Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, tratar-se-ia de um “mal menor”. Assim, a milícia começa por se afirmar através da promoção da ideia de que assume um papel menos perverso do que o do tráfico de drogas, se aproveitando da ausência do Estado para exercer o controle territorial através da garantia de certos direitos individuais, como a garantia de mínima segurança às pessoas. Esse discurso pode produzir alguns frutos, nomeadamente junto de certos moradores, principalmente aqueles que rejeitam a droga invocando um imperativo moral⁴⁶, contribuindo-se, por essa via, para a reprodução da ideia de que as milícias são realmente um mal menor, pelo menos se comparado com o desvalor do tráfico.

Finalmente, no que respeita à participação de agentes do Estado na definição de milícia, deve-se ter a noção que essa participação, além de ativa, precisa ser amplamente divulgada na localidade na qual ela se estabelece, ou seja, os moradores devem ter a exata noção de que a milícia é composta na sua maioria por agentes públicos, que exercem o seu comando estrutural e fazem questão de dar publicidade a isso. Tal publicidade gera o cumprimento de várias funções, pois que (i) o pertencimento do miliciano ao Estado gera o convencimento da legitimação das milícias por parte dos moradores; (ii) indicia a competência técnica para desempenhar funções de segurança; (iii) cria a ideia de que assim se garante o apoio policial em caso de emergência; (iv) enfraquece a resistência dos moradores, que deixam de saber a quem denunciar os atos ilícitos de milicianos; e (v) diminui a possibilidade de confrontos com a polícia.

Tais características *suis generis* das milícias transformam-na numa manifestação de crime organizado muito difícil de ser reprimida, pois que as milícias beneficiam, pelo menos num primeiro momento, da contraposição maniqueísta entre a figura do criminoso (o mal, representado pelo traficante) e a figura do agente público (o bem, representado pelo agente do Estado). A partir de certa altura, porém, é provável que se esbata a distinção entre os criminosos e o Estado que deve reprimir os seus crimes, tornando-se, todos, igualmente criminosos, com as consequências especialmente desvaliosas que daí resultam para a eficiência e para a credibilidade do próprio Estado.

4.As milícias como ameaça ao Estado de Direito: do aumento da criminalidade aos entraves à persecução penal

Como já se foi referindo ao longo deste estudo, não está fora do conhecimento do público que o que chamamos de milícias no Brasil – e mais especificamente no Rio de Janeiro – envolve grupos comandados por governantes e empresários, de que tomam parte policiais, bombeiros, vigilantes, agentes penitenciários e policiais militares, já fora ou não de seus cargos oficiais⁴⁷.

Mais do que quem são as pessoas por trás das milícias brasileiras, a questão reside no que essas pessoas, usando seus poderes por vezes derivados de cargos públicos, fazem como milicianos. Ganham dinheiro ao extorquir os moradores de comunidades do Rio de Janeiro e exploram clandestinamente os serviços básicos e essenciais de gás, luz, televisão e até mesmo vans para transporte público alternativo. E, não minimizando os danos desses crimes, chegam, por vezes, a coordenar um tráfico de drogas que concorre com o dos traficantes “regulares” das comunidades⁴⁸.

Destarte, é a partir destes contornos que a milícia brasileira põe em xeque a atuação do Estado como um verdadeiro Estado de Direito, impedindo ainda a persecução penal⁴⁹. A fim de melhor compreender esta proposição, analisar-se-á, então, a configuração do nomeado Estado Social Democrático e de Direito, constitucionalmente vigente no Brasil.

Apesar de o Estado de Direito nascer de uma ideia burguesa ligada a uma aceção econômica de garantia da propriedade privada, passa também a ter um conceito político de “proteção das liberdades individuais e organização do poder mediante o princípio da separação dos poderes” e, ainda, uma “aceção estritamente jurídica de culto da lei, como norma geral e abstrata”⁵⁰. Vemos, então, que o atual Estado de Direito é caracterizado também por seu elemento social. Portanto, no “novo” Estado Social e de Direito, aqueles elementos (separação dos poderes, constitucionalismo e respeito às normas jurídicas) são instrumentos ou técnicas em busca de uma finalidade maior, consistente nos direitos sociais, ou seja, e ainda que de forma simplificada, na “correção das desigualdades”⁵¹.

Por fim, conectando os elementos do Estado Social e de Direito, há o princípio democrático como componente fundamental. Afinal, é só com o reconhecimento dos direitos políticos, apenas possível em uma situação democrática, que não é ferida a autonomia individual e, ainda que em outro nível, os direitos fundamentais. Desta forma, “o princípio democrático confere uma nova inteligibilidade aos elementos do Estado de Direito e, desde logo, legitima a recomposição verificada na divisão de poderes tradicional”⁵²⁻⁵³.

Destarte, culminamos em um período no qual a separação de poderes é considerada elemento essencial de um Estado Democrático e de Direito. Necessitamos de um sistema que, legitimado pela vontade do povo a partir do princípio democrático, assegure os direitos sociais e fundamentais de forma jurídica (e constitucional) com uma separação entre os poderes do Estado de maneira a garantir estes mesmos direitos e a inexistência de qualquer forma de autoritarismo – ou seja, a garantir a própria democracia⁵⁴.

Em outros termos,

a separação dos poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes não são mais do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o

indivíduo pode resistir às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado⁵⁵.

Entretanto, a configuração atual do Estado já não mais pressupõe uma separação exata dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. Pelo contrário, há uma complexificação das relações funcionais entre os vários órgãos existentes que torna a análise desta separação muito mais obscura⁵⁶.

De qualquer modo, a complexidade da separação entre os poderes de um Estado classificado como democrático e de direito passa a ser um problema ainda maior quando os agentes da criminalidade organizada passam a fazer parte de seus órgãos públicos, por exemplo quando membros das milícias deixam de apenas influenciar a vida dos moradores das comunidades desfavorecidas ao regular a provisão de televisão, gás, luz e outros itens essenciais e passam a ocupar cargos governamentais⁵⁷.

Para mais, conforme observado por Christopher Gaffney⁵⁸ a propósito do esquema de ocupação das favelas durante as Olimpíadas de 2012,

nada está sendo feito para combater a crescente influência das milícias em termos políticos ou de território [...] pelo contrário, há cumplicidade explícita e colaboração entre o prefeito e governador com agentes que erigiram uma estrutura estatal paralela e, ao mesmo tempo, interligada, que gera elevados ganhos e dobra a influência da milícia.

Esta colaboração não deixa de ser incentivada pelo poder público central devido à aparência de “semioficial” segurança conferida pelas milícias, o que faz com que as milícias garantam votos de maneira a, conseqüentemente, perpetuar a promiscuidade entre o Estado e os poderes paralelos.

Neste sentido, a existência das milícias – enquanto nova categoria criminológica próxima quer do crime organizado quer do crime de colarinho branco – põe em xeque os alicerces do Estado Democrático e de Direito ao tornar dubitável a existência de uma real separação de poderes e a garantia ao pluralismo democrático (que também pressupõe a não cumulação indevida de funções). E, em uma última instância, torna dubitável a persecução penal dos crimes cometidos por estas milícias – que controlam não só o Poder Executivo como também, inúmeras vezes, o Legislativo e o Judiciário, seja por sua presença nos mesmos ou por meio do seu poder coercitivo a partir do uso ou ameaça de violência.

Ou seja, em um sistema processual penal como o é o brasileiro, no qual há uma dependência de órgãos jurisdicionais e policiais para a detecção e efetiva persecução penal, a existência de milícias que se confundem com instituições estatais prejudica tanto a neutralidade do sistema processual penal como também, em um nível mais elevado, o próprio julgamento dos crimes efetivamente cometidos.

Para ilustrar: em um Estado no qual os policiais militares responsáveis pela averiguação de um flagrante delito podem estar efetiva e diretamente ligados às milícias ou mesmo se encontrar na dependência hierárquica de pessoas que possam fazer parte da milícia, não haverá uma avaliação neutra do que é cometido. O miliciano, como tal, muitas vezes não terá seus crimes nem levados à investigação em Inquérito Policial, enquanto, talvez, outros traficantes que se ponham como concorrentes da milícia, sejam extremamente perseguidos – em detrimento, muitas vezes, de seus direitos e garantias fundamentais.

Já ao pensar na responsabilidade do Ministério Público e da Magistratura na persecução penal, nos deparamos com mais dificuldades. Estes são órgãos cuja independência é constitucionalmente garantida, mas que, na realidade estão submetidos ao perigo constante derivado da violência com a qual agem os milicianos a fim de interferir no processo penal.

Seria mais simples encontrar a solução para este problema, fazendo apelo nomeadamente ao pensamento de Emmanuel Sieyes⁵⁹, caso as milícias configurassem de fato um terceiro Estado. Foste esta a situação, a resolução da problemática seria a neutralização deste terceiro Estado, a fim de impedir a existência de dois corpos privilegiados na ordem social, consistentes na figura do governo – como uma máquina hierarquicamente superior a todos os cidadãos iguais entre si – e do

terceiro Estado consubstanciado nas milícias. Todavia, esta resposta não é de fácil aplicação à situação brasileira, na medida em que as milícias aqui em discussão não constituem por completo um Estado à parte. Ao contrário, mesclam-se com o Estado Democrático e de Direito brasileiro legítimo ao fazerem parte de seu corpo e tornam-se uma figura interdependente deste mesmo Estado.

Nos cabe, ainda assim, refletir sobre soluções para diminuir o alcance do poder das milícias, nomeadamente através da garantia de que os milicianos sejam efetivamente confrontados com o exercício do poder punitivo estatal.

5. Como lidar com isso?

5.1. Repensar a militarização das polícias

Um dos passos que metodologicamente se deve dar para analisar as formas de contenção do fenômeno das milícias – que são, hoje, uma das principais responsáveis pela existência de um poder paraestatal nas periferias das grandes cidades, em especial nas favelas cariocas –, sabendo-se que elas são compostas também por agentes de segurança pública (ativos e da reserva), preende-se necessariamente com uma consideração mais detida da estrutura e da organização militar das forças policiais estaduais. Uma das interrogações possíveis relaciona-se, segundo se crê, com a ponderação das possíveis vantagens da desmilitarização e da unificação com a polícia civil.

Não é novidade que as polícias militares brasileiras estão no topo da escala das que mais matam e das que mais morrem no mundo. Diversos organismos nacionais e internacionais já se propuseram a alertar o Brasil sobre este fato. A Anistia Internacional tem elaborado ao longo das últimas décadas relatórios sobre a segurança pública, em especial da cidade do Rio de Janeiro, que evidenciam a política mortífera das polícias militares nas periferias⁶⁰.

No ano de 2015, a organização publicou o relatório “Você matou meu filho!”: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro”, apresentando investigação jornalística sobre execuções extrajudiciais, homicídios e outras violações de direitos humanos praticados pela Polícia Militar do Rio de Janeiro entre os anos de 2014 e 2015, além da compilação de dados sobre homicídios decorrentes de intervenção policial no estado, referentes ao período de 2005 a 2014, acessados por meio do Instituto de Segurança Pública.

Segundo o relatório, entre 2005 e 2014 foram registrados 8.466 casos de homicídio decorrente de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro; 5.132 casos apenas na capital. O número de pessoas mortas pela Polícia representa parcela significativa do total de homicídios. Em 2014, por exemplo, os homicídios praticados por policiais em serviço corresponderam a 15,6% do número total de homicídios na cidade do Rio de Janeiro⁶¹.

Também o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU já se pronunciou sobre a violência policial brasileira, recomendando ao país que repense a militarização e a separação de suas polícias estaduais⁶².

No ano de 2017, segundo dados publicados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018)⁶³, as intervenções policiais deixaram 14 civis e um policial mortos por dia. Os números de vítimas de homicídios, tanto em ações policiais quanto não, são estarrecedores⁶⁴ e semelhantes a países em guerra declarada⁶⁵.

O autoritarismo e a truculência policial são tão recorrentes e sistêmicos que um dos resultados (além das vítimas, por óbvio) é a descrença da população na instituição que deveria protegê-la. De acordo com o Relatório ICJBrasil – 1º semestre/2017 (Índice de Confiança na Justiça)⁶⁶, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, somente 26% dos brasileiros entrevistados confiam nas polícias. Afinal, quando agentes de segurança do Estado passam a se comportar também como agentes de crimes, a quem recorrer?

A pergunta, até o momento sem resposta, deixa determinados grupos – que são os alvos

preferenciais das ações policiais – ainda mais vulneráveis e à mercê de suas ações arbitrárias e muitas vezes ilegais⁶⁷.

No Brasil, as polícias militares estaduais – estruturadas e organizadas pelos estados da federação e responsáveis por realizar o policiamento ostensivo e garantir a ordem pública – colaboram diretamente para a escancarada seletividade do sistema penal. Em suas atividades, as variáveis status social, etnia, cor, condições de moradia e familiar, gênero, etc., influenciam decisivamente na escolha daqueles que serão jogados para “dentro do funil” do sistema criminal ou simplesmente aniquilados. Por isso os indivíduos que se encaixam nos “estereótipos alvos”, notadamente os negros e os pobres, são tão vulneráveis à ação policial.

Isso porque, historicamente, a concentração da vigilância e do policiamento se dá nas periferias e nos bairros mais pobres das cidades. É também por isso que, hoje, o freguês do sistema penal é o que se utiliza de técnicas pouco especializadas para cometer crimes, em sua maioria crimes de furto, roubo, receptação e tráfico de drogas⁶⁸. A polícia militar, deste modo, seleciona sobretudo o crime aparente, fácil de ser detectado: “a maioria avassaladora das investigações é oriunda de prisões em flagrante realizadas pela polícia militar. E essas prisões em flagrante, por óbvio, atingem apenas uma criminalidade aparente”⁶⁹. Os autores de crimes especializados e complexos – e que normalmente estão mais perto dos bairros nobres do que das periferias –, não são os alvos preferenciais da polícia.

Esta seletividade acaba por solidificar aquilo que a literatura chama de criminalização da pobreza. Para Loïc Wacquant, a seleção feita pelas polícias, que atravessa de modo quase sempre invariável as demais instâncias formais de controle – órgão acusador, judicial e cárcere –, “serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado”⁷⁰. Ainda segundo o Autor, é evidente o papel policial na produção de uma violência estatal direcionada dentro do atual paradigma neoliberal e de diminuição do já precário estado social, exprimindo “uma tendência de fundo à expansão do tratamento penal da miséria, que, paradoxalmente, decorre precisamente do enfraquecimento da capacidade de intervenção social do Estado e do abandono de suas prerrogativas diante da figura supostamente onipotente do mercado, isto é, a extensão da lei econômica do mais forte”⁷¹.

Parece evidente, portanto, que as polícias militares brasileiras compõem a primeira instância formal de controle social que seleciona, estigmatiza e violenta grupos historicamente e economicamente oprimidos. Num Brasil marcado por forte classismo e abissais desigualdades sociais e econômicas, os direitos fundamentais continuam sendo direitos da burguesia. A hipótese que se pretende suscitar é a de que isto é consequência, direta e indireta, também de uma equivocada estrutura policial militarizada, a qual, ao atrelar as forças policiais às forças armadas, incorre em graves erros de formação e atuação dos policiais.

As polícias militares estaduais, nos moldes hoje conhecidos, foram criadas por meio do Decreto-lei 667⁷², de 02 de julho de 1969, em plena ditadura militar e na vigência do Ato Institucional 5 (AI-5).

Logo no artigo 1º da referida norma, lê-se que as polícias militares são consideradas forças reservas do exército, subordinando o seu controle e organização ao Ministério do Exército. Considerando o período vivido, não é difícil entender o motivo da opção feita pelo então presidente Costa e Silva.

O governo, à época composto por militares, autoritário e repressivo, precisava de forças de controle e de repressão próximas à população, que estivessem nas cidades, nos bairros, nas periferias, para conter os possíveis subversores da ordem pública.

A polícia militar estadual surgiu com o propósito de servir à ditadura militar. Não tinha a finalidade de proteger os cidadãos, mas sim de defender o Estado brasileiro – a “segurança nacional” – daqueles que se opunham e lutavam contra o regime em vigor.

Com o fim do período ditatorial, era de se esperar que a organização das forças policiais fosse alterada, de forma a se adequar ao estado democrático e de direito que se restabelecia. Mas, pelo contrário, a superação formal do regime antidemocrático alterou muito pouco o funcionamento

das estruturas policiais estaduais e “deu-se no seio do texto constitucional guarida a todas as estruturas policiais já existentes”⁷³. O artigo 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988, reitera que as polícias militares são forças auxiliares e reserva do exército brasileiro, mas agora subordinadas aos governadores dos estados-membros, do Distrito Federal e dos territórios.

Considerando os antecedentes históricos daquela polícia militar ditatorial – que invocava o interesse e a segurança nacional para exercer o seu poder de repressão –, não parece despiciendo inquirir, agora num regime democrático, a quem realmente serve a polícia militar. Seve a defesa do Estado face a um inimigo interno ou serve a proteção de seus cidadãos?

Um dos maiores problemas associados ao treinamento de policiais para uma guerra urbana é o de que estes buscarão o amparo de um discurso belicoso e extremamente violento para legitimar suas ações; um discurso que pregue a existência de um inimigo interno que perturba a ordem e precisa ser combatido e aniquilado. O resultado disso é a existência de uma polícia que defende uma certa visão dos interesses do Estado, ainda que estes estejam em desconformidade com os da população que, em tese, deveria proteger. Não é demais lembrar que dentro do próprio Estado não é admissível a existência de categorias de “cidadãos inimigos” a serem aniquiladas.

A militarização das polícias estaduais e a sua fundação na concepção de “guerra contra o inimigo interno” consegue explicar grande parte da violência e do autoritarismo policial; são características que fazem com que determinados grupos de cidadãos não sejam vistos e tratados como sujeitos de direitos, mas sim como inimigos em potencial do Estado.

Outro desdobramento incompreensível da militarização é o deslocamento da competência para apurar possíveis crimes cometidos por policiais – no exercício de suas funções – da justiça comum para a justiça militar⁷⁴. Uma vez que serão julgados também por militares, a chance de que o senso corporativista fale mais alto e penas mais brandas, ou nenhuma pena, sejam aplicadas é muito maior.

Para além de tudo acima dito, cabe apontar que a organização militar é prejudicial também aos próprios policiais. Dentro de suas corporações, estão sujeitos a constantes violações de direitos, humilhações e até prisões disciplinares, caso contrariem ordens de agentes superiores na hierarquia militar.

Aos policiais militares também é vedado o direito de sindicalização e de greve (art. 142, § 3º, inciso IV, da  [CF](#)), o que limita fortemente a possibilidade de reivindicação de melhores condições de trabalho e de remuneração, o direito de filiação partidária (art. 142, § 3º, inciso V, da  [CF](#)), e o direito de livre manifestação de pensamento (normalmente, os regimentos disciplinares das polícias estaduais contêm normas que vedam a manifestação política, críticas a atos de governo ou de superior hierárquico). Isso cria uma categoria de “subcidadão”, que não pode gozar de direitos fundamentais. Não é exagero dizer que os policiais militares vivem em permanente estado de exceção, regidos por uma legislação de exceção.

Colocados numa posição de inferioridade, mas bombardeados com discursos de exaltação autoritária e de ordem, a atividade dos policiais é transformada em vocação para defesa da pátria contra o inimigo, deixando de haver o reconhecimento da própria condição de proletário e de cidadão. Afinal, como pode o policial preocupar-se em garantir os direitos dos cidadãos se ele próprio não tem os seus garantidos?

Contudo, um grupo de policiais conscientes de sua condição, organizados no “Movimento Policiais Antifascismo”, defende que os agentes da segurança pública sejam tratados como trabalhadores, com os mesmos direitos de quaisquer outros, e não como soldados⁷⁵. Isso porque a militarização da segurança pública expõe a vida dos policiais ao nível de risco das vítimas da própria violência destes.

A par de todos os argumentos apresentados, um grupo de senadores encabeçado pelo senador Lindbergh Farias elaborou uma proposta de emenda constitucional (instrumento adequado para

alterar os dispositivos da  [Constituição Federal](#) que tratam da segurança pública), a PEC 51, de 2013⁷⁶, atualmente em trâmite perante o Senado Federal, que propõe o fim da polícia militar e a criação de uma nova polícia, de natureza civil, desvinculada das forças armadas, e unificada, com atribuições ostensivo/preventiva e investigativa⁷⁷.

