

SESSÃO DE RESENHAS

Conflitos e subjetividades: Resenha crítica à obra “O medo na cidade do Rio de Janeiro”, de Vera Malaguti.

SAULO NUNES ALMEIDA

Doutor e Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Tributário, Previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Ateneu. Professor da UNICATÓLICA de Quixadá e da UNIFANOR Wyden.

FRANCISCO JOSÉ VASCONCELOS

Especialista em Planejamento Educacional pela Universidade Vale do Acaraú - UVA, Especialista em Direito Penal Pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP - UECE), Mestrado em Economia Rural pela Universidade Federal do Ceará (2014), Mestrado em Direito Internacional - Universidad Autónoma de Asunción (2008) e doutorado em Direito Internacional - Universidad Autónoma de Asunción (2010). Atualmente é professo do Centro Universitário Católica do Quixadá.

Vera Malaguti Batista é socióloga, Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Mestre em História Social pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Professora Titular da disciplina de Criminologia, da Universidade Cândido Mendes, e Secretária geral do Instituto Carioca de Criminologia.

A minúcia e a originalidade pautam a obra “O Medo na Cidade do Rio de Janeiro”, editora Revan, 2003, de Vera Malaguti. A autora enfoca o medo e a difusão do mesmo na cidade do Rio de Janeiro como uma política estatal de distanciamento social, buscando por via da neutralização e da disciplina das camadas mais pobres da cidade, impondo-lhes um conservadorismo advindo das camadas hegemônicas. Na busca de se fazer entender este contexto contemporâneo, a autora apresenta uma pesquisa analítica das políticas públicas da cidade, remetendo-se ainda ao século XIX até o final do Século XX, no intuito precípuo de retratar múltiplas rupturas entre administradores e administrados. Adequado destacar que este estudo de Malaguti introduz dimensões não apenas políticas e sociológicas, mas traz consigo

uma forte perspectiva histórica e geográfica, pois trata das características do controle social na cidade maravilhosa, desde o século antecedente.

A autora trabalha conflitos e subjetividades nos espaços urbanos do Brasil e, mais especificamente, da cidade do Rio de Janeiro, desde o século XIX, pois nesta época múltiplas mudanças podem ser identificadas nas configurações das cidades advindas, conforme pesquisa empreendida pela autora, da Lei das Terras (1850). Salienta a importância do medo na concepção da coletividade urbana, não apenas na cidade do Rio, mas também no Brasil. Esse medo apropriou-se da vida das massas menos privilegiadas, ademais, este mesmo sentimento deteriorou segmentos da vida de todos no Rio de Janeiro. Consequentemente, influenciou os “discursos, práticas de instituições” em vários setores sociais, mas, principalmente o controle da criminalidade. Por isso, conforme a autora, sugeriu-se que o policiamento seletivo, inspirado e orientado por variáveis raciais e classistas, tem desaguado em cenários de afronta aos direitos humanos.

Conforme a pesquisa da autora, estas novas configurações corroboram com a criminalização à concessão arbitrária que era corriqueira na época, demarcando de forma consolidada o solo público e o privado.

Para a pesquisadora, o embate entre a ocupação do espaço e os protestos políticos de distanciamento social¹ não correspondem a um fenômeno moderno. Tais conflitos vêm se arrastando desde o século XIX até os dias de hoje. Malaguti afirma que a escravidão influenciou enormemente a construção divisionária da sociedade contemporânea do País. Mesmo no final do século XIX, após a abolição da escravatura, instituiu-se a República, num cenário de lutas políticas e diferentes projetos de cidade, partindo de ideias liberais à anarquistas. O espaço urbano da cidade do Rio é atravessado por estes embates, constituídos de subjetividades e subjetivações. Ressalta a autora, neste momento, o papel da igreja que “*sabiamente manipulou*” as massas mais pobres, orientando-as em “seus medos” no escopo de consolidar interesses próprios.

¹ é um termo que significa a exclusão, o afastamento de uma pessoa ou grupo que se apresenta em situação dessemelhante, vulnerável ou hostil em relação aos demais indivíduos e grupos da sociedade.

Naquele contexto, os políticos que estavam no poder, decidem por iniciar um processo de haussmannização² associado concomitantemente a outros movimentos de higienização para urbanizar, ornamentar e segregar; isso, conforme a autora. Após este período de haussmannização, houveram curtos momentos na história da cidade do Rio de ruptura deste paradigma de ordenação urbana; como exemplo: surge a política social de habitação de Getúlio (1931-1933) que construiu 140.000 casas, marcando um divisor de águas entre a República velha e a política de remoção lacerdista; os embates do pré-golpe militar de 64 (final da década de 50), a “*esquerda subia e amava os morros do Rio*”. Outra representação de ruptura foi a gestão popular de Brizola na cidade do Rio (1982-1985) que fizeram ferver os embates da direita e da esquerda que, de certa forma, favoreceu a antonímia entre ricos e pobres prejudicando assim o processo de democratização.

Neste enredo político-administrativo, acabou por se ter uma codificação contextual sobre a moradia e comércio à beira da ilegalidade, tendo em vista a “*inadequação da classe trabalhadora brasileira aos esquemas teóricos universalizantes*”. Com as eleições (1985), o “medo” neoliberal cresce, e junto a ele, na época, surgem pregações à tortura, ao extermínio das favelas (através de muitos projetos de remoção) em prol de um novo modelo de “higienismo ambientalista”.

Um novo conceito surge à discussão: “*A CERNE DAS MUDANÇAS DE NEXO DE MARGINALIDADE SOCIAL, DA DIVISÃO ETNORACIAL E DA POLÍTICA DE ESTADO NAS GRANDES CIDADES*”. Para isso, a autora faz uma análise de dois momentos intelectuais: 1) A influência neoliberal que desconstituiu o Estado de Bem Estar Social priorizando a administração penal dos “rejeitos humanos”, conduzindo o “povão” à marginalização; 2) A difusão sistemática e coordenada do imaginário e das tecnologias estadunidense de segregação racial (p.ex.: a utilização do conceito de “gueto” para a realidade carioca / seriados de TV, etc).

A articulação desses dois eventos acima provocou: (a) um movimento neoliberalista que precisava de um maior controle sobre aqueles que estavam fora do mercado de trabalho e a (b) infiltração de uma cultura norte-americana policial e prisional que produziu uma “cegueira” na discussão da questão criminal e penitenciária no Brasil.

² [...] reformas se realizem nos mesmos moldes daquelas empreendidas na Paris haussmanniana, ou seja, através da abertura de avenidas, a demolição de velhas edificações e o deslocamento da população, sem que o Estado seja o único responsável por ela. (KOSTOF, 1992, p. 271)

Nesse contexto, segundo a autora, se construiu um senso comum criminológico baseado no dogma da pena: “*A PUNIÇÃO DARÁ CONTA DA CONFLITIVIDADE SOCIAL / É A PENA QUE MORALIZA O CAPITALISMO*”. Entretanto, ressalva a autora que a questão étnico-racial não pode ser desprezada no Brasil: as estatísticas brasileiras dão conta de que a violência estrutural incide de forma mais intensa sobre os afrodescendentes. Conforme a autora, a favela no Rio, ao mesmo tempo em que, demonstra uma subordinação ao grupo dominante, também serve de escudo protetor.