A PEC 51 considera que a desmilitarização das polícias

implica reestruturação profunda da instituição policial, no caso, da atual Polícia Militar, reorganizando-a, seja quanto à divisão interna de funções, seja na formação e treinamento dos policiais, seja nas normas que regem seu trabalho, para transformar radicalmente o padrão de atuação da instituição. Sem prejuízo da hierarquia inerente a qualquer organização, a excessiva rigidez das Polícias Militares deve ser substituída por maior autonomia para o policial, acompanhada de maior controle social e transparência. O policial deve se relacionar com a sociedade a fim de se tornar um microgestor confiável da segurança pública naquele território, responsivo e permeável às demandas dos cidadãos. Esta transformação, evidentemente, deve ser acompanhada de valorização destes profissionais, inclusive remuneratória⁷⁸.

A PEC procura também dar uma definição constitucional à polícia, hoje ausente no texto da  [CF/88](#). Neste novo modelo proposto “a polícia é definida como instituição de natureza civil que se destina a proteger os direitos dos cidadãos e a preservar a ordem pública democrática, a partir do uso comedido e proporcional da força”⁷⁹. Num país que se preocupa tanto com a positivação de suas normas (já diria o jargão popular: “se não estiver escrito, não vale”), talvez a expressa menção à proteção dos cidadãos possa finalmente clarear a verdadeira função da polícia.

Outro ponto de grande relevância previsto na proposta de emenda à Constituição é a criação de uma Ouvidoria Externa, com autonomia funcional e administrativa, dirigida por um presidente com independência e mandato fixo, a qual terá competência regulamentar e disciplinar, podendo decidir, inclusive, pela demissão do cargo⁸⁰. Hoje, o controle da atividade policial militar é realizado por corregedorias internas, o que resulta em grande comprometimento da apuração de irregularidades, e pelo Ministério Público (a atuação deste restringe-se, contudo, à apuração de possíveis irregularidades e posteriores postulações perante os tribunais).

Diante das informações trazidas sobre a composição e modo de funcionamento das polícias, é difícil ter dúvidas de que, no atual contexto, a polícia militar atua como agente da segurança pública e como agente do crime: “são os subversores da disciplina e hierarquia militares, usadas como argumentos para justificar a permanência da estrutura militar na força policial brasileira”⁸¹.

Dentro das favelas e das periferias, atuando também como milicianos,

abusam do monopólio da violência garantida pelo Estado, que lhes fornece treinamento e armas. São os que têm ou tiveram a função de garantir o cumprimento da lei, mas agem ao arrepio da lei, contra a lei, não só para fazer da segurança um negócio lucrativo, mas também para explorar, em muitos outros empreendimentos, os mais vulneráveis entre os trabalhadores urbanos, aqueles que não têm garantias legais na habitação, não têm acesso à Justiça e à informação, não têm protetores institucionais nas localidades onde vivem⁸².

Apresentam-se como agentes do Estado, garantes da paz e da segurança, mas impõem suas próprias leis em busca de poder político e militar obtido pelo controle do território das favelas, perpetuando a ausência estatal e alternando com as organizações criminosas do tráfico de drogas o comando do local.

É claro que a desmilitarização das polícias não seria suficiente para coibir a violência policial e a corrupção de agentes que ingressam nas milícias. A resposta está longe de ser simples, pois, verdadeiramente, passa por um conjunto de profundas reformas da segurança pública, do Judiciário e legislativa (notadamente a descriminalização das drogas e o investimento público no tratamento voluntário dos usuários que sejam dependentes), ao enfrentamento de problemas sociais e estruturais – como o racismo, o classismo, as vertiginosas desigualdades sociais e econômicas, etc. – e ao fortalecimento de um estado social. Mas, uma coisa é certa, a militarização das polícias parece ser um instrumento útil à percepção do outro como o inimigo que se pode abater e ao ingresso no submundo das atividades ilícitas.

5.2. Repensar o modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico

Intrinsicamente relacionadas ao discurso de guerra às drogas, as milícias são também, por isso, um fruto da falência do sistema de prevenção e repressão ao uso de estupefacientes no Brasil. Envoltas em uma capa de legitimidade, as milícias são promovidas frente à população como formas de expurgo da criminalidade e do narcotráfico.

Na própria conceituação das milícias, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias no estado do Rio de Janeiro trouxe a ideia de que um dos pontos centrais é o discurso de legitimação relativo à proteção dos habitantes contra a ameaça do crime, a desordem e, em última instância, contra o mal, simbolizado na figura do narcotraficante⁸³:

diferentemente do tráfico, que não precisa de legitimação, que se justifica pela simples violência, a milícia não pode se apresentar como um grupo a mais do crime organizado. Tem que se apresentar como alternativa ao narcotráfico. Tenta assim se legitimar pelo seu oposto, como um mal menor⁸⁴.

Os grupos milicianos acabam por assumir o monopólio do uso da força em regiões onde o Estado brasileiro, historicamente, omitiu-se no exercício de sua soberania – é o que Silva, Fernandes e Braga consideram ter acontecido nos territórios populares, especialmente nas favelas do Rio de Janeiro⁸⁵. Este é o processo que, conforme os Autores, permitiu que “a regulação das relações e o ordenamento social fossem privatizados por diferentes grupos criminosos armados – como o tráfico de drogas, a polícia mineira e as milícias – em inúmeros espaços populares da cidade”⁸⁶.

Ocorre que a omissão no exercício da soberania deve ser compreendida mais como falha na assistência básica às populações periféricas e menos como ausência de posicionamento estatal quanto à segurança pública. Existe no Rio de Janeiro, há mais de duas décadas, um modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico que se baseia na ideia de “guerra às drogas” e que tem como medidor de eficiência sua letalidade. Esse modelo de segurança adquire contornos relativamente definidos a partir da década de 1990, mas só se aprofunda mais notoriamente por volta da entrada no século seguinte. As “megaoperações” e o uso dos “caveirões” tornam inegável essa concepção bélica na política de segurança e a escolha de uma segurança pública criminalizadora da parcela mais pobre da população e progressivamente militarizada⁸⁷.

Ainda assim, mantêm-se os altíssimos níveis de criminalidade dentro dessas comunidades e, ao invés de realocar recursos à assistência social das populações periféricas, mantêm-se as políticas de extermínio, nos moldes da “megaoperação” do Complexo do Alemão: “A “guerra contra o crime” não tem, como alegam as autoridades, tornado o Rio de Janeiro mais seguro. O Estado apresenta em média uma taxa em torno de 50 homicídios a cada 100.000 habitantes, o que o coloca na terceira posição entre os mais violentos do Brasil, ficando atrás apenas de Pernambuco e Espírito Santo, respectivamente. A situação se agrava ainda mais se analisarmos os homicídios juvenis, em que o Rio de Janeiro ultrapassa a taxa de 100 homicídios para cada 100.000 jovens. Os autos de resistência, que não são computados nesses montantes, contribuem para alçar o Rio a um patamar ainda mais elevado no que diz respeito a homicídios⁸⁸.

Mas o discurso oficial, conforme aponta Beatriz Vargas, em resposta à permanência da circulação e do consumo de drogas, é o de que a vitória ainda não foi alcançada, porque a guerra não começou de verdade, sendo necessários “mais recursos, mais armas, mais polícia, mais tecnologia, mais encarceramento, mais leis, mais eficiência, mais velocidade”⁸⁹.

Dessa forma, os grupos milicianos assumem o monopólio do uso da força em regiões onde o Estado brasileiro, historicamente, omitiu-se no exercício de sua soberania, precisamente porque o Estado brasileiro falhou no exercício de sua soberania, na tentativa de mostrar-se presente apenas de forma bélica, e não como provedor de condições plenas de exercício da cidadania.

A política de guerra às drogas e o fomento do pânico social quanto ao assunto serve a uma pluralidade de interesses dos milicianos. Além de aumentar o seu apoio face às comunidades através de um discurso de legitimação que colhe frutos até mesmo entre agentes do Estado, contribui para alavancar os interesses econômicos dos participantes. Por outro lado, os milicianos

presentes nas comunidades podem ainda servir como importante fomento eleitoral. Como relata Alves, “líderes milicianos declaram, sem pudor, o apoio que dão, em campanhas eleitorais, a deputados estaduais que ocupam altos postos na ALERJ⁹⁰”.

A propaganda do narcotráfico como inimigo número um do Estado e da população é o que permite a leniência dos cidadãos face à assunção pela milícia de todos os demais negócios ilícitos que possam acontecer nas comunidades periféricas:

o ano de 2006 foi marcado pela eclosão desses grupos de extermínio/milícias num crescente número de áreas. Inicialmente a mídia e políticos os enalteceu enquanto defensores dos pobres contra a barbárie do tráfico de droga. Posteriormente, passou-se a perceber, mesmo que a contragosto e de forma mais tímida, as reais conseqüências do controle criminoso que esses grupos estabeleciam⁹¹.

Conforme bem destacam Silva, Fernandes e Braga⁹², esses grupos se apoiam em um discurso fortemente moralista e centrado na promessa de ordem e paz; ao dominar uma área antes controlada pelo tráfico de drogas, as milícias costumam “eliminar” o tráfico de drogas no varejo, mas realizam a exploração de todas as demais atividades ilegais existentes no território. Exemplos de tais atividades criminosas, como relata Alves quanto ao bairro do São Bento, em Duque de Caxias, são “o gatonet [acesso clandestino à internet e à TV a cabo], o transporte clandestino de pessoas, a distribuição de água, a venda de gás e a venda de votos”⁹³. A ação do grupo, em alguns casos, como o de São Bento, chega a passar por dinâmicas de especulação imobiliária:

uma Área de Proteção Ambiental – APA, o Morro do Céu, passa a ser desmontada por milicianos, que vendem o barro dela extraído para que a população aterre Área de Preservação Permanente – APP, a formada pela imensa área de pântano, em frente à Refinaria Duque de Caxias – Reduc, nas margens da Rodovia Washington Luís, entre os rios Iguaçú e Sarapuí, onde os milicianos vendem lotes por 13 mil reais, todos com Registro Geral de Imóveis – RGI. Isto mesmo, documentação legal. [...]. Ações do Ministério Público apenas inflamaram mais ainda os ânimos dos milicianos, que incendeiam a vegetação com o intuito de favorecer a ocupação⁹⁴.

Além disso, em diversas comunidades, as milícias introduziram uma prática que não era utilizada anteriormente pelo tráfico: a cobrança de mensalidades a título de taxa de segurança e remuneração à segurança privada⁹⁵. Vale destacar, contudo, que a adesão à suposta proteção oferecida pelos milicianos nem sempre é voluntária. Segundo ressalta Cano, um dos elementos centrais à própria definição da milícia é a coação sobre os moradores. Ainda que a intensidade de coação seja muito variada, “em muitos casos, os moradores são obrigados, sob ameaças, a pagarem uma taxa para garantir sua proteção, o que pode ser caracterizado como extorsão”⁹⁶.

Um dos dados mais surpreendentes sobre o tema é precisamente apresentado por Cano, já em 2008, a partir da análise de ligações para o Disque-Denúncia (central de atendimento especializada em atender a população que vivencia ou presencia ações criminosas recebendo relatos através das ligações anônimas⁹⁷) e relacionadas com condutas de milicianos:

As denúncias correspondem a naturezas muito diversas. Cada denúncia pode conter várias naturezas de crimes ou infrações. De fato, existem 7.958 naturezas diferentes para as 3.469 denúncias, isto é, há uma média de mais de duas naturezas por denúncia. As naturezas mais freqüentes, aquelas que aparecem num mínimo de 30 denúncias, podem ser observadas na tabela seguinte. Acusações de extorsão e ameaça eram esperadas, em função da cobrança de taxas. Mais de 500 acusações por homicídio confirmam a natureza violenta destes grupos e do tipo de dominação que estabelecem. Talvez o resultado mais surpreendente seja a presença de quase 400 acusações de tráfico de drogas, o que acaba de desfazer o mito de que as milícias representam uma alternativa ao domínio dos narcotraficantes ou uma cruzada contra o narcotráfico. O tráfico de entorpecentes pode não ser a atividade principal nem a fonte central de lucros destes grupos, mas as denúncias freqüentes neste sentido revelam que muitos deles toleram ou praticam também o tráfico dentro das suas áreas de influência. A presença de roubos e outros tipos de crimes sugere que as milícias são, em muitos casos, grupos de crime organizado que praticam diversos delitos nos territórios sob o seu controle⁹⁸.

A classificação da denúncia como relativa a milícias pelos atendentes do disque denúncia, conforme Cano, parece ter em consideração um critério nominal e não substantivo, dependendo do uso literal do próprio termo “milícia” pelo denunciante durante o seu depoimento. Assim, Cano considera o disque-denúncia, mais do que elemento de rastreamento de ocorrências, uma forma de medir a extensão do uso do termo. Apesar de o fenômeno poder ser anterior, a existência do termo

é novidade, inexistindo relatos sobre ele até 2006⁹⁹.

No entanto, o fenômeno detectado entre 2006 e 2008 relatava uma prática, apesar de surpreendente, ainda incipiente se comparada com a realidade encontrada em 2018 em pesquisa de metodologia semelhante a partir dos dados do Disque-Denúncia, realizada em 2016 e 2017 pelo *The Intercept Brasil*. Conforme destaca o jornal, a análise dos dados relativos a denúncias segue sendo uma das melhores formas de mapear o fenômeno, uma vez que, até 2018, inexistem dados sistematizados pelo governo acerca do avanço das milícias no Rio de Janeiro¹⁰⁰.

Com base nas informações cedidas pelo Disque-Denúncia, das 6.475 ligações que o serviço recebeu em 2017 e 2018 referentes a atividades de grupos de traficantes e paramilitares na capital carioca, 65% referiam-se a milicianos: “há uma década, usar drogas em áreas de milícia era terminantemente proibido, para “proteção das criancinhas”. Mas as milícias – que vendiam favelas de “porteira fechada” – hoje também vendem drogas e são concorrentes do tráfico. Dependendo da estratégia do negócio, até alugam bocas de fumo de traficantes¹⁰¹”.

A propósito dessa constatação, cabe destacar a percepção de Beatriz Vargas acerca da utilização de drogas pela humanidade: “o uso de droga pode, sem dúvida, significar um mal, do ponto de vista do indivíduo, mas é um fato normal, do ponto de vista da sociedade. Diz-se “normal” não como sinônimo de “recomendável” ou “saudável”, mas em simples oposição a “anormal”, “fora dos padrões” ou “contrário aos costumes”. Assim, o consumo de droga, longe de ser algo estranho ou paralelo à sociedade, é, antes, um fenômeno a ela inerente e por ela mesma produzido¹⁰²”.

O que se pode perceber é que muito é feito pelo Estado no sentido de combater o “o inimigo interno número um”, a figura estereotipada do traficante; mas a política bélica contra as drogas não enfrenta as razões primordiais pelas quais o indivíduo se envolve com o tráfico e/ou com o consumo e gera uma política de extermínio que tem preferências de idade, cor, geografia e classe social:

anormalidade, mal, flagelo, crime e doença, são palavras-chave do discurso da criminalização. Ao mesmo tempo em que fundamentam o combate, conferindo-lhe uma razão de ser, qualificam essa racionalidade como benéfica, por oposição de sentido às categorias do mundo da droga. Quem defende de capa e espada a estratégia proibicionista, porque acredita que o consumo de drogas constitui um mal, está convencido de que coagir o outro, se preciso for, a adotar o comportamento “certo”, para o seu próprio bem, é uma missão salvadora – ainda que o outro não esteja convencido quanto à bondade da intenção ou quanto à necessidade das medidas utilizadas para obter sua conformação à regra de comportamento. Tal atitude, própria de quem se interessa mais pelos fins que pelos meios, pode ser definida como “empreendedorismo moral”, atividade de quem cria regras ou mesmo, embora menos típica, também de quem as impõe, e cujo modelo, segundo Howard Becker, é o do “reformador cruzado”, cujos exemplos são o defensor da Lei Seca, os que pretendem eliminar o vício ou certos comportamentos sexuais e os que desejam banir o jogo[...]¹⁰³.

O fato é que o mercado de entorpecentes é extremamente lucrativo. Conforme pôde estimar levantamento da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizado em agosto de 2016, o mercado de drogas é responsável pela circulação de aproximadamente R\$ 5,69 bilhões em maconha por ano; o gasto total com cocaína foi estimado em R\$ 4,7 bilhões; com o crack, em R\$ 3 bilhões e, com o ecstasy, em R\$ 1,2 bilhão¹⁰⁴. A partir disso, é fácil perceber que o mero discurso moralista não é capaz de afastar dos grupos milicianos a tentação pelo lucro, ainda mais quando se tem em conta que sua constituição (onde sobressaem policiais, bombeiros, militares e outros funcionários públicos) os protege de um dos maiores obstáculos enfrentados pelo narcotráfico, os confrontos com a polícia.

Assim, o que se percebe é que, de seu nascimento à sua expansão pelas regiões do Rio de Janeiro e por outros estados brasileiros, as milícias estão intimamente conectadas à falida política de repressão ao tráfico do consumo de drogas no Brasil, a qual é baseada na propaganda de guerra, com a excessiva militarização das operações que se convertem em verdadeira política de extermínio. De tal forma, legitimam-se as ações de grupos criminosos que se posicionam como “mal menor” frente ao propagado como inimigo número um da sociedade; assumindo, de forma ostensiva, o rótulo de exterminadores.

Ademais, mesmo fundados no discurso moralista de limpeza da criminalidade e combate às drogas, tais grupos tendem a assumir as fontes de lucro ilícitas que costumavam ser controladas pelo tráfico, com o incremento das práticas de extorsão e, apesar do suposto desincentivo às práticas de tráfico varejista, acabam por participar ativamente do lucrativo mercado ilícito de estupefacientes. Assim sendo, a urgência de enfrentar os problemas postos pelas milícias soma-se aos inúmeros argumentos para a reforma do modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico, sublinhando, ainda mais, o fracasso da política criminal cujo lema é a *war on drugs*, que trata o fenômeno apenas como questão de polícia, sem tratar suas causas e sem encarar sua faceta de problema de saúde pública.

A solução para a questão passa, antes, pela presença e assistência efetiva do Estado nas áreas historicamente negligenciadas, não pelo incremento à política repressiva e seletivamente criminalizadora:

nesse contexto, o desafio que se coloca para o Estado em relação aos territórios dominados por estes grupos criminosos armados é a construção de caminhos para a retomada do controle sobre a oferta dos serviços públicos e o funcionamento dos equipamentos urbanos; a regulação das relações de propriedade, a garantia da segurança dos cidadãos e do direito de circulação pela cidade, entre outros direitos fundamentais, através de estratégias que não estejam pautadas no uso da força ou na lógica do confronto, mas sim em uma atuação republicana capaz de gerar adesões da sociedade e legitimidade para este processo¹⁰⁵.

A política de repressão do uso e tráfico de drogas adoptada no Brasil foi inspirada no modelo antes acolhido pelos Estados Unidos da América, com resultados pífios no que respeita à prevenção da criminalidade, mas com números assombrosos no que tange à expansão do encarceramento¹⁰⁶.

A adopção de uma política criminal que tem sido apodada de estritamente retributiva teve como consequência um enorme aumento da população encarcerada – um aumento que não é apenas enorme em si mesmo, mas que também é enorme porque parece não corresponder a um aumento significativo da criminalidade¹⁰⁷ e porque é desproporcionadamente centrado nos grupos sociais mais excluídos, sobretudo os afro-americanos¹⁰⁸. Depois de Wilson e de Martinson terem apontado a ineficácia da intervenção ressocializadora e se ter alegado que “o isolamento e a punição”¹⁰⁹ eram as finalidades principais da intervenção penal, a população prisional norte-americana aumentou, entre 1972 e 2003, cerca de 500%, para um crescimento populacional, no mesmo período, de apenas cerca de 37%¹¹⁰.

A preocupação com a segurança em detrimento da orientação para a não dessocialização faz com que a actuação do sistema punitivo aprofunde a exclusão social de grande parte dos cidadãos condenados¹¹¹. Segundo Loïc Wacquant, “a filosofia penal hoje dominante nos Estados Unidos pode ser resumida através desta expressão muito utilizada entre as profissões penitenciárias: *‘Make prisoners smell like prisoners’*”, assim se compreendendo a reintrodução de elementos, ao nível da execução da pena, ou com o mero intuito de causar sofrimento, ou com um valor simbólico de humilhação¹¹².

O que se julga surpreendente é, porém, essencialmente a comparação entre os números que comprovam o crescimento das condenações a pena de prisão nos Estados Unidos e os números que certificam a diminuição dos níveis da criminalidade conhecida no mesmo país, pelo menos até ao final do século passado.