No final do século XX, a cidade do Rio clama por uma ruptura ético-metodológica com aqueles que a governam, bem como demanda pela participação ativa dos que vivem nas “prisões” (favelas). Em contrassenso, o século XX produz um discurso e uma política criminal de controle dos afrodescendentes e imigrantes indesejáveis (socialistas e anarquistas) na cidade. Para contrapor tais discursos, as ruas do Rio revoltam-se contra os projetos autoritários de controle que manifestam desde tratamentos truculentos à criminalização e patologização dos lugares dos pobres. O Século XX, repetindo o século anterior, se caracteriza pela implantação de habitações populares e projetos de remoções.

A política criminal de drogas implantada no Rio na década de 60 foi, em concordância com a autora, o “maior vetor de criminalização espacial da história do Rio”. Tal política teria sido comandada pelos Estados Unidos da América junto com a grande mídia, e fortificou-se no regime de ditadura militar. Isso transformou as áreas urbanas pobres no Rio de Janeiro em campos de batalha para o comércio de drogas, onde as vítimas eram os consumidores da América do Norte³. Por conseguinte, passaram a associar esta política criminal à segurança pública, legitimando assim a violência institucional contra o inimigo nº 1: o Traficante.

No final do século XX para início do século XXI, com a reificação⁴ do neoliberalismo, e como isso, no pensamento da autora, oficializou-se a guerra contra os pobres, caracterizando-se pelas “marcas bélicas e militarização da segurança pública”, fomentados

³ BATISTA, Vera Malaguti Batista. Díficeis Ganhos Fáceis: drogas juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁴ Reificar, etimologicamente, vem da teoria marxista, do termo “*verdinglichung*”, que na literalidade significa “fazer ser um coisa. (<https://tzaal.org/o-sentido-do-termo-reificar/>). Do dicionário significa: “Transformar um conceito abstrato em realidade concreta”. Portanto, pode-se concluir que “Reificação” é um termo político-marxista que significaria uma estruturação lógica-mental que tem por mister “transformar conceitos abstratos em realidades concretas”. Para os teóricos marxistas, reificar é uma forma peculiar de alienação, característica básica do sistema capitalista. (DORJE. Padma. O sentido do termo “reificar”. Encontrado em: <https://tzaal.org/o-sentido-do-termo-reificar/>)

pelo capitalismo financeiro mundial. Em meio ao contexto, surgem então as UPP's (Unidades de Polícia Pacificadora) como experimento que, mais uma vez, consoante a autora, não passavam de uma militarização intensiva das favelas travestidas de “policiamento comunitário”. Localizadas estrategicamente conforme “a emergência e às resistências dos lugares”.

Nesse passo, o desassossego toma conta da vida citadina, tornando-se uma aventura urbana onde se convive com o “não ter medo do imprevisível”. Se portar contra as atividades estatais é o que motiva. O perigo fascina a imaginação e o desejo na favela. As políticas de internamento, de remoção, produzem uma “paisagem do imaginário”. Contra o medo de uma cidade portadora do caos e da desordem, as autoridades constituídas fazem-se impor por uma “arquitetura penal institucional” que cria um embate no contexto da cidade do Rio: “esconder e exterminar o selvagem quem tão densamente, nos habita.”

Para a autora o adequado equacionamento deste contexto de violência e medo na cidade do Rio de Janeiro necessita partir de um conhecimento da história⁵ e da memória destes lugares, e assim, abrir novos caminhos com políticas urbanas e de segurança pública que apostem nas cidades como pontos de fluxos e movimento.

⁵ “Estamos então querendo falar a partir de um local e de uma localização: a cidade do Rio de Janeiro. Apreender esse feixe de forças sociais, essa constante alteração nas significações implica a compreensão da discussão temporal na concepção de espaço. Compreender a cidade “como um espaço privilegiado de construção da memória coletiva”, monumetum, sinal do passado”. (BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro, dois tempos e uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 205.).

SESSÃO DE ARTIGOS

Crimes Financeiros: uma Análise da Colaboração Premiada com o Crime de Lavagem de Dinheiro

Financial Crimes: An Analysis of The Awarded Collaboration with Money Laundering Crime

MICHELE LINS ARACATY E SILVA

DOUTORADO em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). MESTRADO em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). ESPECIALIZAÇÃO em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e em Gestão e Docência do Ensino Superior (UNICEL). GRADUADA em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). É do quadro de docentes da Universidade Federal do Amazonas – UFAM

PAULO RICARDO MADEIRA WENDLING

Bacharel em Ciências Econômicas da Universidade Federal do Amazonas e acadêmico de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas

Resumo: A lavagem de dinheiro é a incorporação de recursos obtidos de maneira ilícita em atividades lícitas. Existem três fases da lavagem de ativos: a colocação, a ocultação e a integração é a fase na qual há a total inserção do ativo na economia, no qual o capital se torna aparentemente lícito. Dentre os setores mais utilizados para se lavar dinheiro estão as instituições financeiras, os paraísos fiscais, centros *off-shore*, bolsa de valores, dentre outros. De forma a exemplificar a o crime apresentaremos números da operação Lava Jato com o objetivo de analisar a relação entre o instituto da colaboração premiada e os crimes de lavagem de dinheiro, evidenciando o quanto que as práticas que coíbem esse delito já devolveram para os cofres públicos. A associação da legislação que combate esse crime, com a colaboração premiada, na lei 12.850/13, é um instrumento que auxilia a justiça brasileira na investigação dessas infrações. A pesquisa revelou que o instituto da colaboração premiada é fundamental para o combate aos crimes de lavagem de dinheiro, visto que grandes quantias já foram devolvidas aos cofres públicos através dessa legislação. Dados oficiais parciais da Operação Lava Jato já possibilitaram a recuperação de cerca de R\$ 11,9 bilhões.

Palavras-chave: Crimes Financeiros. Lavagem de Dinheiro. Colaboração Premiada

Abstract: Money laundering is the incorporation of funds illegally obtained into licit activities. There are three phases of asset laundering: placement, concealment, and integration is the phase in which there is full insertion of the asset into the economy, where capital becomes apparently licit. Among the sectors most used to launder money are financial institutions, tax havens, offshore centres, stock exchange, among others. In order to exemplify the crime, we will present numbers from the Lava Jato operation with the objective of analysing the relationship between the institute of prize-winning

collaboration and money laundering crimes, evidencing how much the practices that curtail this crime have already returned to the public coffers. The association of legislation combating this crime, with the award-winning collaboration, in law 12.850 / 13, is an instrument that assists the Brazilian justice in the investigation of these infractions. The survey revealed that the award-winning collaboration institute is critical to combating money laundering crimes, since large sums have already been returned to the public coffers through such legislation. Partial official data from Operation Lava Jato have already enabled the recovery of around R \$ 11.9 billion.

Keywords: Financial Crimes; Money laundry; award-winning collaboration

1 INTRODUÇÃO

Dentro da temática dos crimes financeiros, está o tipo penal “lavagem de dinheiro”, que nada mais é do que mascarar a compra de bens advindos de ilícitos como se tivessem sido obtidos de maneira legal, o que traz consequências em várias áreas, inclusive para a economia de um país. Já existem diplomas legais que coíbem essa prática e aplicam sanções a quem pratica, entretanto, esse combate é auxiliado com um instituto penal conhecido como colaboração premiada, que bem sendo eficaz no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Com a corrupção e os crimes de colarinho branco cada vez mais evidentes no noticiário brasileiro, é necessário um estudo mais aprofundando deste tema. Nessa gama de práticas corruptas, o crime de lavagem de dinheiro tem lei ordinária própria que tipifica os atos relacionados à essa ilegalidade, a lei 9.613/98. Sendo assim, o que está havendo nada mais é do que a aplicação de sanções presentes no ordenamento jurídico brasileiro que coíbem esses tipos de delitos

Entretanto, mesmo com todos os meios de investigação possíveis de serem feitos, o conhecimento dessas práticas criminosas por parte das autoridades de investigação e julgamento seria mais difícil sem o instituto da colaboração premiada, previsto na lei ordinária 12850/13, que auxilia principalmente no fato dessas autoridades de investigação criminal descobrirem novos coautores e partícipes desse crime, além de descobrirem outros recursos que foram obtidos de maneira ilícita.

Sendo assim, os dois temas estão diretamente relacionados, pois, a colaboração premiada sendo efetiva, permite-se a melhor investigação possível para se chegar aos autores de crimes de lavagem de dinheiro, coibindo essa prática delituosa e o estudo dessa ligação entre os temas se mostra de grande importância, pois esse assunto está cada vez sendo mais evidente para a população.

O fato do indivíduo mascarar os produtos oriundos de crimes como se tivessem sido obtidos de maneira lícita, definição de “lavar o dinheiro”, traz consequências para o mundo jurídico, pois vai contra diplomas existentes na legislação brasileira que coíbem essa prática, e também para a economia, já que o crime de lavagem de dinheiro, além de ter relação com bens e serviços, afeta também o sistema tributário e financeiro, tendo, inclusive, impactos na macroeconomia do país.

Na operação Lava Jato, dentre os vários crimes investigados, nos quais vários réus já foram presos e condenados, o crime de lavagem de dinheiro, nas suas mais variadas espécies, também se mostrou presente, sendo de suma importância para o andamento das investigações no âmbito processual um instituto previsto na legislação penal e processual penal: a colaboração premiada. Esse instituto permitiu com que os investigadores tivessem conhecimento de participantes em esquemas de corrupção tanto no âmbito público quanto no privado, permitindo uma redução da pena dos delatores.

Sabe-se que a operação Lava Jato tem inspiração em outra grande investigação que envolvia lavagem de dinheiro, que foi a operação Mãos Limpas, que ocorreu na Itália, nos anos 90. Comandada pelos promotores Antonio Di Pietro, Piercamillo Davigo e Gherardo Colombo, esta grande investigação perscrutou 4,5 mil pessoas, indiciou 3,2 mil e conseguiu 1,3 mil condenações, o que alterou o mapa político da Itália. O total de propinas envolvidas nessa operação teria chegado a 3,5 bilhões de liras (cerca de 1,5 milhões de euros), o que é pouco se comparado à quantia estimada pelo Ministério Público Federal, MPF, que é de 10 bilhões de reais na Lava Jato. Boa parte desse valor na operação Mãos Limpas, saiu dos caixas da ENI, a estatal italiana de petróleo e gás.

Com isso, a problemática da pesquisa é: Quanto que as atividades que coíbem a prática da lavagem de dinheiro já conseguiram devolver para os cofres públicos? Tomando como base a operação Lava Jato, já foi possível recuperar cerca de 11,9 bilhões de reais, a operação Lava Jato no Rio de Janeiro já recuperou 451,5 milhões de reais em 16 acordos de colaboração já homologados. Desse montante, cerca de 250 milhões já foram devolvidos para o governo estadual.

A importância do instituto da colaboração premiada na descoberta de crimes de lavagem de dinheiro está no fato de que sem ele, muitos integrantes desses esquemas não seriam investigados e nem sequer seriam conhecidos, para assim, serem devidamente julgados pela justiça brasileira, além disso, ele abrevia a investigação e possibilita a condenação antes de prescrever o crime.

O objetivo geral deste trabalho está em analisar qual a relação entre o instituto da colaboração premiada e os crimes de lavagem de dinheiro, evidenciando também o quanto que as práticas que coíbem esse delito já devolveram para os cofres públicos. Além disso, este trabalho quer também conceituar o tipo penal lavagem de dinheiro, apresentar de maneira

pormenorizada o instituto da colaboração premiada e identificar qual o efeito para a economia dessa legislação de combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Quanto aos aspectos metodológicos, esta pesquisa é classificada como qualitativa, descritiva, documental e bibliográfica, já que utiliza fontes secundárias para analisar os dados, foram também utilizadas a observação e análise de conteúdo para compor a metodologia deste trabalho.

Para tanto, este trabalho dispõe no capítulo 1: Revisão de Literatura, onde abordaremos conceitos importantes sobre o Sistema Financeiro Nacional e alguns tipos de crimes financeiros, seguida de uma discussão sobre o crime de lavagem de dinheiro, analisando ele em vários aspectos, além de uma análise sobre o instituto da colaboração premiada. Em seguida, no capítulo 2, teremos a Metodologia utilizada na elaboração desta pesquisa, explicando como ocorrerá o seu desenvolvimento. Já no capítulo 3, abordaremos a Análise dos Dados, atendendo a problemática da pesquisa, testando a hipótese, ou refutando e buscando atender ao objetivo geral e específico ora apresentados, seguido das Conclusões e Recomendações e por fim das Referências.

2. CRIMES FINANCEIROS

A Constituição Brasileira, prevê, em seu artigo 192, o Sistema Financeiro Nacional:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional 40/2003)”

A estrutura desse sistema é prevista pela Lei 4.595/64, que prevê:

“Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:
I - do Conselho Monetário Nacional;
II - do Banco Central do Brasil;
III - do Banco do Brasil S. A.;
IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.”

O Conselho Monetário Nacional, CMN, é o órgão responsável por expedir diretrizes gerais para o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. (VIEIRA, 2006, p.5). Dentre as competências deste órgão, de acordo com a Lei 4.595/64, pode-se citar a aprovação

dos orçamentos monetários, preparados pelo Banco Central da República do Brasil, por meio dos quais se estimarão as necessidades globais de moeda e crédito; fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive quanto a compra e venda de ouro e quaisquer operações em Direitos Especiais de Saque e em moeda estrangeira; disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras, dentre outras atribuições.

O Banco Central do Brasil (BACEN) é uma autarquia federal com personalidade jurídica e patrimônios próprios. Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional. (BRASIL. Lei 4.595, 1964, art. 9º). Dentre outras competências do Bacen, vale destacar executar os serviços do meio-circulante; fazer o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei; efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais.

A Lei anteriormente mencionada, também traz o conceito de instituição financeira, que são “as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” (BRASIL. Lei 4.595, 1964, art. 17). Essa definição é importante, pois permite que se enquadrem nela outros integrantes do Sistema Financeiro Nacional, como o Banco do Brasil S.A e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (atualmente chamado de BNDES). O primeiro, de acordo com a Lei 4595/64, é utilizado como instrumento de execução da política de créditos do Governo Federal, já o segundo, como é uma instituição financeira pública, é um auxiliar na execução das políticas creditícias do Governo.

Com isso, foi mostrado, de maneira breve como é formado o Sistema Financeiro Nacional, SFN, e, de acordo com Malheiros Filho (1999, p.5), não há como ignorar que o Brasil tem um sistema financeiro que, a despeito de suas mazelas, é ainda assim bastante desenvolvido, confiável e sofisticado, com executivos de nível internacional em seus postos de direção.