Questionando esta diminuição a partir da verificação do incumprimento da previsão (feita por alguns criminólogos de direita) de que o aumento do crime provocaria nos Estados Unidos um “verdadeiro banho de sangue” antes do final do século, Steven Levitt e Stephen Dubner justificam esse decréscimo do crime desde os anos noventa do século passado a partir da verificação da relativa irrelevância do funcionamento da justiça penal para lograr atingir tal objectivo. A explicação que encontram é, pelo contrário, sobretudo baseada em um certo desenvolvimento económico, no crescimento do emprego e em factores de natureza demográfica¹¹³.

A política criminal brasileira parece ter sido inspirada neste modelo de expansão da intervenção punitiva estadual através da expansão do encarceramento. Trata-se, pois, de uma *certa expansão*,

ou uma expansão portadora de características específicas. Em primeiro lugar, uma intervenção punitiva em que decaem os ideais de socialização e de reparação. Em segundo lugar, uma intervenção punitiva crescente e feroz que não parece ter sido desencadeada por um qualquer alarmante crescimento da criminalidade. Em terceiro lugar – e com especial relevo, segundo se julga –, uma intervenção punitiva que não se crê ter sido a principal responsável pelo decréscimo da criminalidade que se terá verificado nos Estados Unidos da América sobretudo na década de noventa do século passado. Em síntese: (I) uma maior e mais severa intervenção punitiva que não foi justificada por uma criminalidade maior e, sobretudo, (II) uma intervenção punitiva que não foi condicionante de uma criminalidade menor.

6. Considerações finais: o Estado de Direito na mira do fuzil do miliciano

A expansão, no Brasil, da atuação ilícita das milícias representa um perigo que parece, sob um enfoque criminológico, muito superior àquele associado ao crime organizado “tradicional”. Com efeito, se as milícias se vão apropriando também dos negócios tipicamente associados às organizações criminosas, como o tráfico de estupefacientes ou a extorsão, com todo o potencial de danosidade que lhes está associado, pode afirmar-se que existem vários problemas adicionais nestes grupos que, a partir de certo momento, se configuram, eles próprios, como organizações criminosas *sui generis*. Esses problemas adicionais convergem num ataque sem precedentes ao Estado de Direito e a um certo modelo de justiça penal, dito de inspiração iluminista, que assenta numa ideia de publicização integral da justiça penal, com a erradicação da vingança privada.

Ou seja: mesmo que as milícias se dedicassem apenas a combater o crime de forma paralela à repressão penal de que o Estado está incumbido, mesmo que não se ocupassem elas próprias de prática de outros crimes de tráfico ou extorsão, tratar-se-ia, ainda assim, de uma ofensa incalculável ao Estado de Direito que chama a si o monopólio do exercício da justiça penal. A inflicção de sofrimento desligada do processo garantístico inerente ao processo penal público configura, em si mesma, a prática de vários crimes, consoante o modo de reacção perfilhado. Mas significa, também, uma humilhação para o Estado. Uma degradação daqueles que devem ser os papéis do Estado.

Comemorou-se em 2014 a passagem de 250 anos desde a publicação da obra-prima de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, dada à estampa na Itália de 1764, estudo que marca, através de uma inultrapassável crítica à justiça penal do Antigo Regime, o dealbar do Iluminismo Penal, com tudo o que isso significa de humanização do sistema punitivo, nomeadamente através da promoção da legalidade, da proporcionalidade, da secularização da reacção penal ou da igualdade.

Todavia, o segmento do pensamento de Beccaria que sobretudo importa a esta reflexão prende-se com a ideia de publicização da justiça penal, que a partir de então não mais parou de se fortalecer, também ancorada na concepção dominante de que a função do direito penal é a protecção subsidiária de bens jurídicos e já não, portanto, de interesses privados ou de necessidades das vítimas.

De forma necessariamente sucinta, cumpre recordar o enfoque do Iluminismo Penal¹¹⁴ e da teoria do contrato social¹¹⁵ na ideia de que a reacção justa ao crime é uma reacção *pública e proporcionada*.

Da ideia de pacto social como fonte de legitimação do poder estadual de punir decorre a conformação da punição como instrumento para a protecção da esfera de liberdade de cada cidadão contra crimes *futuros* e de protecção da sociedade, mas não já os interesses da vítima concreta e passada no núcleo da reacção ao crime¹¹⁶.

Ora, para ilustrar essa concepção do que seria reagir ao crime com justiça, ainda sob esse enfoque iluminista que se julga preservar grande influência no actual modelo dominante de reacção ao crime, parece essencial aquilo que Cesare Beccaria, em jeito de conclusão da sua obra *Dos Delitos e das Penas*, afirmou sobre a pena: “para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis”¹¹⁷.

Sublinhe-se, para o objecto que a este estudo sobretudo interessa, essa afirmação primeira de que a pena deve ser *pública*. Um traço distintivo da evolução da justiça penal é, todos o sabemos, o da sua publicização: o crime deixa progressivamente de ser visto como um assunto da vítima, da sua família ou grupo, e passa a ser entendido como um assunto da sociedade que vem a ser representada pelo Estado.

Para Beccaria, “a única e verdadeira medida dos delitos” é “o dano à sociedade”, – e não a “intenção de quem os comete”, nem “a dignidade da pessoa ofendida”, nem “a gravidade do pecado”. Depois de distinguir três espécies de delitos (aqueles que “destroem imediatamente a sociedade ou quem a representa”; aqueles que “ofendem a segurança privada de um cidadão na sua vida, bens ou honra”; aqueles que são “acções contrárias àquilo que cada um é obrigado pela lei a fazer, ou a não fazer, com vista ao bem público”), o Autor reafirma que “todo o delito, mesmo privado, ofende a sociedade”¹¹⁸.

Nesta medida, ao afirmar-se enquanto “manifesto do garantismo”¹¹⁹ e ao pôr o “acento daquilo que pode merecer o nome de delito” no dano à sociedade¹²⁰, a obra *Dos delitos e das penas* assume papel decisivo na configuração do paradigma liberal da justiça penal.

Posteriormente, aprofunda-se essa hipervalorização do bem da sociedade, que passa a ser vista como um ser em si mesma, como que com uma vida própria e interesses também específicos, um ser que é mais do que a mera soma dos indivíduos que o compõem. Essa tendência, associada ao surgimento das concepções organicistas da sociedade – que Silva Dias bem apresenta como “difundidas no século XIX sob o impulso do movimento romântico e idealista, da escola histórica, da filosofia de Hegel e do positivismo sociológico”¹²¹ –, contribui para o aguçar da concepção da justiça penal como um assunto da comunidade, e um assunto desligado daqueles que são os intervenientes no conflito criminal concreto, que deixam de poder reagir autonomamente contra a ofensa que lhes foi dirigida.

Neste sentido, mesmo que a atuação das milícias se cingisse à repressão de crimes praticados por outros, o uso da força inerente ao desempenho privado de funções que a lei atribui exclusivamente ao Estado sempre significaria, por si só, a adopção de comportamentos ilícitos. Mas quando, para além disto, as milícias se “apropriam” da lucrativa criminalidade até então controlada pelas organizações criminosas ditas tradicionais, obstando à sua persecução penal pelo Estado e aproveitando-se da sua capa de impunidade para prosseguirem nas suas actividades ilícitas, somos confrontados com a erosão da última fronteira entre os agentes do crime e os agentes do Estado que persegue e pune o crime. Somos confrontados com a mais funda injustiça. Marielle talvez já não o possa clamar de viva voz. Mas as nossas vozes sempre poderão juntar-se à dela.

Referências bibliográficas

ABRAMSKI, Sasha. *American furies* – Crime, punishment and vengeance in the age of mass imprisonment. Boston: Beacon Press Books, 2007.

ALVES, J. C. S. Milícias: Mudanças na economia política do crime no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

ALVES, J. C. S. Baixada Fluminense: reconfiguração da violência e impactos sobre a educação. *Movimento-revista de educação*, n. 3. 2015.

ANDRADE, Vieira; FERRÃO, Ricardo. *Organização do Estado Português*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!:* homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

AUSTIN, James; IRWIN, John. *It's about time* – America's Imprisonment Binge. 2. ed. São Francisco: The Wadsworth Contemporary Issues in Crime and Justice Series, 1997.

- BARBAGLI, Marzio. Introdução. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?. *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*. Bolonha: Il Mulino, 2000.
- BEATO, Cláudio; COUTO, Vinícius. *O fenômeno criminal chamado milícia: práticas criminais sob uma análise de redes sociais*. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9229-milicias-e-a-estruturacao-criminal-praticas-criminais-sob-uma-analise-de-redes-sociais/file].
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BRAITHWAITE, John. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGERS, Lawrence M. (Ed.). *White-collar crime: classic and contemporary views*. 3. ed. The Free Press, 1995.
- BRASIL. Luciana da Silva Teixeira. Câmara dos Deputados. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. 2016. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil]. Acesso em: 01.11.2018.
- BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Org. Thandara Santos [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a tradição política liberal do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 63, 1981.
- BRITO, José de Sousa. A lei penal na Constituição. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Jorge Lisboa: Petrony, 1978. II v.
- CAEIRO, Pedro. Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bio-bibliográficas, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXI, 1995.
- CANO, Ignacio. Um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). *Seis por meia dúzia? Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.
- CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*. A evolução das milícias no Rio de Janeiro [2008-2011]. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. 151p. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf].
- CHAVES JUNIOR, Airto. *Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro. In: AMBOS, Kai et al. (Org.). *La policía en los estados de derecho Latinoamericanos*. Colombia: Gustavo Ibañez, 2003.
- COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repressão política: origens e consequências do Esquadrão da Morte: Relatório .t. I – Parte I – Repressão política: origens e consequências do esquadrão da morte. Disponível em: [http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap2.html]. Acesso em: 01.11.2018.
- COSTA, José de Faria. “Ler Beccaria hoje”, ensaio introdutório a *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- COSTA, Liana. *Não é só no Rio. As milícias estão em 15 estados de norte a sul do país*. 2018. Disponível em: [https://www.metropoles.com/materias-especiais/nao-e-so-no-rio-milicias-estao-em-

15-estados-de-norte-a-sul-do-brasil]. Acesso em: 18.10.2018.

COSTA ANDRADE, Manuel. *A vítima e o problema criminal*. Dissertação para exame do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

CRESCIMENTO das milícias no Rio de Janeiro, 25.04.2018. Direção de Caco Barcellos. Coordenação de Janaína Pirola. Rio de Janeiro: TV Globo – *Profissão Repórter*, 2018. (44min.). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=CKTlNv5rtq4]. Acesso em: 19.08.2018.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta mere Prohibita* – Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DISQUE-DENÚNCIA (Rio de Janeiro). Quem Somos. 2015. Disponível em: [https://disquedenuncia.org.br/programas/Quem-Somos]. Acesso em: 06.11.2018.

FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Grupos criminosos armados com domínio de território: reflexões sobre a territorialidade do crime na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böli, 2008.

FGV DIREITO SP. Relatório ICJ Brasil – 1. sem. 2017. Org. Luciana de Oliveira Ramos et al. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 01.11.2018.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO. *Segurança pública em números 2018*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf]. Acesso em: 01.11.2018.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21.

HARCOURT, Bernard. *Illusion of order: the false promise of broken windows policing*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

GAFFNEY, Christopher. Securing the olympic city. *Georgetown Journal of Affairs*, 2012.

JORDÃO, Levy Maria. O fundamento do direito de punir. dissertação inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 1853. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 51, 1975.

KELLING, George; COLES, Catherine. *Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities*. Nova York: Simon & Schuster, 1997.

LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen, *Freakonomics* – A rogue economist explores the hidden side of everything. Nova York: Harper Coller Publishers, 2005.

MATHIESEN, Thomas; HJEMDAL, Ole Kristian. A new look at victim and offender – An abolitionist approach. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (Ed.). *What is criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MAUER, Marc. *Race to incarcerate: the sentencing project*. 2. ed. Nova York: The New Press, 2006.

- MESQUITA, António Pedro. *Liberalismo, democracia e o contrário* – Um século de pensamento político em Portugal (1820-1920). Lisboa: Sílabo. Coleção Sophia, 2006.
- MINGARDI, Guaracy. *Crime organizado* In: RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio De Janeiro: Diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, p. 13-25, out. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/03.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.
- MONTESQUIEU, Charles S. La tridivisión de los poderes. Trad. Alejandro Arteaga. *Revista Derecho del Estado*, n. 17, 1998.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- OLIVEIRA, Cecília et al. *Tá tudo dominado: exclusivo: as milícias assumiram o controle do Rio de Janeiro*. 2018. Disponível em: [https://theintercept.com/2018/04/05/milicia-controle-rio-de-janeiro/]. Acesso em: 18.10.2018.
- PALMARES. Relator Deputado Gilberto. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: [https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias]. Acesso em: 01.11.2018.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Presença, 2001.
- RIBEIRO, Camila; DIAS, Rafael; CARVALHO, Sandra. 2008. Discursos e práticas na construção de uma política de segurança: O caso do governo Sérgio Cabral Filho (2007-2008). *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da; REALE JÚNIOR, Miguel et al. (Coord.). *Direito penal especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ROSSI, Amanda. *Congresso aprova decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro: entenda o que a medida significa*. 2018. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079114]. Acesso em: 01.11.2018.
- SALGADO, Daniel. Atlas da violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176]. Acesso em: 01.11.2018.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco(da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- SIEYES, Emmanuel. *O que é o terceiro Estado?*. Trad. Teresa Meneses. Lisboa: Círculo de Leitores e

Temas e Debates, 2008.

SILVA, Itamar; ROCHA, Lia de Mattos. Associações de moradores de favelas e seus dirigentes: O discurso e a ação como reversos do medo. Segurança e milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

SILVA, Luís Antônio Machado. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Soc. Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100004].

SUBTIL, José. Sistema penal e construção do estado liberal: algumas questões em torno da Revolução de 1820. *Penélope*, Lisboa, n. 5, 1991.

TONRY, Michael. Crime and punishment in America. In: TONRY, Michael (Ed.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford University Press: 1998.

TOTAL de mortes violentas no Brasil é maior do que o da guerra na Síria. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2018. Disponível em: [<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/total-de-mortes-violentas-no-brasil-e-maior-do-que-o-da-guerra-na-siria.shtml>]. Acesso em: 01.11.2018.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Brazil*. Disponível em: [<https://undocs.org/A/HRC/21/11>]. Acesso em: 01.11.2018.

VARGAS, Beatriz. *A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal – Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito*, 2011.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Punir les pauvres – Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*. Marselha: Agone, 2004.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova York: Basic Books, 1975.

ZACCONE, Orlando. A política de segurança que mata policiais. *O Dia*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [<https://odia.ig.com.br/opiniaio/2018/06/5549133-orlando-zaccone-a-politica-de-seguranca-que-mata-policiais.html#foto=1>]. Acesso em: 01.11.2018.

ZAFFARONI, Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*, ano 1, n. 1.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZALUAR, Alba. *Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro: que paz?* São Paulo: Fundação Seade, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul.-dez. 2007.

YEH, May Lydia. Restorative justice, affirmative action sentencing legislation and the Canucks: lessons from our northern neighbor. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 7, n. 3, 2008.

- ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E REPRESSÃO JURÍDICO-PENAL NA REALIDADE BRASILEIRA, de Luciano Anderson de Souza - RIASP 30/2012/55
- ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - CRIME ORGANIZADO (LEI 12.850/2013), de Luiz Regis Prado - RT 938/2013/241
- "MAL DE POLÍCIA" - À PROPÓSITO DE UMA CRIMINOLOGIA RADICAL, de Augusto Jobim do Amaral - RBCCrim 111/2014/263
- O IMPACTO SOCIAL DA ORGANIZAÇÃO MILITAR DA POLÍCIA, de Almir Valente Felitte - RBCCrim 132/2017/193

FOOTNOTES

1

De acordo com o estudo *Atlas da Violência 2017*, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), “o Brasil registrou, em 2015, 59.080 homicídios”. No que respeita ao perfil das vítimas, é de notar que “os homens jovens continuam sendo as principais vítimas: mais de 92% dos homicídios acometem essa parcela da população [...]. A cada 100 pessoas assassinadas no Brasil, 71 são negras”. Por outro lado, parece relevante destacar que “pelos dados do FBSP, foram registradas em São Paulo 848 mortes decorrentes de intervenção policial, 645 no Rio de Janeiro e 299 na Bahia”. Há razões para supor que os números são, infelizmente, bastante superiores em 2016 e 2017, podendo encontrar-se, sobre isso, várias notícias nos meios de comunicação social, mas escassos elementos estatísticos.

2

SILVA, Luís Antônio Machado. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Soc. Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100004].

3

BEATO, Cláudio; COUTO, Vinícius. *O fenômeno criminal chamado milícia: práticas criminais sob uma análise de redes sociais*. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [<https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9229-milicias-e-a-estruturacao-criminal-praticas-criminais-sob-uma-analise-de-redes-sociais/file>].

4

Sobre a participação dos policiais em organizações criminosas, cabe destaque aqui a observação feita por Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (*Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio

de Janeiro: Revan, 2003. p 56-57): “Chamamos de *policização* o processo de *seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais*. As agências policiais latino-americanas, nos setores aos quais incumbe a pior parte do controle a seus cuidados, recrutam seus operadores nas mesmas camadas sociais com maior incidência da seleção criminalizante e vitimizante [...] este setor se vê instigado a assumir atitudes antipáticas e inclusive a ter condutas ilícitas, a sofrer isolamento e desprezo, a sobrecarregar-se de um estereótipo estigmatizante, a submeter-se a uma ordem militarizada e inumana, a passar por uma grave instabilidade no trabalho, a privar-se dos direitos trabalhistas elementares, a correr consideráveis riscos de vida, a incumbir-se da parte mais desacreditada e perigosa do exercício do poder punitivo”.

5

A vertente política é essencial dentro das milícias para a ocupação de espaço nas assembleias e câmaras do Poder Legislativo. Se, de um lado, começam como milicianos e depois se inserem formalmente na política, também existem os políticos que, seduzidos pelo lucro proibido, tornam-se milicianos.

6

A compreensão do fenômeno das milícias pode ser recente, mas as ações praticadas no âmbito desse fenômeno não eram exatamente uma novidade nas comunidades, visto já constar registrada a existência de grupos de extermínio nomeadamente no Rio de Janeiro, no período da ditadura – sobretudo na década de 1960 – tais como o que fora popularmente conhecido como “Esquadrão da Morte”, formado por policiais e com a função de executar criminosos veladamente (COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repressão política: origens e consequências do Esquadrão da Morte: Relatório. t. I – Parte I – Repressão política: origens e consequências do esquadrão da morte. Disponível em: [<http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap2.html>]. Acesso em: 01.11.2018.

7

ALVES, J. C. S. Milícias: mudanças na economia política do crime no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

8

CANO, Ignacio. *Seis por meia dúzia?: um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro*. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). *Seis por meia dúzia?. Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008. p. 48-103.

9

BEATO, Cláudio; COUTO, Vinícius. Op. cit.

10

CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*. A evolução das milícias no Rio de Janeiro [2008-2011]. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. 151p. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf].

11

PALMARES. Relator Deputado Gilberto. Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [<https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias>]. Acesso em: 01.11.2018.

12

Lei 12.720. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal.

13

ROSSI, Amanda. Congresso aprova decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro; entenda o que a medida significa. 2018. Disponível em: [<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079114>]. Acesso em: 01.11.2018.

14

O modelo das milícias, surgido no Rio de Janeiro, vem sendo adotado em outras cidades do Brasil, demonstrando a nacionalização dessa forma de associação criminosa que têm no uso de violência, de extorsão e de ameaças suas principais características. Conforme dados levantados pelo Ministério dos Direitos Humanos (MDH), há o crescimento de denúncias entre 2016 e 2017 da atuação de grupos milicianos em outros 15 estados brasileiros, registradas pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (COSTA, Liana. *Não é só no Rio. As milícias estão em 15 estados de norte a sul do país*. 2018. Disponível em: [<https://www.metropoles.com/materias-especiais/nao-e-so-no-rio-milicias-estao-em-15-estados-de-norte-a-sul-do-brasil>]. Acesso em: 18.10.2018).

15

O crescimento das milícias e o conseqüente aumento de execuções praticadas por agentes do Estado demonstram a falência da política de enfrentamento adotada. Interessante notar que o surgimento de milícias em outros estados brasileiros, para além do Rio de Janeiro, evidencia que o modelo das milícias é uma versão altamente lucrativa e passível de ser imitado. E aqui podemos citar a concepção de Edwin Sutherland, teórico da criminologia do colarinho branco, de que o crime seria resultado de um processo de aprendizagem, com a produção do conhecimento dos procedimentos ilícitos por meio da comunicação no interior de grupos (SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 44).