Assim, com as explicações mostradas sobre o Sistema Financeiro Nacional é possível apresentar as condutas que interferem e vão contra as regras desse sistema. Os tipos penais financeiros se destinam a punir as condutas intoleráveis, que importem em manobras

lucrativas em prejuízo geral, mediante o aproveitamento da estrutura e organização do sistema financeiro. (VIEIRA, 2012, p.3).

Sobre os crimes financeiros, Vieira (2012, p.8) menciona que:

“Nos delitos praticados contra o sistema financeiro nacional, de modo semelhante do que ocorre com seu gênero crimes contra a ordem econômica, existe a lesão ou exposição à perigo ao patrimônio individual. A diferença é que nos crimes contra o sistema financeiro nacional, o outro bem jurídico está mais delimitado: o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, espécie do bem jurídico mais geral ordem econômica.”

Em se tratando do bem jurídico protegido nesse tipo de crime, ele é caracterizado como supra individual (VIEIRA, 2012). Nos quais se destacam os seguintes aspectos: 1) a organização do mercado, 2) a regularidade dos seus instrumentos, 3) a confiança neles exigida, e 4) a segurança dos negócios. (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p.149).

No que diz respeito aos crimes financeiros, a Lei 7492/86, popularmente como lei do colarinho branco, define quais são esses delitos e dá outras providências, sendo um importante marco no combate a esses atos antijurídicos, pois garante segurança jurídica e atualiza a legislação penal a novos atos que atentam contra o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, uma análise mais detalhada dessa lei se faz necessário.

Primeiramente, todos os tipos penais presentes nessa legislação têm como elemento subjetivo o dolo, ou seja, o agente que pratica esses atos tem a vontade e a consciência de praticá-los, pois, não há previsão legal nessa lei a título de culpa, ou seja, o agente que pratica esses atos não os comete através de imprudência, negligência ou imperícia. Além disso, todas as penas previstas em seus artigos, além da prisão, preveem a pena de multa. Em seu artigo 4º, a Lei tipifica o crime de gestão fraudulenta:

“Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:
Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”

Para o melhor entendimento do que é a “gestão temerária” trazida pelo Parágrafo único do artigo mencionado Mantecca (1989, p.41), entende que:

“[...] a gestão temerária traduz-se pela impetuosidade com que são conduzidos os negócios, o que aumenta o risco de que as atividades empresariais terminem por causar prejuízos a terceiros, ou por malversar o dinheiro empregado na sociedade infratora.”

Além desse crime, é importante salientar outros dois que também tem penas altas para os infratores, como os dos artigos 2º e 3º, da Lei 7.492/86 que diz:

“Art. 2º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo.
Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

Estas são algumas das condutas colocadas como crime nessa lei, entretanto, de maneira resumida, pode-se citar outros delitos, incluindo os mencionados, que também estão inseridos como tipos penais na Lei 7.492/86, assim:

“As condutas previstas são: impressão ou publicação não autorizadas; divulgação falsa ou incompleta de informação; gestão fraudulenta ou temerária; apropriação indébita e desvio de recursos; sonegação de informação; emissão, oferecimento ou negociação irregular de títulos ou valores mobiliários; exigência de remuneração acima da legalmente permitida; fraude à fiscalização ou ao investidor; documentos contábeis falsos ou incompletos; contabilidade paralela; omissão de informações; desvio de bem indisponível; apresentação de declaração ou reclamação falsa; manifestação falsa; operação desautorizada de instituição financeira; empréstimo a administradores ou parentes e distribuição disfarçada de lucros; violação de sigilo bancário; obtenção fraudulenta de financiamento; aplicação irregular de financiamento; falsa identidade; evasão de divisas; prevaricação financeira.”

Sendo assim, foi mostrado como é formado o Sistema Financeiro Nacional, quais suas atribuições e conceitos, além disso, é possível dizer que o ordenamento jurídico brasileiro tem uma legislação que coíbe a prática de crimes que vão contra esse sistema financeiro, permitindo o controle e a punição às práticas que danifiquem esse sistema.

2.1. LAVAGEM DE DINHEIRO

Com o advento da tecnologia e das transações bancárias, a articulação para práticas criminosas foi ficando mais complexa, tornando um crime cada vez mais difícil de ser identificado, e, muitas vezes, essa ação nem era considerada crime, pois não havia tipificação

penal para ela. Dentro dessas práticas que antes não eram tipificadas penalmente está o crime de lavagem de dinheiro, que foi regularizado no Brasil, através da lei 9.613/98, que, posteriormente veio a sofrer profundas alterações em vários de seus artigos com a nova lei 12.683/2012. (BARRETO, 2015, p.3). Sua principal alteração foi a supressão do rol taxativo dos chamados crimes antecedentes necessários, passando, então a considerar qualquer conduta delituosa (inclusive contravenções penais) como condição necessária para distinguir o crime de lavagem de dinheiro (LIMA, 2015).

Explicando como a prática da lavagem de dinheiro foi se tornando mais complexa e trazendo maiores impactos para a economia mundial, Mink (2005, p.5) menciona que:

“Nas últimas duas décadas, a prática conhecida como “Lavagem de Dinheiro” tornou-se um dos principais desafios a ser enfrentado pelos Governos de todo o mundo, especialmente em razão do volume estimado de recursos por ela movimentado - US\$ 500 bilhões por ano, o que equivale a 2% do PIB mundial.”

Com relação ao caráter jurídico-material, deste delito, Moraes (2015, p.1) comenta que

“O crime de lavagem de dinheiro é um delito autônomo, mas que a sua concretização depende da ocorrência de um ilícito anterior. Trata-se de delito vinculado a outro dito antecedente e que dá origem aos recursos que precisam ser lavados. Este tipo de delito que busca reintegrar o dinheiro de origem sempre ilícita, no sistema econômico-financeiro, como se fosse lícito. Para que este delito se materialize é imprescindível que a origem dos bens, valores ou direitos que se pretenda lavar seja proveniente de infração penal, conforme previsto no Artigo 1º da Lei nº 9.613/98, sendo bastante comum que essa origem seja dos ilícitos de tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando, corrupção, extorsão mediante sequestro, terrorismo, etc.”

O termo lavagem de dinheiro recebe diversas acepções ao redor do mundo, tais quais, de acordo com Callegari; Weber (2014, p.7)

“[...] branqueamento de capitais em Portugal, blaqueo de capitales na Espanha, a França segue com a expressão blanchmint d´ argent, os Estados Unidos empregam o termo Money laundering; a Argentina denomina de lavado de dinero; a Colômbia denomina de lavado de ativos; a Alemanha refere-se a Geldwache; a Suíça utiliza o termo blanchmint d´argent; a Itália segue a designação riciclaggio di denaro; o México, por sua vez, utiliza a expressão encubrimiento y opreaciones com recursos de procedência ilícita.”

Com efeito, de acordo com Badaró; Bottini (2014), a lavagem de dinheiro pode ser considerada como um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a

incorporação na economia, de recursos, bens e valores de origem ilícita. É através desse processo que os recursos provenientes de atividades ilegais, passam a integrar a economia formal como se fosse dinheiro lícito.

Vale destacar a definição de lavagem de dinheiro dada por Ripolles, (1994) apud Callegari e Weber (2014, p.7) afirmando que são:

“Procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro-legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim um desfrute daqueles juridicamente inquestionáveis.”