Sobre as diferenças entre os “Senhores do Crime” (os líderes do crime organizado) e os “Senhores que às vezes praticam crimes” (os agentes de colarinho branco), cfr, José da Cunha Rodrigues. Os senhores do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fasc. 1, 1999.

A definição clássica de Edwin Sutherland, primeiro Autor a tratar o conceito de *white-collar crime* no final dos anos 30 do século XX, delimita o crime de colarinho branco como sendo infrações cometidas por pessoas de elevado estatuto social e respeitabilidade no exercício da sua profissão. Segundo Cláudia Santos, nesta definição de cariz subjetivo “o *white-collar crime* seria um apanágio de uma elite que viola a lei no exercício da sua actividade profissional” (SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 54).

A autora sistematiza em cinco grupos: a) a complexidade das condutas e a opacidade daí resultante; b) as dificuldades sentidas pela justiça; c) conflito latente, em vez do patente; d) a difusão da vitimização; e) a dispersão da responsabilidade (SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 100-108).

Interessante notar que o *modus operandi* da criminalidade milicianiana não é transferir a culpa – porque os milicianos não visualizam os atos como criminosos – mas atribuir a *fonte de legitimidade* das ações ao próprio Estado, que pôs em causa valores fundamentais de uma ordenação económico-social: desde a falta de garantia de salários e condições de trabalho dignas aos agentes públicos milicianos, mas também falta de oportunidade para as classes à margem da sociedade. Em consequência, verifica-se um aumento da criminalidade de rua e do narcotráfico e a incapacidade de os agentes públicos de segurança lidarem com isso.

O comportamento do miliciano pode, em parte, ser associado a um vácuo de valorização dos agentes da segurança. Uma indagação que surge é: se os milicianos conseguem adentrar na comunidade e controlar o narcotráfico, trazendo uma aparente ordem social, por que razão não o fizeram como agentes do Estado, agindo em nome deste e do interesse coletivo? O Estado poderia ter capacitado e estimulado seus próprios agentes a utilizarem meios legítimos para combate ao crime, e, ao mesmo tempo, não criarem o risco de oportunidades económico-sociais para estes agentes procurarem o lucro individual de tal forma. Nesse sentido, cumpre recordar a teoria da escolha racional, corrente criminológica que traz a defesa de métodos de prevenção situacional e que se revela de grande importância para a reflexão sobre a criminalidade das milícias.

COSTA ANDRADE, Manuel. *A vítima e o problema criminal*. Dissertação para exame do Curso de Pós-

Graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 1980.p. 167.

22

SILVA, Luís Antônio Machado. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Soc. Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100004]. p. 47.

23

Refletindo sobre as características do crime de colarinho branco, podemos pensar nas hipóteses de responsabilidade da empresa, que trazem a vinculação da culpa a uma pessoa que tenha posição de liderança, e algumas estratégias que são usadas para colocar os chamados “testas de ferro”.

24

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 260.

25

Neste sentido, por exemplo, Zaffaroni (Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Seditiosos*, ano 1, n. 1. p. 46 e 47), que acentua que “os criminólogos não chegam a um acordo e que a fronteira entre o *organized crime* e o *white-collar crime* não está clara pela falta de definição do primeiro”.

26

Sobre a questão, mais detalhadamente, SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco(da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 84 ss.

27

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da; REALE JÚNIOR, Miguel et al. (Coord.). *Direito penal especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 279.

28

RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 78.

29

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime... cit., p. 282.

30

Ver Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: [www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.

31

Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm]. Acesso em: 10.11.2018.

32

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena– reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único– A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 10.11.2018.20h47.

33

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm Acesso em: 10.11.2018.

34

Ver artigo 2º da Lei 12. 694/12.

35

Ver lei na íntegra. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art24]. Acesso em: 10.11.2018.

36

Associação Criminosa

Art. 288.Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena– reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

37

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 511.

38

Ibidem, p. 515.

39

Cumprir destacar que a divisão apresentada foi proposta por MINGARDI. Guaracy. *Crime organizado* In: RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 318-324.

40

Ao estabelecer a previsão de lucro, Cezar Roberto Bitencourt entende que a locução “vantagem de qualquer natureza”, disposta no tipo penal previsto na Lei 12.850, não necessariamente precisa ter uma natureza econômica a ela envolvida, sendo a sua abrangência muito maior, por se tratar de um crime pluriofensivo (BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 519).

41

Ver MINGARDI. Guaracy. *Crime organizado* In: RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 320.

42

MINGARDI. Guaracy. Op. cit., p. 321.

43

Como bem nota Jorge de Figueiredo Dias (A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 71, 2008. p. 14 ss.), a criminalidade organizada trata-se antes de tudo de “um fenômeno social, econômico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea; de tal modo decisivo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo Direito”. Mas, quando se torna uma “entidade jurídico-penalmente relevante”, deve ser vista como um “conceito jurídico *instrumental* ou *conceito-meio* que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à

prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal”.

44

Cfr. FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21. p. 5.

45

CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*, cit., p. 59.

46

Ver CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*, cit., p. 65.

47

OLIVEIRA, Cecília; COUTO, Maria et al. Tá tudo dominado. *The intercept*. 05.04.2018. p. 2.

48

Ibidem, p.5.

49

Neste sentido, e a fim de ilustrar mais uma vez a extensão do poder das milícias, em alguns casos as milícias do Rio de Janeiro não só cometeram assassinatos de traficantes na luta por território, como também ofereceram “serviços de proteção” aos residentes das favelas e foram responsáveis pela intimidação de oficiais públicos e assassinatos de juízes e jornalistas (GAFFNEY, Christopher. Securing the olympic city. *Georgetown Journal of Affairs*, 2012. p.77).

50

BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a tradição política liberal do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, , n. 63, 1981. p. 66.

51

Ibidem, p.75.

52

53

Não se nega, entretanto, a existência de uma tese de oposição entre os direitos sociais e a democracia – lado a lado com esta tese de integração e dependência entre ambas. Neste sentido, Jorge Reis Novais entende que a harmonia entre democracia e Estado de direito não é sempre garantida e que a ideia de conflito ou tensão entre os dois princípios é sempre presente. Afinal, a maioria no poder, ainda que legitimada democraticamente, pode ameaçar a existência de direitos fundamentais no limite de seu poder (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 22-24).

54

Neste sentido, Montesquieu entendia que constituiria uma opressão – e uma verdadeira falta de liberdade – caso no mesmo homem ou no mesmo grupo de homens recaíssem os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (MONTESQUIEU, Charles S. *La tridivisión de los poderes*. Trad. Alejandro Arteaga. *Revista Derecho del Estado*, n. 17, 1998. p. 17).

55

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 191.

56

Assim, é mais que possível que – legalmente – a mesma função seja hoje exercida por membros do Judiciário, ao controlar a constitucionalidade de leis, por exemplo, e pelo próprio Legislativo. Ademais, a separação dos poderes, como peça fundamental de um regime democrático, firma-se em mais que seu plano original horizontal. Abarca também uma dimensão vertical, “prescrevendo que os poderes públicos não devem estar totalmente concentrados nos órgãos superiores ou centrais do Estado” e que deve haver um pluralismo político e social (ANDRADE, Vieira; FERRÃO, Ricardo. *Organização do Estado Português*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2003. p. 38-39).

57

GAFFNEY, Christopher. Op. cit., p.77.

58

Ibidem, p. 80 (tradução nossa).

59

SIEYES, Emmanuel. *O que é o terceiro Estado?*. Trad. Teresa Meneses. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2008. p. 54 e 170.

60

Referimo-nos, sobretudo, aos relatórios “Além do desespero – uma agenda para os direitos humanos no Brasil” (19/15/1994); “Candelária e Vigário Geral 10 anos depois” (19/015/2003); “Eles entram atirando: policiamento de comunidades socialmente excluídas” (19/025/2005); “Vim buscar sua alma: o ‘caveirão’ e o policiamento no Rio de Janeiro” (19/007/2006).

61

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!:* homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015. p. 6.

62

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Brazil*. Disponível em: [<https://undocs.org/A/HRC/21/11>]. Acesso em: 01.11.2018.

63

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO. *Segurança pública em números 2018*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf]. Acesso em: 01.11.2018.

64

Em 2016, o número de 62.517 assassinatos cometidos no país coloca o Brasil em um patamar 30 vezes maior do que o da Europa. Na última década, 553 mil pessoas perderam a vida por morte violenta. Ou seja, um total de 153 mortes por dia (SALGADO, Daniel. Atlas da violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176>]. Acesso em: 01.11.2018).

65

O total de 553 mil mortos na última década é um pouco maior que o da Síria, “país árabe que enfrenta sete anos de conflito armado e já contabiliza um saldo de 500 mil mortos, de acordo com estimativa da ONU” (TOTAL de mortes violentas no Brasil é maior do que o da guerra na Síria. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2018. Disponível em: [<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/total-de-mortes-violentas-no-brasil-e-maior-do-que-o-da-guerra-na-siria.shtml>]. Acesso em: 01.11.2018).

FGV DIREITO SP. Relatório ICJ Brasil – 1. sem. 2017. Org. Luciana de Oliveira Ramos et al. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 01.11.2018.

A forma mais recorrente de “mascarar” uma abordagem policial abusiva e ilegal é o “Auto de resistência” ou o “Homicídio decorrente de intervenção policial”, usados nos registros de mortes provocadas por policiais em serviço e justificadas com base na legítima defesa para encobrir execuções extrajudiciais.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN de junho de 2016, 67% dos homens e 82% das mulheres presas praticaram crimes que geram algum tipo de retorno financeiro, tanto tráfico de drogas (26% e 62%, respectivamente) quanto crimes contra o patrimônio, como roubo (26% e 11%), furto (12% e 9%) e receptação (3% e 1%) (BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017).

CHAVES JUNIOR, Airto. *Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 144.

WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. p. 33.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 14.

BRASIL. *Decreto-Lei 667, de 2 de julho de 1969*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm]. Acesso em: 01.11.2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. *Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro*. In: AMBOS, Kai et al. (Org.). *La policía en los estados de derecho Latinoamericanos*. Colombia:

74

Vale lembrar, no entanto, que há exceções. Os crimes dolosos contra a vida e as lesões corporais dolosas praticados por policiais militares contra civis, ainda que no exercício de suas atividades, hoje tem o seu julgamento perante a justiça comum. Porém, a investigação ainda se dá no âmbito da polícia militar por meio do Inquérito Policial Militar, com prejuízos evidentes à apuração dos fatos.

75

ZACCONE, Orlando. A política de segurança que mata policiais. *O Dia*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [<https://odia.ig.com.br/opiniaio/2018/06/5549133-orlando-zaccone-a-politica-de-seguranca-que-mata-policiais.html#foto=1.>]. Acesso em: 01.11.2018.

76

SENADO FEDERAL. *Proposta de emenda à Constituição nº 51, de 2013*. Disponível em: [<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114516>]. Acesso em: 01.11.2018.

77

Atualmente, a função investigativa fica a cargo da Polícia Civil. A divisão e a entrega das funções ostensivo/preventiva e investigativa para polícias diferentes e completamente independentes torna a elucidação de fatos delituosos truncada e descontraída. Em muitos locais, inclusive, há rivalidade entre as polícias, o que impossibilita completamente qualquer tipo de cooperação e troca de informações. Além disso, o gasto público para a manutenção de duas estruturas policiais diversas é muito alto e dificulta o investimento a contento em gestão inteligente de informação e comunicação coordenada.

78

SENADO FEDERAL. Op. cit.

79

Idem.

80

Idem.

81

ZALUAR, Alba. *Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro: que paz?* São Paulo: Fundação Seade, v. 21, n. 2, jul.-dez. 2007.p. 91.

82

ZALUAR, Alba. Op. cit., p. 91.

83

PALMARES. Relator Deputado Gilberto. Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [<https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias>]. Acesso em: 01.11.2018. p. 37.

84

Idem.

85

FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Grupos criminosos armados com domínio de território: reflexões sobre a territorialidade do crime na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böli, 2008. p. 23.

86

Idem.

87

RIBEIRO, Camila; DIAS, Rafael; CARVALHO, Sandra. 2008. Discursos e práticas na construção de uma política de segurança: O caso do governo Sérgio Cabral Filho (2007-2008). *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008. p. 9.

88

Ibidem, p. 14.

89

VARGAS, Beatriz. *A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal –Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011. p. 4.*

90

ALVES, J. C. S. Baixada Fluminense: reconfiguração da violência e impactos sobre a educação. *Movimento-revista de educação*, v., n. 3. 2015. p. 12.

91

ALVES, J. C. S. Milícias: mudanças na economia política do crime no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.p. 34.

92

ALVES, J. C. S. Baixada Fluminense: reconfiguração da violência e impactos sobre a educação. *Movimento-revista de educação*, v., n. 3. 2015. p. 19.

93

Ibidem, p. 12.

94

Ibidem, p. 12.

95

FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Grupos criminosos armados com domínio de território: reflexões sobre a territorialidade do crime na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 23.

96

CANO, Ignacio. *Seis por meia dúzia?: um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro*. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). *Seis por meia dúzia?. Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 48-103.

97

DISQUE-DENÚNCIA (Rio de Janeiro). Quem Somos. 2015. Disponível em: [<https://disquedenuncia.org.br/programas/Quem-Somos>]. Acesso em: 06.11.2018.

98

CANO, Ignacio. *Seis por meia dúzia?: um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro*. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). *Seis por meia dúzia?. Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böli, 2008. p. 55.

99

Ibidem, p. 52.

100

OLIVEIRA, Cecília et al. *Tá tudo dominado*. Op. cit.

101

Idem.

102

VARGAS, Beatriz. Op. cit., p. 7.

103

Ibidem, p. 6.

104

BRASIL. Luciana da Silva Teixeira. Câmara dos Deputados. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. 2016. Disponível em: [<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>]. Acesso em: 01.11.2018. p. 15 e 19.

105

FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Op. cit., p. 23.

106

Essa expansão da punição nos Estados Unidos, não justificada por necessidades preventivas relacionadas com um aumento significativo da criminalidade, é objecto da reflexão de Michael Tonry, para quem “as políticas contemporâneas relativas ao crime e à punição são as mais severas na história da América e de qualquer país ocidental” Crime and punishment in America. In: TONRY, Michael (Ed.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford University Press: 1998. p. 3). Acrescenta, a partir de uma análise dos números da criminalidade e do número de arguidos condenados a penas de prisão, que os últimos vinte e

cinco anos do século XX se caracterizaram por um “aumento sem precedentes do número de pessoas nas prisões” (ob. cit., p. 10).

107

E, por sobretudo, trata-se de um aumento do encarceramento que não se explica pela condenação a pena de prisão de agentes de crimes particularmente graves. Segundo James AUSTIN, James; IRWIN, John. *It's about time – America's Imprisonment Binge*. 2. ed. São Francisco: The Wadsworth Contemporary Issues in Crime and Justice Series, 1997. p. 32 ss. e 54 ss.), a maioria dos prisioneiros foi condenada por crimes “mediócrs e patéticos”, a que são alheios quer a violência física quer a causação de danos patrimoniais graves. O que se julga surpreendente é, porém, essencialmente a comparação entre os números que comprovam o crescimento das condenações a pena de prisão e os números que certificam a diminuição dos níveis da criminalidade conhecida. Sobre o assunto, cfr. LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen, *Freakonomics – A rogue economist explores the hidden side of everything*. Nova York: Harper Coller Publishers, 2005. p. 117 ss. A questão tem sido também objecto de reflexão por Autores europeus, podendo consultar-se, a título de exemplo, Marzio Barbagli *Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*. Bolonha: Il Mulino, 2000. p. 11 ss.), que parte de uma ponderação sobre a diferença entre os conceitos de *fear of crime* (que associa a um temor pessoal de ser vítima de um crime) e de *concern about crime* (definido como uma preocupação social com a criminalidade).

108

Neste sentido, por exemplo, May Lydia Yeh, para quem o “a actual orientação retributiva nos Estados Unidos resultou em um número desproporcionado de afro-americanos condenados à prisão” Restorative justice, affirmative action sentencing legislation and the Canucks: lessons from our northern neighbor. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 7, n. 3, 2008. p. 681).

109

Cfr. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova York: Basic Books, 1975. p. 172.

110

Estes números são apontados por May Lydia YEH (ob. cit., p. 661-662), e resultam de uma análise do estudo de Marc Mauer (*Race to incarcerate: the sentencing project*. 2. ed. Nova York: The New Press, 2006). De um número de presos abaixo dos 200.000 em 1972, ter-se-ão atingido os cerca de 1.400.000 em 2003. Afirma-se que, entre 1985 e 2000, ter-se-á inaugurado, em média, um estabelecimento prisional por semana para fazer face a este extraordinário aumento da população prisional. O Autor pronuncia-se especificamente sobre a excessiva representação da população afro-americana nas estatísticas prisionais (ob. cit., p. 130 ss.) e sobre a forma como a “war on drugs” contribuiu para esse facto (ob. cit., p. 157 ss.). Olhando para um espectro temporal mais curto, também James Austin e John Irwin (Op. cit., p. 1) dão conta do significativo aumento dos condenados à prisão nos Estados Unidos: “entre 1980 e 1998, a população prisional aumentou de 329,821 para 1,302,019 – um crescimento de 295 por cento”. O que, ainda segundo os Autores, coloca os Estados Unidos no topo da lista dos países com mais presos por 100 000 habitantes, tendo passado, naquele período de tempo, dos 138 para os 461. Os números mais recentes parecem confirmar a tendência para a

expansão do encarceramento nos E.U.A. Segundo Thomas Mathiesen e Ole Kristian Hjemdal A new look at victim and offender – An abolitionist approach. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (Ed.). *What is criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 224), em 30 de junho de 2008 havia 2.396.140 presos nos Estados Unidos, o que significa um crescimento de cerca de 19% desde o final de 2000 (e aproximadamente 789 presos por 100.000 habitantes). Apesar de todos os estudos consultados confirmarem o aumento de presos, os números nem sempre são coincidentes; uma explicação para isso pode encontrar-se no facto de alguns estudos só se referirem às pessoas presas em cadeias federais ou estaduais, enquanto outros englobam, ainda, os presos em “local jails”. Assim, por exemplo, Mathiesen e Hjemdal (ob. cit., p. 224) distinguem, no número total de 2 396 140 presos (em Junho de 2008), 1 610 584 pessoas presas em cadeias federais ou estaduais e 785.556 presos em cadeias locais.

111

Loïc Wacquant (*Punir les pauvres – Le nouveau gouvernement de l’insécurité sociale*. Marselha: Agone, 2004. p. 150), dá o exemplo dos sítios na Internet que disponibilizam fotografias e outros elementos pessoais (como o endereço dos condenados, entretanto libertados) de reclusos. O Autor ilustra esta realidade com o endereço electrónico “corrections offender network”, da administração penitenciária da Florida – inaugurado em 1998 e que já teria recebido, segundo Wacquant e no momento do seu estudo, mais de 12 milhões de visitantes – e dá, depois, conta da extrema relutância (comprovada em vários estudos) dos empregadores americanos em contratarem cidadãos condenados.

112

Loïc Wacquant (*Punir les pauvres – Le nouveau gouvernement de l’insécurité sociale*. Marselha: Agone, 2004. p. 198-199) dá os exemplos da “reintrodução dos uniformes listados”, dos “apelos para se restaurarem os castigos corporais”, o regresso dos “chain gangs” (equipas de prisioneiros que trabalham com os pés agrilhoados) ou os trabalhos forçados por longos períodos de tempo e sob condições climáticas extremas. Ao mesmo tempo, desenvolvem-se sistemas sofisticados de controlo dos reclusos, cujo aplicação em vários estabelecimentos prisionais é descrita por Sasha Abramski em (*American furies – Crime, punishment and vengeance in the age of mass imprisonment*. Boston: Beacon Press Books, 2007). O Autor (ob. cit., p. 5) refere-se, a esse propósito, ao “fascínio da América pela ciência do encarceramento”.

113

Cfr. LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen, *Freakonomics – A rogue economist explores the hidden side of everything*. Nova York: Harper Coller Publishers, 2005. p. 117 ss. Esta análise é corroborada por Loïc Wacquant (*Punir les pauvres*, cit., p. 279 ss.). O Autor rejeita a afirmação – que classifica como “neoconservadora” – de que “a baixa contínua da estatística criminal nos Estados Unidos ao longo dos últimos dez anos seria devida à acção enérgica e inovadora das forças da ordem, depois de terem sido finalmente libertadas dos tabus ideológicos e das camisas de força legais que as limitavam até então, e cujo paradigma é a espectacular mudança da situação operada em Nova Iorque pelo *Mayor* republicano Rudolph Giuliani”. Pelo contrário, segundo Wacquant, o certo é que “o decréscimo da violência criminal em Nova Iorque sucedeu três anos antes da subida ao poder de Giuliani no final de 1993” e “o refluxo da criminalidade violenta é ainda maior nas cidades que não aplicaram a política nova-iorquina da tolerância zero, nomeadamente as que optaram por uma orientação diametralmente oposta como Boston, São Francisco ou São Diego”. Para o Autor, há seis factores, “todos independentes da actividade da polícia e da

justiça, que se combinaram para reduzirem fortemente a incidência dos crimes violentos nas metrópoles dos Estados Unidos”. Entre esses factores, pode destacar-se, naquele período, “a baixa rápida do desemprego que explica 30% da queda da criminalidade ao nível nacional”; a “transformação da economia da droga”, que se estruturou e estabilizou, recorrendo menos à violência; uma alteração demográfica relacionada com a diminuição das pessoas na faixa etária entre os 18 e os 24 anos, nomeadamente; um “efeito de aprendizagem denominado pelos criminólogos «síndrome do irmão mais novo», em virtude do qual as novas gerações de jovens nascidos depois de 1975-1980 se afastaram das drogas duras e de um estilo de vida perigoso que lhes está associado por rejeitarem o destino macabro que viram atingir os seus irmãos mais velhos, primos e amigos”. Loïc Wacquant (ob. cit., p. 288 ss.) desacredita, ainda, o facto de aquela política criminal de tolerância zero ter como suporte uma qualquer “teoria criminológica cientificamente validada, a famosa *broken-window theory*”. Segundo o Autor, esta “teoria” nunca obteve qualquer comprovação empírica depois de ter sido publicada – na revista *The Atlantic Monthly*, uma publicação generalista – em um curto texto de nove páginas. Este ponto de vista é partilhado por Bernard Harcourt (*Illusion of order: the false promise of broken windows policing*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 248), que aponta em primeiro lugar a inexistência de dados empíricos que comprovem a eficácia da política criminal radicada na “broken windows theory”; em um segundo momento procede à sua crítica teórica para, finalmente, propor alternativas na ponderação do fenómeno criminal – alternativas que não são, de resto, alheias ao próprio património ideológico restaurativo, por terem na base o reconhecimento do mal inerente ao crime, mas também do mal da própria punição, que “pode afectar, positiva ou negativamente, o sujeito da punição”. A perspectiva inversa fora sustentada por George Kelling e por Catherine Coles (*Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities*. Nova York: Simon & Schuster, 1997), ao que se julga de forma pouco conseguida, por não se lograr mais do que a descrição de alguns projectos de intervenção policial ou comunitária cujos resultados se apresentam como positivos. No prefácio, de James Q. Wilson, continua a sustentar-se que “as pequenas desordens conduzem a desordens cada vez maiores, e talvez até ao crime” (p. xv). E uma das ideias centrais dos Autores – que não admitem a existência de um decréscimo da criminalidade – é a da importância de uma maior presença policial nas comunidades (“fora dos seus carros”) para, com o auxílio dos cidadãos cumpridores, se melhorar a “qualidade de vida da vizinhança” (ob. cit., p. 6).

114

Apesar de se concordar com a afirmação de José de Faria Costa de que “houve vários iluminismos”, aquilo que agora se pretende sublinhar com esta referência ao “iluminismo penal” no singular é um núcleo de ideias principais que (ainda que com diversas formulações e especificidades) podem associar-se a este movimento e a um dado período histórico (cfr. COSTA, José de Faria. “Ler Beccaria hoje”, ensaio introdutório a *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 12 ss.).

115

Também não se desconhece a existência não de um, mas de vários entendimentos do contrato social. Sobre o assunto, entre nós, cfr. a título de exemplo, José de Sousa e Brito (A lei penal na Constituição. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Jorge Lisboa: Petrony, 1978. II v. p. 197 ss.), que enfatiza a distinção entre um entendimento de índole mais liberal (associado a Voltaire) e um outro democrático-jacobinista (atribuído a Rousseau). Também John Rawls considera que “há muitas teorias contratuais diferentes”, desde logo em função da forma como se concebem as partes contratantes, daqueles

que se julga serem os seus interesses e das alternativas abertas pela tentativa de conciliação de tais interesses (*Uma teoria da justiça*, cit., p. 110). De qualquer modo, deve ter-se em mente que não é a teoria do contrato social, em si mesma, que constitui objecto deste estudo, mas antes os modos pelos quais se repercute nas possibilidades de compreensão da justiça restaurativa.

116

Neste sentido, José Subtil Sistema penal e construção do estado liberal: algumas questões em torno da Revolução de 1820. *Penélope*, Lisboa, n. 5, 1991. p. 85) considera que se institucionaliza, com o iluminismo penal e depois com o liberalismo do século XIX, “uma nova ordem legitimada em concepções radicalmente diferentes, de que destacamos os conceitos de *pacto social*, *finalidades das penas* e/ou *papel desempenhado pelo sistema penal*. O direito de punir passa a fundamentar-se, exclusivamente, no *pacto social*, o que implica que é à mesma sociedade que cabe a legitimidade para castigar, não para reparar a ofensa do particular, mas para reproduzir as condições da liberdade e, obviamente, a segurança do cidadão. Por isto mesmo deixam de ter cabimento a maioria das penas consagradas nas *Ordenações*, na medida em que os castigos passam a revestir carácter de utilidade pública”. Com interesse, pode verificar-se que essa cisão entre o pensamento da punição e o pensamento da reparação é já clara na obra de Levy Maria Jordão O fundamento do direito de punir. dissertação inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 1853. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 51, 1975. p. 307), na sua afirmação de que “a acção material da pena deve traduzir-se na reparação do damno, porque só assim se pôde restabelecer o estado-de-direito perturbado em relação ao lesado: a acção moral deve resolver-se na reparação da perturbação toda moral do estado-de-direito na sociedade e no próprio criminoso. A pena tem por isso dous elementos distintos, a reparação (em relação ao efeito material do crime) e a pena, propriamente dicta (em relação ao efeito moral). A reparação porém não é objecto da sciencia penal, e os Códigos, que d’ella se occupam (como o nosso, a tantos respeitos por certo defeituosíssimo), não comprehendem verdadeiramente a sua missão, nem se elevam à philosophia da verdadeira penalidade”. Para um aprofundamento da reflexão sobre a vida e a obra do Penalista, cfr. Pedro Caeiro, que refere, entre vários outros aspectos, “a associação entre os trabalhos de reforma do Código de 1852 e a pessoa de Levy Maria Jordão (Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bio-bibliográficas, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXI, 1995. p. 363).

117

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 163.

118

Cesare BECCARIA. Ob. cit., p. 75-8.

119

Para José de Faria Costa (“Ler Beccaria hoje”, cit., p. 8), “esta pequena obra [...] pode ser vista como o Manifesto do garantismo, ou seja: como manifesto das garantias, em direito e processo penais, nas suas relações com o Estado detentor do *ius puniendi*”.

Giorgio Marinucci, últ. ob. cit., p. 35.

DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in se” e “Delicta mere Prohibita”* – Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 149. O Autor refere o reflexo destas concepções organicistas da sociedade “no plano da filosofia do Direito Penal: a primazia do todo social sobre o indivíduo e a perspectiva inerente de defesa da sociedade perante o delinquente”. E sublinha a influência principal do positivismo sociológico de Comte e de Spencer e da filosofia hegeliana. Quanto a esta, vinca a ideia de que se parte do princípio de que “o crime representa uma rebelião da vontade individual contra a vontade universal materializada na lei”, afirmação que reveste interesse na perspectiva da evolução da compreensão da lei penal como lei que defende essa universalidade que é a comunidade, e não já cada um dos indivíduos que a compõem. Com muito interesse, veja-se a forma como o Autor distingue a *defesa da sociedade* subjacente ao pensamento da escola clássica e aquele outro subjacente à escola positiva, precisamente a partir de uma concepção não organicista ou organicista de sociedade. Assim, começa por referir que, para o positivismo naturalista, “a sociedade é concebida à semelhança de um organismo vivo, como uma totalidade que pode ser ameaçada ou ferida por comportamentos agressivos de agentes nocivos que nela se desenvolvem”. Vinca-se, assim, “a conexão estreita entre teoria do Direito Penal e teoria da sociedade”. Poder-se-ia tender a uma certa parificação da escola clássica e da escola positiva com base nesta função comum de defesa da sociedade. Todavia, Silva Dias sublinha que, para além dessa função, tudo o resto é diverso: “é verdade que tanto Beccaria e Carrara como Garofalo estabelecem uma relação de finalidade entre a pena e a defesa da sociedade. Mas em tudo o resto, desde o fundamento teórico ao significado prático da defesa social, vence a diferença. A perspectiva de defesa social da escola clássica inscreve-se numa concepção da sociedade como conjunto de indivíduos detentores de direitos e liberdades que só devem ser restringidos pelo Estado quando isso se mostrar necessário para salvaguardar outros direitos e liberdades. A ameaça penal serve para garantir a ordem social enquanto ordem da liberdade [...]. O destinatário das leis penais é visto como sujeito racional [...]. Por seu turno, a concepção de defesa social do positivismo naturalista insere-se [...] numa teoria organicista da sociedade, na qual o indivíduo é reduzido ao papel de micro-organismo, que, do mesmo modo que a totalidade é regida por leis da causalidade, é determinado à acção por factores endógenos e exógenos” (ob. cit., p. 161-2). A razão pela qual se julgou dever atribuir ênfase a esta explicação prende-se com a sua relevância para a compreensão da progressiva neutralização do indivíduo como sujeito do conflito criminal, em detrimento de uma gradual prevalência do interesse da sociedade, e de uma sociedade já não vista como uma soma dos indivíduos que a compõem. Noutra perspectiva, agora desligada de uma reflexão especificamente jurídico-penal, mas também vincando a prevalência da sociedade sobre o indivíduo em algumas correntes do pensamento oitocentista, António Pedro Mesquita (*Liberalismo, democracia e o contrário* – Um século de pensamento político em Portugal (1820-1920). Lisboa: Sílabo. Coleção Sophia, 2006p. 40-41) afirma “um aspecto particular”: “é que a sociedade não é vista [...] apenas como um todo, ainda que único concreto perante a evanescência do particular abstracto, mas como um todo *que está para lá da parte*, que vale por si, independentemente de todos e de cada um dos seus membros, porque é uma realidade *orgânica*, um grande ser vivo em que, tal como os que inspiram a analogia na natureza, o corpo animado não é colecção nem cadáver e, portanto, não coincide com a mera soma, justamente inorgânica, das partes”. E o Autor acrescenta que aqui vai implícita “uma nova e importante diferença com a tese jacobina [...], para a qual o todo é *aritmético* e, portanto, não é justamente senão a soma das partes”.

Editores
NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA
FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ

**COMPLIANCE
Y RESPONSABILIDAD
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**



tirant
lo blanch
CORUPCIÓN,
CRIMEN ORGANIZADO
Y DELINCUENCIA
ECONÓMICA

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ ANÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Jefe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PARIJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

COMPLIANCE
Y RESPONSABILIDAD
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Editores

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA
FERNANDO RODRÍGUEZ-LÓPEZ

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Este libro se ha realizado en el Centro de Investigación para la Gobernanza Global la Universidad de Salamanca en la ejecución del Proyecto PID2019-107743RB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado "Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal", del que son investigadores principales Nicolás Rodríguez-García (Catedrático de Derecho Procesal) y Fernando Rodríguez López (Prof. Titular de Economía Aplicada).

Colección:

"Corrupción, crimen organizado y delincuencia económica"

Dirigida por:

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal - Universidad de Salamanca

© Nicolás Rodríguez-García
y Fernando Rodríguez-López (eds.)

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010-Valencia
TELEFONO: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: rlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1378-796-1
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

ÍNDICE

PRÓLOGO	25
<i>Wagner CAMPOS ROSÁRIO</i>	

I. RESPONSABILIDAD PENAL Y COMPLIANCE

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Antonio del Moral García

I. INTRODUCCIÓN	31
II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS	32
1. Imputación y reputación empresariales: ¿eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia?.....	33
2. Presunción de inocencia como regla de juicio.....	42
III. RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS: LEVANTANDO EL VELO.....	44
IV. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA ACUSADA.....	53
V. COMPLIANCE PROGRAMS Y PRUEBA	58
1. Relevancia penal de los programas de cumplimiento.....	58
2. Funcionalidad de los programas de cumplimiento.....	59
3. Caracterización dogmática de los programas de cumplimiento	59
4. Presunción de inocencia, <i>in dubio y compliance</i>	60
VI. RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE DIRECTIVOS Y EMPLEADOS.....	67
VII. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.....	70

SOBRE LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES

Patricia Faraldo Cabana

I. INTRODUCCIÓN	73
II. SOCIEDADES INSTRUMENTALES Y LEVANTAMIENTO DEL VELO	76
III. SOCIEDADES INSTRUMENTALES Y REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA PARA PERSONAS JURÍDICAS	79
IV. LAS CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO	81
V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INEXIGIBILIDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES.....	84

VI. EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES.....	86
VII. CONCLUSIONES.....	89
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	91

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SOCIEDAD MATRIZ POR LOS DELITOS
COMETIDOS EN EL GRUPO DE EMPRESAS**

Isidoro Blanco Cordero

I. INTRODUCCIÓN.....	97
II. POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SOCIEDAD MATRIZ POR LOS DELITOS COMETIDOS POR LAS FILIALES.....	102
1. El modelo de imputación a dos niveles (<i>Zweistufiges Zurechnungs- modell</i>): La responsabilidad de las sociedades matrices con base en el criterio de la unidad económica.....	102
2. La matriz como administradora (de hecho) de la filial.....	105
3. La responsabilidad de la empresa matriz en comisión por omisión.....	106
4. Especial referencia a la jurisprudencia de los Estados Unidos de Nor- teamérica.....	108
4.1. Teoría de la agencia.....	109
4.2. La filial como mero instrumento o unidad de negocio.....	109
III. OPINIÓN PERSONAL. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA MATRIZ POR ACCIÓN O POR OMISIÓN.....	110
1. La sociedad matriz como administradora (de hecho) de la filial: res- ponsabilidad penal por comisión activa.....	111
1.1. Necesidad de que las funciones de administración (de hecho, o de derecho) de la empresa matriz sean realizadas por una persona física.....	113
1.2. Insuficiencia penal de la ostentación formal de la condición de ad- ministrador de la empresa matriz (y de la persona física designada por ésta).....	114
1.3. Grado de autonomía de la filial: el control.....	115
1.4. ¿Responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada?....	117
2. Algunos apuntes sobre la comisión por omisión de la empresa matriz	121
IV. CONCLUSIÓN.....	124
V. BIBLIOGRAFÍA.....	125

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO
POR INFRACCIÓN DEL DEBER DE CONTROL ANTE LA AUSENCIA DE
COMPLIANCE PENAL**

Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos

I. UNA APROXIMACIÓN A LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA RESPON- SABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.....	129
II. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSO- NAS JURÍDICAS.....	132

1. El deber de control: entre el injusto típico y la culpabilidad	132
2. <i>Compliance</i> penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿deber o facultad del administrador?.....	135
III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADMINISTRADOR POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILANCIA Y CONTROL.....	136
1. La comisión por omisión como modelo de imputación para el administrador societario	136
2. La posición de garante del administrador en la función de evitar la comisión de delitos como conducta debida	138
3. Presupuestos para la imputación del administrador por la infracción del deber de evitar delitos.....	140
3.1. Relación de la conducta debida omitida con el delito no impedido: el recurso a las reglas de la imputación objetiva.....	140
3.2. Imputación subjetiva de la conducta omisiva del administrador .	142
4. ¿Autor o partícipe?: la posición de garante derivada del <i>Compliance Officer</i>	145
IV. BIBLIOGRAFÍA	148

LA VÍCTIMA DEL DELITO COMO SUJETO DE LA TUTELA DEL COMPLIANCE PENAL

Júlia Flores Schiitt

I. INTRODUCCIÓN	153
II. LA TUTELA DE LAS VÍCTIMAS EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL EN EL SENO DEL MUNDO GLOBALIZADO: LA DEBIDA ESTANDARIZACIÓN NORMATIVA	156
III. LA COMPLEJIDAD DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL NO PUEDE IMPEDIR LA EFECTIVA TUTELA DE LA VÍCTIMA DEL DELITO	161
IV. LA VÍCTIMA COMO SUJETO DEL COMPLIANCE PENAL.....	163
1. El papel de la víctima en el desarrollo de las investigaciones internas postdelictivas en el ámbito del programa de <i>compliance</i>	167
2. Recomposición de los daños sufridos por la víctima como elemento del programa de <i>compliance</i> criminal	168
V. CONCLUSIONES.....	170
VI. BIBLIOGRAFÍA	171

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Francisco Salvador Gil García

I. INTRODUCCIÓN	173
II. RESPONSABILIDAD PENAL	174
1. El fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea ..	175
2. Otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea	180
2.1. Blanqueo de capitales	181

2.2. Cohecho	183
2.3. Malversación	186
III. VÍAS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	188
1. Transferencia de la responsabilidad penal	189
2. Incumplimiento "grave" de los deberes de supervisión, vigilancia y control en materia de protección de los intereses financieros de la Unión Europea ...	191
IV. SANCIONES.....	193
V. CONCLUSIONES.....	194
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	197

**¿DERECHO PENAL ECONÓMICO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS?
UNA MIRADA DESDE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA HACIA EL
COMPLIANCE**

Aline Cardoso Dória Dantas

I. INTRODUCCIÓN.....	199
II. LOS ÁMBITOS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	202
III. AUTORREGULACIÓN REGULADA Y COMPLIANCE: MÁS SEMEJANZAS QUE DIFERENCIAS.....	207
IV. MEDICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	212
V. CONSIDERACIONES FINALES	217
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	218

II. NATURALEZA, ALCANCE Y EFECTIVIDAD DEL COMPLIANCE

EFECTIVIDAD DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Eloy Velasco Núñez

I. PROGRAMAS Y MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO	223
II. MODELOS, MEDIDAS Y POLÍTICAS EN CUMPLIMIENTO PENAL..	226
III. CONTENIDO DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO	230
1. Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben prevenirse	231
2. Descripción de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de su ejecución con relación a aquellos	233
3. Recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos	233
4. Información de los posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención	234
5. Un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo	234

6. Verificación periódica del modelo y modificación del mismo cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o se produzcan cambios en la organización, estructura de control o actividad desarrollada, que los hagan necesarios	236
IV. SISTEMA DE GESTIÓN DE COMPLIANCE: QUIÉN DEBE ELABORAR Y SUPERVISAR UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO	238
V. EL ÓRGANO SUPERVISOR	238
VI. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES ESENCIALES DEL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL	240
VII. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA EXIMENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	242
VIII. REQUISITOS PARA QUE OPERE COMO ATENUANTE	248

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Agustín-J. Pérez-Cruz Martín

I. REFLEXIONES PREVIAS.....	251
1. A propósito de la improvisación en las reformas legales.....	251
2. Estatuto procesal de la persona jurídica	256
2.1. Derecho de la persona jurídica a ostentar la condición de investigado	257
2.2. La presunción de inocencia.....	258
2.3. Derecho a la última palabra.....	260
2.4. Derecho de defensa.....	261
2.5. Derecho a no autoinculparse	265
3. Programas de cumplimiento.....	267
II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2. ^a) EN RELACIÓN CON LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA PERSONAS JURÍDICAS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PRUEBA Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	275
III. LA TEORÍA DE LA "X" PLANTEADA POR EL OY VELASCO Y BEATRIZ SAURA.....	282
IV. BIBLIOGRAFÍA	289

LAS INVESTIGACIONES DEFENSIVAS EN EL COMPLIANCE PENAL CORPORATIVO

Omar G. Orsi

Nicolás Rodríguez-García

I. DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA AL COMPLIANCE PROGRAM	293
1. Condiciones de expansión del modelo.....	293
2. Cambios en la relación Estado-mercado.....	294
3. Cambios en las estructuras empresariales	295
4. Cambios simbólicos	296
5. Cambios en los sistemas de procesamiento de la información	297
II. RÉGIMEN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	298