Para Brasil (2001, p.132) a lavagem de dinheiro

“Em termos mais simplistas, a lavagem de dinheiro seria o conjunto de operações financeiras e/ou comerciais que tratam da incorporação, na economia de um Estado de recursos, bens e serviços originados ou ligados a atos ilícitos. É, pois, legitimar produtos de crimes.”

O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI/FATF conceitua a lavagem como sendo “a utilização e transformação de produtos do crime para dissimular a sua origem ilícita, com o objetivo de legitimar os proventos resultantes da atividade criminosa” (RIBEIRO, 2005, p.16).

De acordo com o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, COAF (1999, p.3), o conceito de lavagem de dinheiro é:

“Lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos.”

Segundo a Lei nº 9.613/98, e alterações posteriores, o crime de lavagem de dinheiro é definido como: “O ato de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos “crimes antecedentes”.

Com todas essas definições é possível de se desenvolver uma própria, utilizando partes dos conceitos mencionados, sendo assim, a lavagem de dinheiro pode ser definida como a prática que visa dissimular a origem de algum produto obtido de maneira ilícita o colocando na economia como se tivesse sido obtido de maneira legal, para isso, são

realizadas operações financeiras e comerciais para dar ainda mais o caráter legal na obtenção do que foi conseguido de maneira ilícita.

2.2. FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A Lavagem de dinheiro requer no seu processamento a execução de alguns procedimentos, ou fases, que tem como objetivo disfarçar a origem criminosa dos ativos financeiros, para que ao final sejam vistos como recursos limpos ou legais. (COAF, 2015).

No que se tange às fases da lavagem de dinheiro, Ribeiro (2005, p.17) afirma que:

“No intuito de simular os lucros ilícitos sem empenhar os envolvidos, a lavagem de dinheiro se faz através de um processo rápido que requer primeiramente do distanciamento dos fundos de sua origem, evitando desta forma uma associação direta deles com o crime; em segundo, a camuflagem de suas várias movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos, e por último, a disponibilização do dinheiro novamente para os delituosos depois de ter sido satisfatoriamente movimentado no ciclo de lavagem e podendo ser desta forma, considerado "limpo".”

A primeira fase é a colocação, nesta fase, o criminoso introduz o ativo obtido de maneira ilícita na economia, através de depósitos, compra de bens, entre outras atividades em que se possa negociar. Esta fase consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, onde são tomadas providências para dificultar a identificação da procedência dos valores. Trata-se da fase mais arriscada para o “lavador” em razão da sua proximidade com a origem ilícita. (MORAES, 2015, p.6).

De maneira didática, Brasil (2001, p.132) explica sobre como o dinheiro é “lavado” nessa fase, para ele, nessa fase, ocorre a:

“Colocação do dinheiro na economia. Aqui entram em cena os paraísos fiscais, que são os países com inexistência de lei ou com leis muito flexíveis sobre a origem de capitais. Pois é neste momento que se oculta a origem do capital, operacionalizando-se por depósitos, compra de títulos ou bens. São usadas técnicas cada vez mais sofisticadas, como o fracionamento de valores para despertar suspeitas, “testas de ferro” ou utilização de pessoas jurídicas que trabalham com dinheiro em espécie.”

Explicando de maneira ainda mais detalhada, sobre a colocação, o COAF (1999, p.9) explica que:

“Colocação: é à entrada do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, os criminosos procuram movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. Nessa fase, há a conversão em moeda estrangeira através de “doleiros” e a utilização de “mulas” para o transporte físico de divisas para o exterior. É muito comum também o artifício da importação de mercadorias superfaturadas ou inexistentes, para a remessa de dinheiro ao exterior. Mediante prévia combinação com o exportador, a parte que excede o valor correto da transação é depositada em conta bancária indicada pelo importador.”

De acordo com Bomfim (2008), em geral os agentes procuram introduzir esses valores no sistema financeiro em pequenas quantias, que, de forma isolada, acabam por não chamar a atenção das autoridades. Essa é a razão da grande preocupação com os registros das instituições financeiras. De todo o processo, esta é a etapa que oferece mais risco para os criminosos, tendo em vista a proximidade do dinheiro com as suas origens. (MINK, 2005, p.8)

Sendo assim, nessa primeira fase que o dinheiro é “lavado” o criminoso introduz o seu ativo obtido de maneira ilícita na economia, usando para isso de meios comerciais e financeiros que detém menor ou nenhum tipo de fiscalização mais rigorosa ou leis mais rígidas no controle dessas atividades.

Segundo Brasil (2001, p.132), a segunda fase da lavagem de dinheiro, denominada de ocultação, baseia-se em apagar o “rastro” da movimentação contábil do capital. Dessa maneira, é possível impedir que suspeitos sejam identificados e que investigações sobre a origem do capital sejam feitas. Trata-se da fase da lavagem propriamente dita, pois é onde se dissimula a origem dos valores para que sua procedência não seja identificada (MAIOROVITCH, 2009 *apud* MORAES, 2015, p.7).

Sobre a ocultação na lavagem de dinheiro, Mink (2005, p.9) menciona que:

“[...] é a etapa em que o rastreamento contábil dos recursos ilícitos é dificultado. Neste ponto, o objetivo é interromper a sequência de evidências, no caso de a origem do dinheiro vir a ser investigada. O dinheiro é movimentado eletronicamente: os ativos são transferidos para contas anônimas ou depositados em contas “fantasmas”. Por razões óbvias, estas operações são preferencialmente executadas em países que adotam leis de sigilo bancário.”

Também há um importante detalhamento dado pelo COAF (1999, p.9) sobre essa temática, segundo ele, a ocultação:

“[...] consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro, buscando os criminosos movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas ou de “laranjas”. No processo de transferência, o dinheiro ilícito mistura-se com quantias movimentadas legalmente. O desenvolvimento da Internet e da tecnologia do dinheiro digital ampliou as possibilidades de ação dos agentes criminosos, propiciando-lhes maior rapidez nas transações, com a garantia do anonimato. Nesta etapa, ocorrem as transferências internacionais “via cabo” (wire transfer), e a utilização de sociedades em centros *off-shore*, e a compra de instrumentos financeiros com possibilidades de rotação rápida e contínua, composta de ativos de fácil disponibilidade.”

Vê-se que, com a possibilidade de movimentação eletrônica em nível global, hodiernamente, é muito difícil de detectar essa fase, mesmo que a movimentação se dirija a paraísos fiscais ou centros *offshore*, pois nesses a legislação permite o anonimato dos titulares das contas. (BRASIL, 2001, p.132).

Sendo assim, nessa fase, há a prática de dificultar o rastreamento dos recursos ilícitos o que dificulta o trabalho das autoridades de fiscalização. Para isso, os criminosos utilizam preferencialmente o meio eletrônico, pois garante o anonimato desses agentes, possibilitando que esses recursos sejam depositados em paraísos fiscais ou os colocando em nomes de “laranjas”, ou seja, indivíduos que serão os falsos detentores desses recursos, fazendo os verdadeiros criminosos não sejam detectados pelas autoridades investigadoras.