1. Riesgo y empresa	298
2. Persona jurídica	298
3. Delitos	299
4. Sistema de imputación, exención y atenuación de responsabilidad	300
5. Penas.....	302
III. PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO PENAL.....	304
1. <i>Compliance</i> y estrategia punitiva	304
2. Naturaleza	305
3. Objetivos	306
4. Contenido.....	307
4.1. Diseño e implementación.....	307
4.2. Supervisión.....	308
4.3. Prevención.....	309
4.4. Investigación.....	309
IV. INVESTIGACIONES CORPORATIVAS.....	310
1. Actividad interna	310
2. Investigaciones defensivas	311
3. Objeto y finalidad	312
4. Clases.....	313
4.1. Preliminares.....	314
4.2. Complementarias.....	315
V. DENUNCIA.....	316
1. Fuentes de la investigación	316
2. Deber de informar.....	316
3. Contenido de la obligación	318
4. Ámbito de presentación	319
5. Canal de denuncias	321
6. Procedimiento	322
7. Protección del denunciante.....	324
VI. PREVENCIÓN	327
1. Identificación de riesgos penales.....	327
2. Relevancia de la detección proactiva de delitos	327
3. Sistema de detección y estimación de riesgos penales.....	329
4. Uso de datos	331
VII. INICIO DE LA INVESTIGACIÓN	333
1. Nivel decisorio	333
2. Amplitud decisoria	334
3. Motivación	336
4. Contenido.....	337
4.1. Objeto	337
4.2. Intereses.....	338
4.3. Alcances	339
4.4. Objetivos.....	339
4.5. Plazos	339
4.6. Reserva.....	340
4.7. Órgano de investigación	341
4.8. Registro.....	342

VIII. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	343
1. Investigaciones complejas.....	343
2. Función heurística de los modelos.....	344
3. Metodología y técnicas de investigación.....	346
4. Programa de investigación	348
4.1. Urgencia	348
4.2. Duración	349
4.3. Disponibilidad	349
4.4. Contextualización.....	350
4.5. Criticidad	350
4.6. Relevancia	350
4.7. Subsidiariedad	351
4.8. Razonabilidad	351
4.9. Trascendencia	351
4.10. Exhaustividad.....	351
4.11. Clasificación	352
4.12. Economía	352
IX. MEDIOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN.....	352
1. Medios prohibidos	352
1.1. Normas procesales.....	353
1.2. Normas penales	354
1.3. Normas laborales	355
1.4. Normas de protección de datos personales	355
1.5. Normas relativas al servicio de investigación privada	356
2. Medios permitidos y sistema de registro.....	357
3. Clases de fuentes y medios	358
3.1. Documentos internos.....	358
3.2. Datos internos	359
3.3. Inspecciones.....	360
3.4. Informes	360
3.5. Recursos abiertos.....	360
3.6. Entrevistas	361
3.7. Cuestionarios.....	363
3.8. Fuentes técnicas.....	363
4. Intensidad de los medios	363
X. PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	365
1. Método de evaluación.....	365
2. Sistemas de inferencia	366
3. Enfoque relacional	368
4. Inferencia de patrones	370
5. Validación de resultados.....	371
6. Informe final	373
XI. ESTRATEGIA DE DEFENSA.....	374
1. Evaluación jurídica	374
1.1. Expectativa de trascendencia	375
1.2. Expectativa probatoria	376
1.3. Expectativa procesal.....	378

2. Evaluación corporativa	379
3. Toma de decisiones	379
4. Estrategia de litigio	380
4.1. Forma de presentación.....	380
4.2. Selección de los puntos controvertibles	381
4.3. Reserva de la información	382
XII. BIBLIOGRAFÍA	383

**LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ENCAUSADA.
REPRESENTANTE DEFENSIVO Y CONFLICTO DE INTERESES**

Ana M. Neira Pena

I. PLANTEAMIENTO.....	391
II. DISTINTOS MODELOS DE INTERVENCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL.....	393
III. EL MODELO DE AUSENCIA VOLUNTARIA REGULADO EN LA LECR	398
IV. EL CONFLICTO DE INTERESES DE LA PERSONA JURÍDICA Y SU REPRESENTANTE LEGAL COENCAUSADO.....	402
V. LA INDEFENSIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA REPRESENTADA POR EL COACUSADO COMO CAUSA DE NULIDAD DE LAS ACTUACIONES SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO.....	408
VI. BIBLIOGRAFÍA	411

EL ÓRGANO DE CUMPLIMIENTO (COMPLIANCE OFFICER)

Beatriz Saura Alberdi

I. INTRODUCCIÓN.....	415
II. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO.....	418
III. REQUISITOS FORMATIVOS Y CAPACIDADES PERSONALES	420
IV. LAS FUNCIONES DEL ÓRGANO DE CUMPLIMIENTO	423
1. Analizar la organización para detectar los puntos de riesgo y establecer los controles adecuados.....	424
2. Diseñar un canal de denuncias seguro y fácilmente accesible.....	426
3. Concienciar y formar a directivos y trabajadores sobre el modelo adoptado, la obligatoriedad del mismo, así como de las sanciones que pueden derivarse de su incumplimiento.....	428
4. Registro de evidencias	430
5. Configurar un Gabinete de Crisis de <i>Compliance</i> , determinar su protocolo y funciones según la situación de riesgo que se detecta	430
6. Auditar el modelo	431
7. Representar en juicio a la empresa	432
V. CERTIFICACIÓN DEL MODELO DE CUMPLIMIENTO.....	434
VI. RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.....	435
VII. CONCLUSIONES.....	437
VIII. BIBLIOGRAFÍA	438

EL CONCEPTO DE ALERTADOR (O *WHISTLEBLOWER*). CONSIDERACIONES
A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937

Beatriz García-Moreno

I. INTRODUCCIÓN.....	441
II. EL CONCEPTO DE <i>WHISTLEBLOWER</i> EN EL DERECHO COMPA- RADO.....	443
III. EL CONCEPTO DE DENUNCIANTE EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937.....	447
IV. LOS RETOS PARA EL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA TRANSPOSI- CIÓN DE LA DIRECTIVA	451
1. Autonomía de la figura y estatuto jurídico propio.....	451
2. El nomen: alertador en lugar de denunciante o <i>whistleblower</i>	452
3. La intervención en el proceso penal.....	454
V. CONCLUSIONES.....	458
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	460

NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN EN *COMPLIANCE*, DE LA
AUTORREGULACIÓN AL VALOR SOCIAL¹

Fernando Rodríguez-López

José Ignacio Sánchez-Macias

I. INTRODUCCIÓN.....	461
II. LA FORMACIÓN DEL CONSENSO SOBRE MEJORES PRÁCTICAS EN <i>COMPLIANCE</i>	463
1. La metodología PDCA.....	463
2. Los informes COSO.....	464
3. El modelo de las tres líneas de defensa	465
4. La norma australiana AS 3806:2006.....	466
5. La norma alemana IDW AssS 980.....	467
III. EL ROL DE LOS ORGANISMOS DE NORMALIZACIÓN EN EL CON- SENSO DE BUENAS PRÁCTICAS EN <i>COMPLIANCE</i>	468
1. La Organización Internacional de Normalización.....	469
1.1. La norma ISO 19600:2014, sistemas de gestión de <i>compliance</i> ..	472
1.2. La norma ISO 37001:2017, sistemas de gestión antisoborno.....	476
2. La Asociación Española de Normalización.....	479
2.1. La norma UNE 19601:2017, sistemas de gestión de <i>compliance</i> penal.....	479
2.2. La norma UNE 19602:2019, sistemas de gestión de <i>compliance</i> tributario.....	483
IV. IMPLANTACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE UN SISTEMA NORMALI- ZADO DE GESTIÓN DE <i>COMPLIANCE</i>	486
V. CONCLUSIONES.....	489
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	491

III. APLICACIONES DE COMPLIANCE

CICLO SISTÉMICO DE LUCHA ANTIFRAUDE: COMPLIANCE DEL SECTOR PÚBLICO, EVALUACIÓN DE RIESGOS Y MEDIDAS ANTIFRAUDE

José Antonio Fernández Ajenjo

I. EL CICLO ANTIFRAUDE COMO ESTÁNDAR DEL COMPLIANCE DEL SECTOR PÚBLICO	495
II. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN PARA IMPEDIR LA COMISIÓN DE ACTOS FRAUDULENTOS	497
1. El Sistema de Planificación Estratégica y la voluntad antifraude de las autoridades políticas	499
2. El Sistema de Integridad Corporativa como cultura de integridad implementada mediante códigos y formación ética.....	502
3. El Sistema de Control Interno: de la autoevaluación de riesgos a la auditoría interna	504
III. LAS MEDIDAS DE INTELIGENCIA Y DETECCIÓN PARA EL ANÁLISIS Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL FRAUDE.....	506
1. El Sistema de Análisis e Información del Fraude: desde las banderas rojas al análisis masivo de datos.....	508
2. El Sistema de Denuncias de Fraude: de los buzones de denuncias a la protección del informante	514
3. El Sistema de Coordinación Institucional para aprovechar las sinergias en la lucha antifraude.....	516
IV. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN Y TRASLADO JURISDICCIONAL DESTINADAS A CONSTATAR LAS SOSPECHAS DE FRAUDE	520
1. El Sistema de Investigación Administrativa o de Auditoría Forense reactivo ante los indicios de fraude	521
2. El Sistema de Investigación de Áreas de Alto Riesgo de naturaleza proactiva	523
3. El Sistema de Prueba Prejudicial para el traslado de actuaciones a las autoridades competentes	525
V. EL CICLO SISTÉMICO DE LA LUCHA ANTIFRAUDE (CSLA) COMO MODELO DE PROGRAMA DE COMPLIANCE DEL SECTOR PÚBLICO	527
VI. BIBLIOGRAFÍA	530

EL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE Y EL CANAL DE DENUNCIAS EN EL ÁMBITO PÚBLICO

Blanca Ares González

I. LOS MARCOS DE INTEGRIDAD COMO SUSTENTO DEL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE	535
II. LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE.....	538

III. EL CANAL DE DENUNCIAS COMO REFLEJO PRÁCTICO DEL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE	548
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	554
V. BIBLIOGRAFÍA.....	556

**EMERGENCIA EMPRESARIAL: REGULACIÓN DEL COMPLIANCE
TRIBUTARIO**

Sonia Calaza López

I. INTRODUCCIÓN.....	563
II. CONCEPTO, NATURALEZA, FUNDAMENTO Y FINES.....	566
III. REGULACIÓN JURÍDICA	570
IV. CARACTERES.....	572
1. Voluntariedad	572
2. Especificidad	574
3. Habitualidad.....	575
4. Bidireccionalidad	576
5. Globalidad	578
6. Interoperabilidad	580
V. SUJETOS.....	582
VI. CONTENIDO.....	588
1. Mapa de riesgos individualizado.....	590
2. Responsable del cumplimiento.....	592
3. Gestión del canal de denuncias.....	595
4. Certificación del programa.....	596
VII. PRUEBA.....	598
VIII. BIBLIOGRAFÍA	603

**CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO COOPERATIVO Y FISCALIDAD
INTERNACIONAL. LA GESTIÓN Y VALORACIÓN DE RIESGOS FISCALES A
TRAVÉS DEL ICAP**

Juan Ignacio Leo-Castela

I. INTRODUCCIÓN.....	611
II. LA IMPORTANCIA DEL CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO COOPERATIVO EN EL PANORAMA FISCAL INTERNACIONAL.....	616
III. EL PAPEL DEL FORUM ON TAX ADMINISTRATION DE LA OCDE Y SU IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO DEL TAX COMPLIANCE INTERNACIONAL	619
IV. ANTECEDENTES Y CUESTIONES PRELIMINARES DEL INTERNATIONAL COMPLIANCE ASSURANCE PROGRAMME (ICAP).....	623
V. CARACTERIZACIÓN Y VALORACIÓN DEL RIESGO FISCAL EN EL MODELO ICAP	627
VI. CONCLUSIONES.....	630
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	631

DELITOS MEDIOAMBIENTALES Y PERSONAS JURÍDICAS EN LA UNIÓN EUROPEA: PANORAMA DISPAR Y COMPLIANCE COMO POSIBLE ARMONIZADOR

Miguel Álvarez Hernández

I. APROXIMACIÓN AL CONTEXTO ACTUAL.....	635
II. LA RESPONSABILIDAD POR DELITOS MEDIOAMBIENTALES EN EL MARCO COMUNITARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	636
1. Los delitos contra el medioambiente: breve contexto y caracteres compartidos.....	636
2. Protección jurídica del medioambiente en el marco de la Unión Europea.....	638
III. PUNTO DE CHOQUE: LA RESPONSABILIDAD ¿PENAL? DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	642
IV. EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE) COMO POSIBLE CAMINO HACIA UN MAYOR GRADO DE ARMONIZACIÓN.....	647
1. El cumplimiento normativo: mucho más que Derecho Penal.....	648
2. Penetración en el ordenamiento comunitario y en los Estados Miembros.....	649
V. CONCLUSIONES.....	653
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	655

LA FUNCIÓN DE COMPLIANCE Y SU PAPEL SOCIAL EN LAS ENTIDADES MICROFINANCIERAS

Victoria Muriel-Patino

Javier Sierra-Pierna

I. INTRODUCCIÓN.....	657
II. LAS ENTIDADES MICROFINANCIERAS, UN TIPO ESPECIAL DE ORGANIZACIÓN CON UN DOBLE PROPÓSITO.....	658
III. COMPLIANCE NORMATIVO Y COMPLIANCE ÉTICO.....	662
IV. EL COMPLIANCE EN EL SECTOR DE LAS MICROFINANZAS.....	665
V. UNA HOJA DE RUTA PARA LA IMPLANTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN ENTIDADES DE MICROFINANZAS.....	668
1. Principios.....	668
2. Fases.....	670
3. Riesgos.....	674
VI. CONCLUSIONES.....	677
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	678

IV. DESARROLLO INTERNACIONAL DEL COMPLIANCE

JUSTICIA NEGOCIADA Y PERSONA JURÍDICA: NOTAS SOBRE LOS ACUERDOS CON LA FISCALÍA EN ESTADOS UNIDOS

Ana E. Carrillo del Teso

I. INTRODUCCIÓN.....	683
II. EL PAPEL DE LOS FISCALES: PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, FACTORES PARA LA ACUSACIÓN Y PLEA AGREEMENTS	685
III. DEFERRED Y NON-PROSECUTION AGREEMENTS	690
1. Antecedentes: pretrial diversion agreements	690
2. DPA y NPA: concepto, contenido y ¿fundamento?	692
3. Los acuerdos en la práctica	694
4. Principales críticas contra NPA y DPA	696
IV. CONCLUSIONES.....	698
V. BIBLIOGRAFÍA.....	699

PERSONAS JURÍDICAS, COMPLIANCE Y PROCESO PENAL PORTUGUÉS

Maria João Antunes

I. INTRODUCCIÓN.....	701
II. LA FALTA DE NORMAS DE NATURALEZA PROCESAL PENAL ESPECÍFICAS.....	702
III. LA CONFORMACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL EN QUE SEA ACUSADA PERSONA JURÍDICA	704
1. Las personas jurídicas y el disfrute de derechos constitucionalmente consagrados	705
2. La jurisprudencia constitucional portuguesa	707
2.1. Derecho de acceso al Derecho y a los tribunales	708
2.2. Presunción de inocencia y garantía de imparcialidad del tribunal juzgador	709
2.3. Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia	710
2.4. Derecho a la inviolabilidad del domicilio.....	710
2.5. Derecho a la no autoincriminación.....	711
IV. LA POSICIÓN PROCESAL PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA ACUSADA: ALGUNAS CUESTIONES EN ESPECIAL	712
1. El estatuto procesal penal de la persona jurídica acusada.....	713
2. El representante de la persona jurídica acusada.....	715
2.1. Quién representa a la persona jurídica acusada en el proceso	715
2.2. Posición procesal del representante.....	716
3. La aplicación de medidas de coacción a la persona jurídica acusada ..	717
V. CONCLUSIONES.....	720
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	720

**ESTRATEGIAS ANTICORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO
CORPORATIVO**

Miguel Ontiveros Alonso

I. NOTA PRELIMINAR	723
II. CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA CORPORATIVA..	724
III. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO EN LA CONVENCIÓN DE PALERMO.....	725
IV. EL CORPORATE CRIMINAL COMPLIANCE COMO ESTRATEGIA ANTICORRUPCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE PALERMO	727
V. CONCEPTO DE CRIMINAL COMPLIANCE AD EXTRA.....	728
1. La Ley General de Responsabilidades Administrativas	729
2. Ley del Mercado de Valores	731
VI. LA NORMA ISO-37001 Y EL CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM AD EXTRA CON ENFOQUE ANTICORRUPCIÓN.....	733
VII. RIP-ACT (REGULATION OF INVESTIGATORY POWER) Y LAS HERRAMIENTAS DE INVESTIGACIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN APLICADAS AL INTERIOR DE LA EMPRESA	734
VIII. NORMAS Y ESTÁNDARES DE COMPLIANCE VIGENTES EN MÉXICO: LA NORMA DE COMPLIANCE (NMX-CC-19600-IMNX-2017)	735
IX. PAUTAS PARA EVALUAR LA EFICACIA DE UN CORPORATE CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM CON ENFOQUE ANTICORRUPCIÓN.....	738
X. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS.....	742
XI. BIBLIOGRAFÍA	743
XII. RECURSOS DOCUMENTALES Y DIGITALES.....	744

**PERSONAS JURÍDICAS Y CUMPLIMIENTO: BREVE ANÁLISIS DE LOS
INCENTIVOS SISTÉMICOS DE BRASIL Y ESPAÑA**

Renato Machado de Souza

I. INTRODUCCIÓN.....	747
II. INCENTIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.....	748
1. Importancia de los <i>compliance programs</i>	748
2. El sistema de Brasil de la Ley 12.846/2013	752
3. El sistema del Código Penal español.....	755
III. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS SISTEMAS.....	757
1. La responsabilidad escalonada	757
2. Los incentivos en Brasil.....	758
2.1. Incentivos sobre el cómputo de la multa	758
2.2. Incentivos relacionados con el acuerdo de lenidad.....	760
3. Los incentivos en España	761
3.1. La exención de la responsabilidad	761
3.2. La atenuación de la responsabilidad	763
4. Apuntes sobre el reporte voluntario y la presunción de inocencia	764

IV. CONCLUSIONES.....	765
V. BIBLIOGRAFÍA.....	766

REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL COMPLIANCE Y LA COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA: LA "OPERACIÓN LAVA JATO"

Marina Oliveira Teixeira Dos Santos

I. INTRODUCCIÓN.....	769
II. ¿QUÉ ES EL COMPLIANCE? DEFINICIÓN Y PRINCIPALES CUESTIONES.....	771
III. LA "OPERACIÓN LAVA JATO" COMO ORIGEN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.....	775
1. La importancia de la colaboración con la justicia en el éxito de la "Operación Lava Jato".....	775
2. La implementación del <i>compliance</i> : los casos Petrobrás y Odebrecht....	778
IV. CONCLUSIONES.....	782
V. BIBLIOGRAFÍA.....	785

COMPLIANCE PENAL EN ECUADOR: PASADO, PRESENTE E INCIERTO FUTURO

Pedro Espinosa Andrade

I. EVOLUCIÓN NORMATIVA: DE <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	787
II. COMPLIANCE PENAL Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	794
III. EL FUTURO DEL COMPLIANCE PENAL EN EL ECUADOR.....	801
IV. CONCLUSIONES.....	803
V. BIBLIOGRAFÍA.....	804

REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL COMPLIANCE Y LA COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA: LA “OPERACIÓN LAVA JATO”

MARINA OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS

Universidad de Salamanca
Investigadora CIGG-USAL

I. INTRODUCCIÓN

La conocida como “Operación *Lava Jato*” en Brasil es considerada como la mayor iniciativa de combate a la corrupción y al lavado de dinero en la historia del país. Empezó en marzo de 2014 con la investigación e incoación de procesos criminales contra cuatro organizaciones criminosas cuyos líderes eran *doleros*: operadores del mercado paralelo de cambio. Entretanto, la operación se expandió a punto de descubrir un gran esquema criminoso de corrupción involucrando la empresa *Petrobrás*, una sociedad de economía mixta¹ de gran relevancia para el panorama económico brasileño.

Fue descubierto un club de constructoras que tenía como objetivo sustituir una competencia real por una ficticia: ofrecían precios a *Petrobrás* que ya habían sido calculados y definidos anteriormente en reuniones secretas en las que se especificaban incluso cuales de las constructoras iban a “ganar” cual contrato según las propias reglas internas del club. Por lo tanto, estaban involucrados funcionarios de la empresa *Petrobrás* los que, además de silenciar sobre la existencia del cártel, lo favorecían al restringir invitados al procedimiento de contratación pública (*licitações*), incluir la empresa ya ganadora en la lista de participantes, acelerar el procedimiento de contratación etc. Por su parte, los *doleros* —terceros intermediarios— eran responsables tanto por intermediar el pago del soborno, como por su entrega ya disfrazada de “dinero limpio” a los beneficiados. En esta fase el blanqueo de dinero hecho por esos intermediarios era esencial y dependía

¹ Según el reglamento brasileño las sociedades de *economía mixta* tienen personalidad jurídica de Derecho privado (según el art. 77. §2.º de la CERJ y el art. 5.º, incisos II y III, del *Decreto Ley* n.º 200/1967), la que asume forma de *sociedade anônima* —sociedad por acciones—.

de la contratación simulada con empresas inexistentes y del movimiento de los valores por el extranjero.

Un año después del comienzo de las investigaciones, en marzo de 2015, la “Operación *Lava Jato*” se expandió verticalmente de manera a incluir la posibilidad de participación de agentes políticos. Rodrigo Janot, antaño *Procurador-Geral da República*, presentó al Supremo Tribunal Federal (STF) cerca de 28 peticiones que requerían la incoación de procedimientos investigativos criminales para investigar la participación de 55 personas, de las cuales 44 eran titulares del *foro por prerrogativa de função* —aforamiento—. Estas personas habían sido nombradas en colaboraciones premiadas hechas en primera instancia, la que, después, pasó a juzgar los agentes políticos los cuales no tenían la prerrogativa del aforamiento.

Así sigue la “Operación *Lava Jato*” hasta hoy, su evolución demandó la creación de una serie de fases —que llega hasta la 68.² en noviembre de 2019— y operaciones con diversos sujetos involucrados. Y es justamente dada su amplia proporción que la analizaremos en torno de las reflexiones sobre la implementación de programas de *compliance* por dos de las grandes empresas investigadas en el ámbito de la operación —*Petrobrás* y *Odebrecht*— y la colaboración con la justicia penal.

Esto porque la “Operación *Lava Jato*” como la conocemos y como fue estructurada no habría ocurrido sin el uso de la colaboración premiada como instrumento procesal que permitía e incentivaba la colaboración de los más variados sujetos pasivos involucrados en la organización criminosa con la justicia brasileña. Y, en especial en el caso de la empresa *Petrobrás*, se puede decir que su programa de cumplimiento fue una consecuencia directa de la “Operación *Lava Jato*” y de la proporción de los crímenes descubiertos alrededor de la empresa².

Por lo tanto, en el trabajo empezaremos con un estudio sobre el *compliance*, en una búsqueda por su concepto y sus principales rasgos. De esta manera podremos seguir con el estudio sobre la “Operación *Lava Jato*” como origen de los programas de cumplimiento, a través del análisis práctico de la importancia de la colaboración con la justicia (en especial por el uso de la *colaboração premiada*) en el éxito de dicha operación y de la posterior implementación de los programas de *compliance* por las empresas *Petrobrás* y *Odebrecht*. Por fin, podremos reflexionar sobre las existentes y

² Afirmación esta que, como podremos estudiar en otro punto de este trabajo, puede ser obtenida y confirmada en la propia web de la empresa.

posibles relaciones entre los programas de cumplimiento en grandes empresas y la colaboración con la justicia.

II. ¿QUÉ ES EL COMPLIANCE? DEFINICIÓN Y PRINCIPALES CUESTIONES

El *compliance*, también entendido como una gobernanza corporativa, tuvo origen en el proceso de privatización y desreglamentación de los sectores económicos en EE.UU. que demostraron la incapacidad de las instancias formales de control en fiscalizar y controlar directamente las empresas³.

Surgió entonces con más fuerza después de los grandes escándalos financieros de los años 2000, como los casos *Enron* y *World-Com*. A partir de la necesidad de las empresas en enseñar a sus *stakeholders* que son transparentes y responsables; prestando cuentas, divulgando informaciones y, a cierto nivel, probando su responsabilidad social como algo presente además de la simple búsqueda por lucro⁴. De tal manera que la gobernanza corporativa se refleja en comportamientos éticos, una gestión vuelta a los deberes de cuidado interno y externo y, por consiguiente, una mayor responsabilidad de la empresa por sus actos.

Y es justo dentro del concepto de (una buena) gobernanza corporativa que surge el *compliance* como un apoyo necesario para su manutención y sustentación. El *compliance* deriva del verbo inglés *to comply*, que significa cumplir, ejecutar, obedecer, observar lo que es impuesto de manera general, y, en el caso del *compliance* lo que es impuesto por medio del ordenamiento jurídico o incluso por reglamentos de naturaleza no legal, como las directrices éticas y morales⁵.

Así expone NIETO MARTÍN en el sentido de que la expresión *compliance* es uno de los términos más vagos e inexpresivos, ya que por sí mismo apenas quiere decir el actuar según la legalidad. Entretanto, el autor complementa que el *compliance* se convierte en algo complejo al paso en que se verifica como es de hecho formulado dentro de las empresas, más allá

³ Así explica MIRANDA RODRIGUES (2017: 12) que "a contrapartida das políticas económicas neoliberais e da desregulação, a que se ligaram uma série de escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu evitar, foram propostas de autorregulação que se consubstanciaram nas orientações de corporate governance y *compliance*".

⁴ GILL (2008: 453).

⁵ ENGELHART (2018: 2).

de una simple conformidad con el sistema legal⁶. Por consiguiente, podemos decir que los programas de *compliance* se caracterizan como una reunión de esfuerzos por parte de una empresa, a partir de mecanismos de control y/o auto vigilancia, con el objetivo de cumplir con las exigencias legales y éticas determinadas por el poder público y, por lo tanto, evitar incurrir en infracciones —hasta las de naturaleza penal⁷—.

Se debe resaltar, además, que los programas de cumplimiento ganan aún más fuerza dentro del ámbito empresarial cuando muchos códigos éticos o normas internas exigen que sus parceiros tengan programas de cumplimientos homogéneos⁸. De tal manera que el *compliance* se vuelve determinante en la construcción de la reputación social de la empresa —aún más dentro de un mercado extremadamente globalizado.

Aunque no sea adecuado conducir los programas de *compliance* a un padrón común para toda y cualquier empresa, dada las variables tamaño y tipo empresarial que pueden llevar a riesgos penales y particularidades distintas, es posible trazar objetivos básicos que buscan evitar la criminalidad en el medio empresarial. Así, por ejemplo, CIGÜELA SOLA⁹ y SIEBER¹⁰ proponen de manera similar que un programa de cumplimiento tiene que definir los valores y objetivos empresariales que deben de ser respetados, con base en los riesgos empresariales y en las exigencias del poder público para el negocio en específico. Así, sería necesaria la individualización de los riesgos y delimitación de unos programas de entrenamiento y capacitación para orientar los trabajadores sobre los mecanismos de prevención.

De una manera general, entretanto, los programas de cumplimiento imponen a las empresas: el nombramiento de un responsable por la gestión del riesgo —*Compliance Officer*—, el establecimiento de un sistema de documentación eficaz, el establecimiento de reglas de conducta etc. Además, se hace necesaria la institucionalización de un órgano especializado —departamento de *compliance*— que tenga la información, los materiales y la

⁶ NIETO MARTÍN (2013: 23).

⁷ BRITO SOUZA (2015: 118). Además, según MIRANDA RODRIGUES (2017:11), “as normas que traduzem a política das empresas, relativas ao mais variados aspetos —podendo ir desde regulamentos internos no âmbito do mercado de valores mobiliários, corrupção, branqueamento ou concorrência até o domínio ambiental, do trabalho, do consumo ou da saúde— são duplamente mistas, no seu conteúdo, público-privado, e na sua génese estadual-supraestadual”.

⁸ NIETO MARTÍN (2013: 23).

⁹ CIGÜELA SOLA (2015: 343-344).

¹⁰ SIEBER (2013: 75).

autonomía lo suficiente como para encargarse y vigilar los programas de cumplimiento. Este órgano, además de asegurar el entrenamiento correcto de los trabajadores, también debe de poder delegar funciones y facilitar, por ejemplo, el control periódico por parte de controladores externos como por medio de auditorías de empresas especializadas¹¹.

Dentro de tal programa de cumplimiento también es conveniente la creación de sistemas de información para la descubierta y aclaración de crímenes. Debe de haber tal sistema que permita que los trabajadores puedan denunciar cualquier indicio de actividad criminosa anónimamente, así como un sistema interno de medidas disciplinarias para infracciones que no sean crimen de manera proporcional a la legislación vigente¹².

El *compliance*, además, asume papeles diferentes según la óptica de la legislación aplicable. En este sentido, por ejemplo, afirma NIETO MARTÍN que, aunque el *compliance* en el derecho penal no se limita a servir de base para el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, es justo este su aspecto más relevante¹³. De tal manera que lo que más importa acaba siendo el criterio de imputación de los hechos penales a la persona jurídica o si hay alguna imputación penal a la empresa que incida en una actividad delictiva.

En este sentido, en Brasil solo hay la previsión de responsabilidad penal para las personas jurídicas en casos de crímenes ambientales en el ámbito de la Ley n.º 9.605/1998, ya que se entiende que el bien jurídico medio ambiente es demasiado importante como para que valga apenas las normas civiles y administrativas¹⁴. Entretanto, en Europa la tendencia es la responsabilidad de la persona jurídica, sea ya por el modelo de hetero-responsabilidad, en el que se da por hecha la responsabilidad de la empresa por un hecho penal de sus representantes/administradores, sea por el modelo de autorresponsabilidad en el que hay la imputación de un hecho antijurídico propio e independiente de los miembros de la empresa a esta última¹⁵.

De tal manera que, mientras en Brasil no se podría hablar de la implementación de un programa de *compliance* como medida efectiva para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la delincuencia organizada (como en el caso del blanqueo de capitales y co-

¹¹ CIGÜELA SOLA (2015: 343-344).

¹² CIGÜELA SOLA (2015: 343-344).

¹³ NIETO MARTÍN (2013: 21).

¹⁴ COSTA (2010: 161).

¹⁵ NIETO MARTÍN (2013: 15-16).

rrupción), en los modelos de autorresponsabilidad si se puede hablar de una no penalización de los hechos delictivos de una empresa si la misma prueba tener un programa de *compliance* efectivo y idóneo, capaz de quitarle la culpa necesaria para la imputación del tipo^{16/17}.

Otro caso es el estadounidense. Esto porque ya desde hace más de 40 años que EE.UU. posee el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), ley de 1977 que prohíbe el soborno hecho por una persona o entidad corporativa estadounidense a oficiales extranjeros con el fin de obtener o retener negocios, además de exigir que las personas jurídicas con actividades fuera del país lleven libros y registros precisos y un sistema de control contable interno¹⁸. Y que también se aplica a las personas jurídicas que se encuentren registradas, que posean valores en los Estados Unidos o que deban presentar informes de actividades económicas a la Comisión de Bolsa y Valores, de manera a incluir en su jurisdicción la mayoría de las grandes organizaciones internacionales actuales y, concretamente, a *Petrobrás* y a *Odebrecht*.

Entretanto, y por situarse en EE.UU., donde prevalece el principio de la oportunidad en el proceso penal y donde los *prosecutors* tienen un poder mayor en realizar acuerdos de no persecución penal y establecimiento de penas y condiciones de cumplimiento, el *enforcement* del FCPA por el *Department of Justice* (DOJ) estadounidense resulta en un 86% de acuerdos con las empresas —entre *deferred prosecution agreements* y *non prosecution agreements*¹⁹—. Y es justo en el ámbito de los acuerdos sobre una infracción al FCPA que el DOJ suele aplicar el *compliance* como requisito para cerrar un acuerdo de no persecución, como una medicina para las infracciones pasadas. No hay, entretanto, en el FCPA una aplicación del *compliance* efectivo como una manera de prevención que evite la necesidad de *enforcement* de la ley²⁰.

¹⁶ CIGÜELA SOLA (2015: 349-350).

¹⁷ Por otro lado, en los modelos de hetero-responsabilidad, ya que la imputación penal a una empresa deriva de los hechos de las personas físicas involucradas, no habría como quitarle la responsabilidad penal a la empresa por el tener o no un programa de cumplimiento efectivo e idóneo. NIETO MARTIN (2015: 16).

¹⁸ CABEZAS (2015: 62).

¹⁹ SALBU (2018: 490).

²⁰ En 2010 hubo una propuesta por la Cámara de Comercio estadounidense que posibilitaría a las empresas que adoptasen un programa de *compliance* efectivo y en buena fe podrían ser inmunes de las disposiciones de la FCPA sobre el soborno. La propuesta llegó a ser reforzada por Andrew Weissmann, antes de que fuera nombrado Jefe del Departamento Criminal de Fraude del DOJ en 2015, entretanto hasta hoy sigue sin ser aplicada. SALBU (2018: 507).

Son muchos más los puntos que podrían ser enumerados al hablar de los programas de cumplimiento. Un ejemplo de la complejidad del tópico se ve a partir de los principios enunciados por la OCDE para una buena gobernanza corporativa²¹ que trata desde los derechos de los accionistas, a la divulgación de las políticas empresariales sobre su buen gobierno para facilitar la relación con los inversores y demás intermediarios, cuales informaciones deben de ser divulgadas etc. Entretanto, lo dejamos en esta investigación para poder empezar el análisis sobre la implementación práctica de los programas de cumplimiento por las empresas *Petrobrás* y *Odebrecht* y su relación con la colaboración con la justicia.

III. LA “OPERACIÓN LAVA JATO” COMO ORIGEN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Este apartado será dedicado a estudiar la “Operación *Lava Jato*” como fuente de los programas de cumplimiento en las empresas *Petrobrás* y *Odebrecht*. De esta manera, y ya estableciendo las bases necesarias para la posterior reflexión sobre la relación entre la colaboración con la justicia y los programas de cumplimiento, se buscará comprender, en un primer momento, la importancia de la colaboración con la justicia para el éxito de la “Operación *Lava Jato*” y, después, la implementación de los programas de *compliance* en estas empresas como consecuencia de lo que ha sido investigado anteriormente.

1. *La importancia de la colaboración con la justicia en el éxito de la “Operación Lava Jato”*

La “Operación *Lava Jato*” puede ser considerada como exitosa por haber involucrado el descubrimiento de una red de organización y organizaciones criminosas que cometían crímenes de alta gravedad como la corrupción y el blanqueo de capitales. Crímenes que involucraban sumas de dinero excesivamente altas, personas de todos los rangos dentro de empresas esenciales en el escenario brasileño, oficiales del gobierno nacional e internacional. Debe ser resaltado, entretanto, que su éxito es debido en gran parte al uso de mecanismos de colaboración con la justicia.

²¹ OCDE (2016: 7).

Durante todas las fases de la operación y en especial en su comienzo en el 2014 —aunque las investigaciones relacionadas al caso ya estaban en curso desde antes— la colaboración premiada ejerció un papel fundamental al proveer los medios de obtención de pruebas para crímenes tan organizados y estructurados los que, de otra forma, no podrían ser accedidos por la justicia brasileña.

Esto puesto, aunque otras formas de colaboración fueron usadas en el tiempo por las autoridades brasileñas y por los sujetos pasivos investigados en el ámbito de la “Operación *Lava Jato*”, como por ejemplo los *acordos de leniência* en el área administrativa y los acuerdos internacionales con la justicia estadounidense, en Brasil la forma que gana más importancia es la de la *colaboração premiada*. Un instrumento previsto en la Ley n.º 12.850/2013 sobre las organizaciones criminosas en Brasil y que fue ampliamente usado en la “Operación *Lava Jato*” desde sus primeras fases en 2014 con la finalidad de auxiliar la persecución penal de los hechos delictivos.

De esta manera se puede investigar, a partir de un análisis empírico y casuístico, basado en varios casos de acuerdos de colaboración premiada celebrados en el ámbito de la “Operación *Lava Jato*”, su alcance: las diversas figuras que colaboraron con la justicia y la cantidad de deposiciones y promesas de pruebas dentro de cada uno de esos acuerdos. La muestra estudiada fue elegida de manera aleatoria, empezando con las primeras colaboraciones hechas y pasando a otras colaboraciones ejemplares en resultados que enseñan claramente su importancia en el descubrimiento de provas y evidencias dentro de la “Operación *Lava Jato*”.

Justo en el comienzo de la “Operación *Lava Jato*”, en agosto de 2014, fue celebrado el primer acuerdo de colaboración premiada en el ámbito de la “Operación *Lava Jato*” con el ex-director de la empresa *Petrobrás*, Paulo Roberto Costa. En este sentido, en una de las varias deposiciones concedida por Paulo Roberto Costa, en el *Termo de Colaboração n.º 12*²², afirmó el colaborador que “en todos los grandes contratos de la empresa [*Petrobrás*] participaban constructoras miembros de carteles, las que fijaban

²² En 27 de agosto de 2014 firmaron acuerdo de colaboración premiada Paulo Roberto Costa y la Procuradoria Geral da República con la previsión de concesión de premios consistentes en prisión domiciliar, la determinación del régimen de la pena, el archivamiento de nuevos hechos criminosos sobre el colaborador aún no investigados por el Ministerio Público y otros, con la contrapartida consistente en la colaboración a partir de la delación de otros involucrados, del esquema criminoso dentro de la empresa y de la devolución de una gran suma de activos obtenidos por medio de los actos criminosos. CONJUR (2014).

en sus propuestas una margen de sobreprecio de cerca de 3% en relación a los contratos que sería repasado a los políticos²³. Nombró, además, varios otros supuestos participantes en el esquema criminoso, algunos de los cuales, como Alberto Youssef²⁴, hicieron acuerdos de colaboración propios con la justicia posteriormente.

Igualmente, y para que se note la amplitud de sus declaraciones y de la colaboración prestada, Paulo Roberto Costa dio 80 deposiciones, desde el día 29 de agosto de 2014 hasta el día 16 de septiembre del mismo año. Siendo que, en cada una de estas declaraciones, daba informaciones distintas: sea sobre el contrato con *Odebrecht*, sea sobre las varias empresas involucradas en el esquema criminoso como Promon, Schahim, Tomé Engenharia etc.²⁵.

Un año después, un plazo que puede ser considerado rápido en comparación con la recurrente morosidad de la justicia penal brasileña, en agosto de 2015, fue proferida su sentencia penal condenatoria, conjuntamente a la condenación de Alberto Youssef, José Aldamário Pinheiro Filho, José Ricardo Nogueira y otros por sus participaciones en el esquema criminoso²⁶. Paulo Roberto Costa fue condenado por el crimen de corrupción activa por haber pagado el valor aproximado de 29 millones a la dirección de la empresa *Petrobrás*, y Alberto Youssef fue condenado tanto por el crimen de corrupción junto a Paulo Roberto Costa como por lavado de dinero sofisticado, con la realización de muchas transacciones, simulación de prestación de servicios y contratos y otros crímenes, los que, juntos, involucraría la suma de aproximadamente 41 millones de reales. Ambos, además, tuvieron la concesión de premios por el juez en su condena, al haber colaborado con la justicia.

Otros muchos acuerdos de colaboraciones premiadas y sentencias fueron siendo hechas en el desarrollar de la "Operación *Lava Jato*". Así, por ejemplo, el Ministerio Público Federal celebró un acuerdo de colaboración con Augusto Ribeiro de Mendonça Neto en cambio de, además de la devolución del producto y de las ganancias de los crímenes practicados, su colaboración a partir

²³ FOLHA (2015).

²⁴ Celebró acuerdo de colaboración premiada con el Ministerio Público Federal en 24 de septiembre de 2014, el que fue homologado por el Ministro Teori Zavascki en 19 de diciembre de 2014. ESTADÃO (2015).

²⁵ Las declaraciones de Paulo Roberto Costa pueden ser vistas en la web del periódico de la *Folha*. FOLHA (2015).

²⁶ Ministério Público Federal. (2015). Sentencia en el proceso n.º 5083376-05.2014.4.04.7000, de 05 de agosto de 2015. Juez Sérgio Fernando Moro (<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/cwritibafacois/processo-penal-14/sentencal/arquivo>).

de datos sobre la manera como se pagaban los sobornos dentro del esquema *Petrobrás*: 19 anexos conteniendo declaraciones sobre el esquema criminoso y la promesa de añadir todas las pruebas y medios de prueba que tuviera²⁷.

La “Operación *Lava Jato*” siguió expandiéndose en el pasar de los años: con las fases 43 y 44 de las investigaciones, por ejemplo, fueron determinadas órdenes de busca y aprensión y prisiones temporarias que involucraban la corrupción de empresas extranjeras relacionadas a *Petrobrás*: una referente a la contratación de griegos que harían el flete de unos cruceros teniendo como contrapartida el pago de ventajas indebidas y otra sobre la contratación del fornecimiento de asfalto por la empresa Sargeant Marine a *Petrobrás* a través del soborno de funcionarios y políticos²⁸.