A fase da integração é quando há a formal integração do capital na economia. Busca-se, aqui, formar uma cadeia de empreendimentos para facilitar que as pessoas jurídicas e/ou outros envolvidos “prestem serviço” entre si, pois, uma vez fechado o círculo, a prática de legitimação se torna mais fácil, eis que é encoberta por atividades, em tese, lícitas. (BRASIL, 2001, p.132). Para Mink (2005) essa integração dos ativos na economia é alcançada através do investimento em ativos (lícitos ou não) que, não raro, são um meio de facilitação da atuação dos criminosos, como é o caso de sociedades prestadoras de serviços.

A incorporação do capital, agora com aparência lícita, é feita geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário e imobiliário. Essa integração do capital “limpo” por meio das etapas anteriores faz com que este dinheiro pareça ter sido ganho de maneira lícita. (MAIOROVITCH, 2009, *apud* MORAES, 2015, p.7).

De maneira didática, Barros (2013, p.45) *apud* Moraes (2015, p.7) explica que a integração:

“[...] geralmente se dá com a criação ou investimentos em negócios lícitos, ou ainda mediante a aquisição de bens em geral (imóveis, obras de arte, ouro, joias, ações embarcações, veículos automotores etc.) sendo o capital, com aparência lícita, reintroduzido nos setores econômico, financeiro e produtivo da cadeia econômico-financeiro do país, tal como ocorre com as operações de fundos legítimos.”

Sobre a integração, o COAF (1999, p.9) menciona que:

“[...] os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades - podendo tais sociedades prestar serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal. Os meios mais utilizados nesta etapa são os investimentos em cadeias hoteleiras, supermercados, participação em capital social de empresas, compra de imóveis, ouro, pedras preciosas, obras de arte, etc.”

De acordo com Rasmussen (2013, p.7), na integração:

“A organização procura investir em negócios que gerem a continuação de suas atividades delituosas, como, por exemplo, Setores Econômicos que fazem a movimentação de enormes quantias de dinheiro em espécie, com a finalidade de confundir com o dinheiro de origem criminosa [...]”

Assim, na integração, há a utilização do recurso ilícito sendo utilizado para investimento em atividades ilícitas como compra de mercadorias, compra de títulos na bolsa, investimento no comércio, entre outras atividades econômicas. Ou seja, é o recurso ilícito sendo utilizado como se tivesse sido obtido de maneira lícita.

2.3. SETORES ECONÔMICOS MAIS VISADOS NO PROCESSO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A lavagem de dinheiro é feita a partir de diversas operações comerciais e econômicas que merecem serem analisadas. Dentre os setores mais utilizados para facilitar a lavagem de dinheiro estão: Companhias seguradoras, de capitalização e previdência; Bolsa de Valores, Mercado imobiliário; jogos de azar e sorteios; Organizações sem fins lucrativos; Cartões pré-pagos; Paraísos fiscais; e, Centros “*off-shore*”; dentre outros. (BARRETO, 2015, p.9)

Sobre essa temática, Mink (2005, p.9) afirma que:

“O combate à “Lavagem de Dinheiro” tem mostrado que determinados tipos de entidades, setores e atividades são mais visados pelos criminosos em razão de algumas particularidades, tais como: complexidade de operações; rapidez de decisões; controle fraco ou insuficiente de negociações, bem como das partes envolvidas; falta de registro de operações; alto índice de liquidez; subjetividade na avaliação de bens etc.”

De acordo com a Receita Federal¹:

“Tradicionalmente, a lavagem de dinheiro se baseia no uso de estabelecimentos comerciais que praticam transações fortemente lastreadas em recebimentos de dinheiro em espécie, o que sempre merecerá atenção das autoridades. Imóveis, empréstimos, o uso de cartões de crédito emitidos por bancos sediados em paraísos fiscais, além da exploração de vulnerabilidades de novas tecnologias tais como moedas virtuais, comércio eletrônico e jogos de azar *on line*, são também mecanismos frequentemente utilizados para lavar dinheiro.”

2.4. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

No Brasil, um dos setores mais visados para a lavagem de dinheiro são as instituições financeiras, estas, são fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil (BACEN). Dentre os motivos que pode explicar isso é a maneira como o dinheiro circula, com velocidades até então nunca mostradas, além das altas tecnologias que permitem essa fácil circulação do dinheiro e da globalização dos serviços financeiros.

Geralmente, todas essas operações envolvem transações complexas, dentre as quais, de acordo com Mink (2005, p.9) “podemos destacar a incessante busca por taxas de juros mais atraentes, a compra e venda de divisas e ativos, bem como as operações de empréstimo e financiamento e operações internacionais de mútuo.”

De acordo com a COAF (1999, p.6):

“Nessas transações, o dinheiro sujo se mistura com quantias que essas instituições movimentam legalmente todos os dias, o que favorece o processo de dissimulação da origem ilegal. As redes mundiais que interligam computadores, a exemplo da Internet, favorecem amplamente este processo, ampliando as possibilidades de movimentação dos recursos, conferindo maior rapidez e garantindo o anonimato das operações ilegais. Este setor, é, portanto, o mais afetado e o mais utilizado nos processos de lavagem de dinheiro, mesmo quando as operações criminosas não são realizadas pelas

¹Receita Federal. Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/lavagem-de-dinheiro-principais-conceitos>. Acesso em 28 de março de 2017.

próprias instituições financeiras. Elas acabam sendo o “meio” por onde transitam os recursos até a chegada ao mercado – ocorrendo a integração, última etapa do processo de lavagem.”

2.5. PARAÍSOS FISCAIS

Para Rasmussen (2013, p.8) paraísos fiscais “são os países que possuem encargos e obrigações tributárias bem reduzidas ou quase inexistentes em relação à circulação, aplicação e movimentação de recursos financeiros de procedência da mesma localidade ou de outra nação.” Para Mendroni (2013) esses países são protegidos pela lei de sigilo bancário, o que significa que não importa o propósito, eles permitem a movimentação bancária anônima.

De acordo com Mink (2005, p.10):

“Os chamados “paraísos fiscais” são países ou dependências que, por não tributarem a renda, ou por tributarem-na à alíquota inferior a 20% ou, ainda, por possuírem uma legislação que garante o sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, oferecem oportunidades atraentes e vantajosas para a movimentação de recursos.”

Os paraísos fiscais têm determinadas características que são estímulos para que os criminosos pratiquem a lavagem de dinheiro, permitindo condições fiscais, bancárias e societárias que dão possibilidades para essa prática, dentre elas, segundo Rasmussen (2013, p.9).

- a) reduzida tributação sobre lucros, dividendos, royalties, bancários;
- b) alta proteção e garantia de segredo comercial e sigilo bancário;
- c) legislação financeira e societária flexível;
- d) estabilidade política, social e econômica;
- e) eficiente sistema de comunicações e de acesso físico;
- f) existência de sistema bancário desenvolvido e interligado;
- g) tratados fiscais favoráveis a não residentes;
- h) mínimo controle monetário;
- i) baixo custo de instalação e manutenção de empresas *off-shore*;
- j) limitação de extradições;
- k) proximidade de representações diplomáticas;
- l) não criminalização de ilícitos fiscais e cambiais

Esses paraísos fiscais começaram a receber recursos de diversas condutas ilícitas, dentre elas, pode-se citar sonegação fiscal, corrupção, fraudes financeiras, contrabando, entre outras. De acordo com Maia (1999) “uso de paraísos fiscais e bancários são distribuídos em várias classes”, dentre as quais:

- a) Por estratégica fiscal: mediante planejamento, procura-se a via fiscal menos onerosa;
- b) Sem motivação fiscal: em que não há reflexo sobre o pagamento de impostos nacionais;
- c) Com efeito fiscal: em que existem isenções e incentivos fiscais para os não residentes;
- d) Para fraudes fiscais: em que se usam meios fraudulentos (simulação, falsidade, etc) para omissão de rendimentos;
- e) Para lavagem de dinheiro: em que se almeja apagar a origem ilícita dos ativos, até com eventual pagamento de tributos.

De acordo com o FMI, os paraísos fiscais compreendem as Bahamas, Bahrain, as Ilhas Cayman, Hong Kong, Antilhas, Panamá e Singapura, dentre outras (BRASIL, 2010).

De acordo com a Instrução Normativa, SRF nº 188, datada de 6 de agosto de 2002 *apud* Ribeiro (2005, p.20) cinquenta e três países no mundo são considerados paraísos fiscais, são eles:

“I - Andorra; II - Anguilla; III - Antígua e Barbuda; IV - Antilhas Holandesas; V - Aruba; VI - Comunidade das Bahamas; VII - Bahrein; VIII - Barbados; IX - Belize; X - Ilhas Bermudas; XI - Campione D'Italia; XII - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); XIII - Ilhas Cayman; XIV - Chipre; XV - Cingapura; XVI - Ilhas Cook; XVII - República da Costa Rica; XVIII - Djibouti; XIX - Dominica; XX - Emirados Árabes Unidos; XXI - Gibraltar; XXII - Granada; XXIII - Hong Kong; XXIV - Lebuán; XXV - Líbano; XXVI - Libéria; XXVII - Liechtenstein; XXVIII - Luxemburgo (no que respeita às sociedades holding regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929); XXIX - Macau; XXX - Ilha da Madeira; XXXI - Maldivas; XXXII - Malta; XXXIII - Ilha de Man; XXXIV - Ilhas Marshall; XXXV - Ilhas Maurício; XXXVI - Mônaco; XXXVII - Ilhas Montserrat; XXXVIII - Nauru; XXXIX - Ilha Niue; XL - Sultanato de Omã; XLI - Panamá; XLII - Federação de São Cristóvão e Nevis; XLIII - Samoa Americana; XLIV - Samoa Ocidental; XLV - San Marino; XLVI - São Vicente e Granadinas; XLVII - Santa Lúcia; XLVIII - Seychelles; XLIX - Tonga; L - Ilhas Turks e Caicos; LI - Vanuatu; LII - Ilhas Virgens Americanas; LIII - Ilhas Virgens Britânicas.”

Sobre o controle nesses paraísos fiscais, Rasmussen (2013, p.11), afirma que:

“Os paraísos fiscais atraem investidores que não querem ter contas vinculadas a seu nome, bem como, diversas empresas almejando pagar menos impostos. Infelizmente, a confidencialidade das contas, o rigoroso sigilo bancário e o insignificante controle tributário também atraem dinheiro “sujo”, oriundo da lavagem de dinheiro, corrupção e crime organizado.”

2.6. CENTROS OFF-SHORE

Os centros caracterizados como “*off-shore*” são centros bancários fora do território que não se submetem ao controle das atividades administrativas de nenhum país, ou seja, são isentos de qualquer controle.

Para Trisciuzzi e Moraes (2008):

“[...] a empresa offshore pode ser conceituada como uma pessoa jurídica que opera fora dos limites territoriais onde está localizada. [...] Também é comum no mundo dos negócios, a utilização da expressão offshore para denominar as empresas constituídas fora dos limites territoriais de sua matriz ou do domicílio de seus controladores”.

De acordo com Polak (2007) sobre o conceito de *off-shore*, afirma que:

“[...] uma “*offshore company*” é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferente, “extraterritorial” em relação ao país de domicílio de seus associados. Mas a expressão é aplicada mais especificamente a sociedades constituídas em “paraísos fiscais”, onde gozam de privilégios tributários (impostos reduzidos ou até mesmo isenção de impostos). E isso só se tornou possível quando alguns países adotaram a política da isenção fiscal, para atrair investimentos e capitais estrangeiros. Na América Latina, o Uruguai é um exemplo típico dessa política.”

Segundo Rosemba (2008) comenta que: “as empresas *offshore* assim são chamadas por geralmente estar previsto na legislação dos países a vedação a que tais empresas realizem negócios dentro da própria jurisdição do país em que fora constituída – por isso ser utilizado o termo *off-shore*, que, traduzindo, seria “fora das fronteiras”, pois, as empresas, através de lei, devem praticar suas atividades em jurisdições que não àquelas em que foi constituída.

Sobre essas empresas, Trisciuzzi e Moraes (2008, p.5) afirmam que:

“Esse gênero de organização não exige uma forma jurídica pré-estabelecida. A forma e tipo de sua constituição dependeram do modo como desejam atender aos interesses de seus sócios. As vantagens atribuídas aos acionistas devem ser respeitadas até o limite onde os interesses públicos e sociais não sejam prejudicados.”

Dentre as características dessas empresas *off-shore*, Sakamoto (2008) afirma que dentre as mais importantes pode-se mostrar que: “possuem personalidade jurídica própria, não se confundindo com a personalidade de seus sócios; possuem como objetivo, a produção e a

circulação de bens ou serviços; não possuem uma forma jurídica determinada, moldando-se aos interesses de seus sócios”.

Sobre essa temática, Rasmussen (2008, p.11) comenta que:

“Os centros *off-shore* compartilham com os paraísos fiscais a idéia de representarem uma finalidade legítima e uma certa justificação comercial, embora estejam envolvidos diretamente nos principais casos de lavagem de dinheiro descobertos nos últimos anos envolvendo organizações criminosas na execução de manobras ilegais.”

2.7. BOLSA DE VALORES

O mercado de valores mobiliários se refere à um conjunto de instituições e instrumentos que permitem a transferência de recursos entre os tomadores, que são as empresas, e os aplicadores, que são os poupadores para a compatibilização dos seus objetivos. Tem como função básica garantir a liquidez aos títulos de emissão de companhias abertas e possibilitar o seu processo de capitalização. A bolsa de valores representa uma dessas instituições.

De acordo com Mink (2005, p. 14):

“As condições favoráveis à realização de operações de lavagem de dinheiro proporcionadas pelas Bolsas de Valores envolvem: o alto índice de liquidez dos papéis negociados, a realização das operações através de corretores, a grande competitividade entre os corretores, a realização de negócios com características internacionais, o curto espaço de tempo em que as transações com os papéis podem ser realizadas.”

2.8. COMPANHIAS SEGURADORAS

As Companhias Seguradoras são um setor que também permitem a lavagem de dinheiro, que pode ocorrer entre os seus acionistas, entre os segurados, subscritores, participantes e intermediários.

No que diz respeito à lavagem de dinheiro nas Companhias Seguradoras, Mink (2005, p.14) afirma que:

“Os acionistas de uma Seguradora podem deliberar pela realização de determinados investimentos voltados para a viabilização de operações de lavagem de dinheiro; os segurados podem apresentar avisos de sinistros falsos ou fraudulentos visando também a lavagem de dinheiro; os subscritores e participantes podem transferir a propriedade de títulos de

capitalização, promover a inscrição de pessoas inexistentes ou falecidas como “laranjas” em planos de previdência privada e assim por diante.”