Además, la operación se expandió como para incluir las investigaciones sobre la empresa *Odebrecht*, como por ejemplo con la incoación de procedimientos penales en octubre de 2018 contra tres ex alcaldes de la ciudad de São Carlos/SP por el recibimiento de ventajas indebidas durante el periodo electoral en 2012 por la constructora *Odebrecht*. Unas incoaciones que fueron basadas en colaboraciones premiadas firmadas por el Ministerio Público, la constructora y representantes suyos. Esto porque meses antes, en agosto de 2018 durante la operación *Deja Vu* fueron determinados cuatro ordenes de prisión preventiva dentro de la investigación sobre la obtención de un contrato fraudulento de más de 825 millones de dólares firmado en 2010 entre *Petrobrás* y *Odebrecht*²⁹.

Por consiguiente, con este panorama básico de la “Operación *Lava Jato*” y una enumeración básica de algunos acuerdos de colaboración premiada ya se puede vislumbrar la relevancia de la colaboración con la justicia en la persecución penal de las infracciones y personas involucradas.

2. La implementación del compliance: los casos *Petrobrás* y *Odebrecht*

Para comprender la implementación de los programas de cumplimiento en *Petrobrás* es importante el posicionamiento del ex *chief governor* y *compliance officer* de *Petrobrás*, Rafael Mendes Gomes³⁰, quién, en una entrevista a una web especializada en dar informaciones a ejecutivos a nivel inter-

²⁷ ESTADÃO (2014).

²⁸ Datos según Ministério Público Federal (2020).

²⁹ Ministério Público Federal (2020).

³⁰ Fue el *compliance officer* y *chief governance* de la empresa desde mayo de 2018 hasta su dimisión en julio de 2019. BRAZIL ENERGY INSIGHT (2019).

nacional, afirmó que la empresa reaccionó muy rápido a los escándalos de 2014 descubiertos a través de la “Operación *Lava Jato*”. Petrobrás nombró un comité independiente y exterior, compuesto por personas de alta cualificación profesional, para conducir investigaciones internas. Además, la empresa creó los puestos de *Chief Governance* y *Compliance Officer*, antes inexistentes, de manera a garantizar la independencia de los programas de cumplimientos internamente. Y, por fin, contrató a una empresa de auditoría externa —EY— así como a un gran y renombrado despacho de abogados para conducir las investigaciones³¹. En su entrevista asumió que antes de los escándalos de 2014 la estructura de la empresa era extremadamente descentralizada y jerarquizada, lo que facilitaba la toma de decisiones por un cuerpo pequeño de personas con demasiado poder. De tal manera que la revisión de su programa de gobernanza fue esencial para evitar el riesgo de posibles infracciones.

Expone, para ilustrar, que desde la nueva perspectiva de la empresa cualquier persona que empiece a trabajar en Petrobrás en algún puesto administrativo tendrá que someterse a un control de cualificaciones, experiencias e integridad. La contratación para la gerencia, por otro lado, presupone la evaluación por un comité independiente. Crearon estructuras que impiden la contratación con empresas implicadas directamente en la “Operación *Lava Jato*” sin que hubiesen cooperado con las investigaciones, cooperado con la justicia por medio de acuerdos de lenidad —*leniência*—, declarado públicamente su responsabilidad e implementado un programa de cumplimiento que satisficiera a los criterios de Petrobrás.

Según Rafael Mendes Gomes, en marzo de 2019, toda la estructura de *compliance* de Petrobrás ya contaba con un número de aproximadamente 450 profesionales dedicados exclusivamente a la prevención, detección y mitigación de riesgos. Suma que enseña su gran monta, aunque debidamente proporcional al tamaño de la empresa.

Conforme la propia web de la empresa fue creado en 2014 su departamento de *compliance* nombrado *Diretoria de Governança e Conformidade*, el que sigue su propio *Programa Petrobrás de Prevenção da Corrupção* (PPPC). El PPPC busca conformar las actividades de la empresa a diversas normas nacionales e internacionales, como la Ley brasileña n.º 12.846/2013 sobre los actos ilícitos contra la administración, el FCPA, el *UK Bribery Act* de 2010, la legislación penal brasileña, el Pacto Global de las Naciones Unidas y otras. Involucra un código de conducta y un código de ética que

³¹ LEADERS LEAGUE (2019).

valen no apenas para sus funcionarios, como también para las empresas con las que se relaciona. Propone un sistema de *regime disciplinar* que contiene penalidades para los que incurran en actividades ilícitas o antiéticas. Establece el funcionamiento de un canal de denuncias para sus funcionarios y para cualquier persona interesada que determina de manera expresa la no retaliación contra cualquier denuncia hecha. Busca diseminar una cultura de enseñanza a partir de la realización de cursos, entrenamientos y campañas vueltos a una cultura de cumplimiento. Es un programa que cuenta con muchas otras áreas más y que, por encima del todo, es sometido a una evaluación periódica de manera a mantenerse siempre eficaz y conforme las leyes vigentes³².

Aunque todas esas informaciones nos llevan a creer que *Petrobrás* sí ha podido implementar un programa de cumplimiento efectivo e idóneo, debe ser considerado el hecho que todas esos datos hayan sido puestos a disposición por la propia empresa, de manera que su credibilidad pueda llevar a una cierta desconfianza.

Entretanto, lo que sí confiere credibilidad al programa de cumplimiento de *Petrobrás* fue la decisión del DOJ estadounidense, el que, en septiembre de 2018, llegó a un acuerdo con la empresa y con el gobierno brasileño. En el comunicado a la prensa³³ el Departamento de Asuntos Públicos del DOJ informó que había llegado a un acuerdo que involucraba el pago de una pena de 853,2 millones de dólares al DOJ y a la justicia brasileña por las violaciones al FCPA. Sin embargo, el DOJ entendió que *Petrobrás* había cooperado debidamente con la justicia y implementado un programa efectivo de *compliance* que volvía innecesaria la imposición de un *compliance monitor*, una de las penalidades posibles en el FCPA que impondría a la empresa el pago a un monitor externo e independiente que verificaría sus programas de cumplimiento durante un periodo determinado de tiempo. Según el comunicado de prensa: “*Petrobrás* also took extensive remedial measures, including replacing the Board of Directors and the Executive Board (the company’s high-level managers) and implementing governance reforms, as well as disciplining employees and ensuring that the company no longer employs or is affiliated with any of the individuals known to the company to be implicated in the conduct at issue in the case”.

Por otro lado, tenemos el caso de la constructora *Odebrecht*. La empresa fue condenada en EE.UU. después que el *Department of Justice* le hizo una

³² PETROBRAS (2020).

³³ DEPARTMENT OF JUSTICE (2018).

denuncia por haber violado el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977. *Odebrecht*, siguiendo el modelo de persecución penal estadounidense, se declaró culpable (*plea of guilty*) y concordó en pagar una multa penal de 2,6 mil millones de dólares además de implementar la figura del *compliance monitor* durante el periodo de tres años y un programa efectivo de *compliance*³⁴.

Odebrecht fue sometida al Reglamento del FCPA y, simultáneamente, en diciembre de 2016, la empresa colaboró con la justicia brasileña por medio de un acuerdo de *leniência* celebrado con el *Ministerio Público Federal* que previa el pago de una multa de 8,5 mil millones de reales (el valor de la conversión) que sería compartida entre la justicia brasileña, la estadounidense y la suiza³⁵.

Entretanto, aunque hubiese entrado en un acuerdo con el DOJ estadounidense y la justicia brasileña, *Odebrecht* no cumplió con todas sus obligaciones relativas a la manutención de un *compliance monitor* y a la implementación de un programa de cumplimiento, la cual debería haber expirado en febrero de 2020 y fue extendida hasta noviembre de 2020 según las informaciones de la fiscalía estadounidense. Según un comunicado de la empresa, su fallo en cumplir con las obligaciones fue debido a unos problemas financieros debidos a su reorganización judicial: siendo que la empresa habría entrado con un proceso de recuperación judicial en Brasil en junio de 2019 y otro por *bankruptcy* sobre el *chapter 15* del *Bankruptcy Act* en Nueva York en agosto de 2019³⁶³⁷.

De esta forma, *Odebrecht*, aunque formalmente ya tenía un programa de cumplimiento eficiente como para poder volver a contratar con *Petrobrás* desde septiembre de 2018³⁸, en realidad seguía sin una conformidad

³⁴ STANFORD LAW SCHOOL (2020).

³⁵ CONJUR (2016).

³⁶ SUN (2020).

³⁷ En efecto, debemos tener en cuenta que la implementación de un programa de cumplimiento efectivo saldrá caro a cualquier empresa, ya que siempre deberá ser implementado en proporción a su tamaño, alcance, actividad etc. Un programa de *compliance* interno en una empresa presupone, por ejemplo: la creación y manutención de un departamento interno de auditoría, una revisión de las actividades y informaciones financieras de las gerencias, una línea propia (*hotline*) donde sus funcionarios puedan denunciar actos ilícitos y buscar informaciones, programas de soporte y enseñanza a los funcionarios, entrenamiento específico para la gerencia y directoría, un departamento y posible *hotline* determinados para asesorar los casos relacionados a fraude, etc. Todos estos incrementos que presuponen la disposición de un elevado montante del capital de la empresa destinado al *compliance*. WOLF WILMES (2019: 26-27).

³⁸ LEADERS LEAGUE (2019).

estricta y completa a las normas que le generó la actual obligación referente al *compliance monitor*. Y, por lo tanto, seguirá sometida a las decisiones del DOJ estadounidense como punición por haber infligido las normas del FCPA, debiendo seguir con un *compliance monitor* que garantice una implementación eficaz e idónea de un programa de cumplimiento.

IV. CONCLUSIONES

Por todo lo que fue analizado en el trabajo se puede empezar a establecer los posibles lazos entre la colaboración con la justicia y la implementación de programas —*efectivos e idóneos*— de cumplimiento. En definitiva, se puede afirmar que la colaboración con la justicia por medio de los acuerdos de *colaboração premiada* fue esencial para el descubrimiento de una delincuencia extremadamente organizada en el ámbito de la “Operación Lava Jato”. Sin el instrumento procesal penal de la *colaboração premiada* conforme implementado en 2013 por la Ley n.º 12.850/2013, no habría sido posible la detección de la red de corrupción, sobornos, fraudes, blanqueo y demás crímenes que involucraron a *Petrobrás* y a *Odebrecht*, además de muchas otras empresas y personas físicas.

Esto porque es justo la naturaleza de negociación privada entre el miembro del *Ministério Público* y/o policía con el investigado o encausado que confiere la posibilidad de previsiones tan específicas y amplias como para estimular deposiciones completas y, en concreto, una colaboración realmente efectiva. Además, una estructura que, al haber sido prevista legalmente en el ámbito de la Ley sobre las Organizaciones Criminosas en Brasil pudo conferir ciertas garantías a los investigados o encausados que veían en la colaboración premiada una oportunidad de beneficiarse y evitar una punición muchísimo más grave en un proceso penal regular³⁹.

³⁹ Entretanto, no se puede olvidar de las diversas críticas al instituto de la colaboración premiada conforme instituido por la ley brasileña. En un primer momento es un instituto de naturaleza de negocio jurídico —consensual— que, por lo tanto, se convierte en un conflicto directo con el principio de legalidad, base del sistema constitucional-penal brasileño que tiene como origen el europeo continental. En un segundo momento, por la manera como es ampliamente utilizado en la práctica de la administración de la justicia, con la previsión de premios a los colaboradores con carácter *extra y praeter legem*. Además, por su conflicto con el principio de la reserva de la jurisdicción, que debe de ser respetada con especial atención a nivel del Derecho Penal, al poder prever la no incoación de la acción penal por parte del Ministerio Público como posible premio. Otras muchas críticas pueden y deben ser hechas acerca de la colaboración premiada,

Sin embargo, no se puede olvidar que la colaboración con la justicia dentro de la “Operación *Lava Jato*” también superó el uso exclusivo de la colaboración premiada —aunque esta haya sido la mayor responsable por las condenas en el país— puesto que se involucraron también los acuerdos de *leniência* y los acuerdos internacionales con el DOJ estadounidense sobre la aplicación del FCPA.

En suma, fue justo el conjunto de toda la colaboración con la justicia, con un especial papel ejercido por la *colaboração premiada*, que resultó en la exposición de tal escándalo de delincuencia organizada el que acabó por generar el debate sobre la implementación de los programas de *compliance*⁴⁰.

Con respecto a la implementación de los programas de cumplimiento, se puede vislumbrar que *Petrobrás* incorporó a su estructura empresarial el *compliance* como consecuencia directa del éxito de la “Operación *Lava Jato*”. La empresa implementó, además, un programa de cumplimiento eficiente lo suficiente como para evitar una segunda penalidad posible por parte del DOJ estadounidense, que sería la obligación en tener un *compliance monitor*.

Odebrecht, por otro lado, aunque ya hubiese públicamente anunciado la implementación de un programa de cumplimiento, sufrió con pérdidas de altas montas que le constaron en el ser eficiente. Es decir, su cumplimiento a las normativas anticorrupción, soborno y blanqueo no fue completo como para impedir una evaluación negativa por parte del DOJ estadounidense. De tal manera que la empresa sigue actualmente luchando por una implementación idónea del *compliance*.

Otro punto importante a explorar es la capacidad que los programas de cumplimiento pueden llegar a tener con relación a evitar la persecución penal. Como vimos en el apartado sobre qué es el *compliance*, su uso preventivo en el ámbito empresarial tiene todo que ver con la imputación penal de la persona jurídica en cada ordenamiento jurídico. En los modelos donde

en especial ahora después de las alteraciones hechas a partir de la Ley n.º 13.964/2019, originaria del *Pacote Anticrime*, que vino a cambiar mucho del procedimiento y posibilitar muchas interpretaciones sobre la *colaboração premiada*. No obstante, el tema principal del trabajo es el *compliance* y su relación con la colaboración con la justicia, así que se dejan esos y otros cuentacionamientos para otra oportunidad.

⁴⁰ Aunque en términos internacionales tampoco se puede olvidar del papel esencial desarrollado por el DOJ estadounidense al negociar con las empresas involucradas en torno a la aplicación del FCPA, ya que ha sido en esos acuerdos que la estipulación para la implementación de programas de *compliance* surge de manera formal.

aún prevalece una hetero-responsabilidad de la persona jurídica —y, sobre todo en los que no hay previsión de responsabilización penal de la persona jurídica en crímenes de delincuencia organizada, como el caso brasileño—, no se puede hablar en un estímulo real a la no persecución penal a través de la existencia de programas de cumplimiento, aunque sean efectivos e idóneos. Por otro lado, en los modelos de autorresponsabilidad el *compliance* si ejerce un papel de barrera a la no persecución penal de una empresa siempre y cuando esta haya implementado un programa de cumplimiento eficiente e idóneo.

Otra cosa es el hecho que, de manera general, en todos los ordenamientos jurídicos, el *compliance* pueda ser un instrumento de prevención y detección previa al cometimiento de delitos que, por eso, disminuya la necesidad de persecución penal en relación con las personas físicas involucradas en la estructura empresarial.

De esta manera explica SIEBER que los programas de cumplimiento son idóneos para prevenir la criminalidad económica en el ambiente empresarial, puesto que la estructura criminógena empresarial es determinante para influenciar las conductas ilícitas de los trabajadores. Esto porque las infracciones son favorecidas por un ambiente de erosión normativa que puede ser observado, por ejemplo, por el uso de técnicas de neutralización dentro de la empresa que justifiquen ciertos actos ilícitos en la búsqueda por soluciones innovadoras en el contexto empresarial⁴¹.

En este sentido, al pensar en el caso *Petrobrás*, su programa de cumplimiento, caso hubiese existido de manera real y efectiva desde hace 20 o 30 años, podría haber evitado toda o gran parte de la “Operación *Lava Jato*”. Ya que la propia empresa impediría, a través de mecanismos de cumplimiento internos y externos —a partir de auditorías y revisiones de su programa de cumplimiento— la realización de muchos de los crímenes de alta monta cometidos por sus funcionarios, la contratación con empresas que visaban apenas el blanqueo del capital y la facilitación del soborno internacional, etc.

Es por esta razón que defendemos la importancia de la implementación de los programas de cumplimiento como una manera de evitar la necesidad, como ocurrió en la “Operación *Lava Jato*” de que se recurriera a la colaboración premiada como instrumento de última necesidad para descubrir, investigar y procesar los delitos penales.

⁴¹ SIEBER (2013: 75).

Debido a la excepcionalidad de la colaboración premiada dentro de la estructura constitucional del proceso penal brasileño, como una medida de oportunidad real, y además ahora oficialmente reconocida como un negocio jurídico procesal después de las alteraciones decurrentes del *pacote anticrime*, y su uso frecuente y extensivo en los casos de gran criminalidad organizada que ocurren en el ámbito de grandes empresas, el uso del *compliance* aparece como una herramienta útil de prevención.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BRAZIL ENERGY INSIGHT (2019): *Petrobrás changes in the executive board*. En: <https://brazilenergyinsight.com/2019/01/06/Petrobrás-changes-in-the-executive-board/>.
- BRITO SOUZA, A. (2015): "Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 25, n.º 1-4.
- CABEZAS, V. (2015): "La Ley FCPA. ¿Un caso de jurisdicción universal?". *Universidad San Francisco de Quito Law Review*, vol. 2, n.º 1.
- CIGÜELA SOLA, J. (2015): *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- CINTRA ESSADO, T. (2013): "Delação premiada e idoneidade probatória". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 101.
- CONJUR (2014): *Acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa*. En: <https://s.conjur.com.br/dll/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>.
- CONJUR (2016): *Acordo de leniência com Odebrecht S.A.* En: <https://www.conjur.com.br/dll/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.
- COSTA, H. (2010): *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- DEPARTMENT OF JUSTICE (2018): *Petróleo Brasileiro S.A.-Petrobrás agrees to pay more than \$850 million for FCPA violations*. En: www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations.
- ENGELHART, M. (2018): *The nature and basic problems of compliance regimes*. En: https://pure.mpg.de/rest/items/item_2643714_7/component/file_3007899/content.
- ESTADÃO (2014): *Termo de colaboração premiada de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto*. En: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2014/12/1_DECL68-contrato-dela%C3%A7%C3%A3o-augusto.pdf.
- ESTADÃO (2015): *Acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef*. En: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>.

- FOLHA (2015): *Declarações de Paulo Roberto Costa*. En: www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1601133-acesse-a-integra-dos-depoimentos-de-paulo-roberto-costa.shtml.
- FOLHA (2015): *Termo de Declarações n.º 12 que presta Paulo Roberto Costa*. En: <http://media.folha.uol.com.br/poder/2015/03/11/termo-de-colaboracao-012.pdf>.
- GILL, A. (2008): "Corporate governance as social responsibility: a research agenda". *Berkeley International Law*, vol. 26, n.º 452.
- LEADERS LEAGUE (2019): *Interview with Rafael Mendes Gomes: ex chief governance y compliance officer de Petrobrás*. En: www.leadersleague.com/en/news-rafael-mendes-gomes-chief-governance-and-compliance-officer-at-petrobras.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (2020): *Operação Lava Jato*. En: www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato.
- MIRANDA RODRIGUES, A. (2017): "Direito penal económico-Fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa". *Revista do Ministério Público*, vol. 151.
- NIETO MARTÍN, A. (2013): "Problemas fundamentales del *compliance* y el Derecho Penal". En: MONTIEL, J. & L. ORTIZ (eds.): *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- OCDE (2016): *Princípios de governo das sociedades do G20 e da OCDE*. Paris: Éditions OCDE.
- PEIXOTO MARQUES, A. (2014): "A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada". *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n.º 60.
- PETROBRÁS (2020): *Governança corporativa*. En: www.investidorpetrobras.com.br/governanca-corporativa/programa-petrobras-de-prevencao-da-corrupcao.
- SALBU, S. (2018): "Mitigating the harshness of FCPA enforcement through a qualifying Good-faith compliance defense". *American Business Law Journal*, vol. 55, n.º 3.
- SIEBER, U. (2013): "Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica". En: ARROYO ZAPATERO, L. & A. NIETO MARTÍN (eds.): *El Derecho Penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- STANFORD LAW SCHOOL (2020): *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse. United States of America v. Odebrecht S.A.* En: <http://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=6359>.
- SUN, M. (2020): "Brazil's Odebrecht agrees to extend monitorship for another nine months". *The Wall Street Journal*. En: <https://www.wsj.com/articles/brazils-odebrecht-agrees-to-extend-monitorship-for-another-nine-months-11580859505>.
- WOLF WILMES, B. (2019): *Behavioral compliance: corporate compliance meets behavioral economics*. En: www.digital.ab.uni-paderborn.de.