2.9. MERCADO IMOBILIÁRIO

A lavagem de dinheiro é também muito praticada no setor imobiliário, através da compra e venda de imóveis e falsas especulações imobiliárias, os agentes que praticam esse delito acabam lavando os recursos obtidos de maneira ilícita.

Para Callegari; Weber (2014, p.26):

“O setor imobiliário, apesar de ser alvo dos lavadores, ainda na atualidade apresenta graves problemas de controle. O mercado imobiliário é frequentemente utilizado para a lavagem de dinheiro devido à sua volatilidade e subjetividade nos preços dos imóveis.”

Para explicar como é feita essa lavagem de dinheiro no mercado imobiliário, Barreto (2015, p.12) explica que:

“O agente atua por meio de falsas especulações no momento da compra e venda. É feita a compra de imóveis por um valor abaixo do mercado, pagando-se a diferença do valor real do bem ao vendedor, em sequência, sob a desculpa de agregar valor ao imóvel, afirmam terem feito reformas e reparos, efetuando assim a venda do bem por um valor muito maior que fora realmente pago, tornando o dinheiro que era ilícito no começo, em um ativo verdadeiro.”

Para coibir essa prática de lavagem de dinheiro no mercado imobiliário, surgiu a resolução 001 do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) de 1999, que determinou que as pessoas jurídicas que exerciam atividades no mercado imobiliário devem manter cadastros para a identificação de seus clientes e de todos os participantes envolvidos em tais tipos de transações.

Mink (2005, p.16) comenta que:

“Além disso, também ficou estabelecido que as operações imobiliárias que venham a ultrapassar o valor de R\$ 50.000,00 devem ser registradas juntamente com seus elementos principais: data da operação, valor, condição de pagamento, descrição do bem, número da matrícula, bem como do cadastro na Prefeitura ou no INCRA.”

Em um anexo desta Resolução, também são elencados alguns tipos de operações que são consideradas possíveis de serem ilícitas pelo COAF, dentre as quais, segundo Mink (2005, p.16):

- a) Agente não aparentando possuir condições financeiras para a operação em andamento – possível “laranja”;
- b) Agente promovendo sucessivas transações imobiliárias;
- c) Agente efetuando pagamentos utilizando valores provenientes de transferência de recursos oriundos do exterior;
- d) Agente efetuando pagamento envolvendo recursos de diversas origens ou naturezas, tais como cheques de várias praças, moeda estrangeira, oferecendo títulos e valores mobiliários;
- e) Agente seja empresa com sede ou filial em paraíso fiscal ou centro *off-shore* ou utilize recursos provenientes dessas localidades etc.

Sobre esse tema, Barreto (2015, p.12) afirma que:

“Por haver inferência de mercado, o setor imobiliário é muito procurado pelas organizações criminosas para a prática de lavagem de dinheiro, pois as falsas avaliações do preço do imóvel feita pelo vendedor acabam por influenciar nas bruscas alterações de preços do mercado.”

2.10. JOGOS DE AZAR E SORTEIO

Os jogos de azar são utilizados devido às facilidades para se lavar os ativos decorrentes dos meios ilícitos e as suas principais características são através da manipulação dos resultados dos jogos e também da quantidade de apostas em determinados casos.

Sobre o tema, Mink (2005, p.17) menciona que:

“As agências lotéricas, casas de bingo, cassinos e afins são entidades que também propiciam condições para a lavagem de dinheiro por parte das organizações criminosas, em especial por movimentarem quantias consideráveis em suas operações. Tais organizações lançam mão de técnicas de premiação manipulada e realizações de grandes apostas em determinadas modalidades de jogo.”

Um exemplo clássico é a compra de bilhete premiado, a qual consiste na compra em dinheiro de bilhetes contemplados em concursos oficiais, ou seja, aqueles que possuem legitimidade por meio de instituições autorizadas. (BARRETO, 2015, p.10).

2.11. INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO

A legislação brasileira, em especial a lei 9613/98, que trata exclusivamente sobre a lavagem de dinheiro, não faz nenhuma menção às operações efetuadas eletronicamente como as operações financeiras e o comércio online como sendo ramos do setor econômicos possíveis de terem a prática da lavagem de dinheiro.

Sobre essa temática, Mink (2005, p.18) afirma que:

“A inexistência de regulamentação específica prevendo os pormenores das operações de comércio eletrônico, principalmente no que se refere à responsabilidade das empresas que promovem a possibilidade de se adentrar na Internet, gera um campo de atuação perfeito às organizações criminosas, considerando que o anonimato é a forma preferida para a realização das condutas injustas.”

2.12. SETOR FUTEBOLÍSTICO

O futebol, esporte mais popular do mundo tornou-se um ótimo meio de lavagem de dinheiro, devido principalmente às transações milionárias de compra e venda de passes de jogadores e a supervalorização de atletas. Os proprietários bilionários de clubes ao redor do mundo conseguem lucrar alto, mesmo com clubes deficitários. (BARRETO, 2015, p.12)

De acordo com o relatório apresentado pela FATF/GAFI (2009 apud CALLEGARI E WEBER, 2014, p.32):

“Os negócios do setor lidam com fluxos de caixa considerável e grandes interesses financeiros. Muitas das transações no setor envolvem grandes quantias de dinheiro, como por exemplo, no mercado de transferências. A concorrência é dura, tanto nacional como internacionalmente, e o desempenho de um clube no campo também determina a sua posição financeira. Circuitos financeiros são múltiplos e globais, e os fluxos internacionais de dinheiro envolvidos podem fugir ao controle das federações e dos governos. Muitas vezes, estes fluxos de dinheiro entram e saem dos paraísos fiscais ou envolvem vários países.”

Foram descobertas, pelos investigadores, várias técnicas de lavagem de dinheiro que são usadas, como pagamento em dinheiro, uso de paraísos fiscais e de “laranjas” e transferências internacionais. Além disso, as operações ilícitas estariam conectadas a outras redes de lavagem de dinheiro, através do setor de segurança, imóveis e apostas online. (BARRETO, 2015, p.13).

2.13. OUTRAS ALTERNATIVAS PARA LAVAR DINHEIRO

Para Mink (2005, p.19):

“Além dos setores, atividades e entidades mencionados nos itens anteriores, o comércio internacional de obras de arte, antiguidades, joias, metais e pedras preciosas requer atenção constante e minuciosa do Estado, pois tem-se mostrado uma alternativa bastante interessante para os criminosos lavarem dinheiro. A principal razão disso são as altas quantias envolvidas e a relativa facilidade de comercialização desses objetos.”

Acrescente-se, ainda, uma certa subjetividade na valoração destes e a possibilidade de utilização de inúmeros instrumentos financeiros nas transações, os quais, em muitos casos, asseguram o anonimato (COAF, 1999).

As empresas que prestam serviço também têm sido utilizadas por organizações criminosas para a lavagem de dinheiro, são as chamadas “empresas de fachada”. Essa utilização pode ser explicada pela não existência do estoque a ser controlado, o que pode explicar a entrada e saída de recursos da empresa, dificultando a fiscalização.

2.14. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE LAVAGEM DE DINHEIRO

De acordo com Brasil (2001, p.134), a Lei 9.613/98, que fala sobre a lavagem de dinheiro, atuou em três frentes:

- a) Tipificação dos crimes de lavagem ou ocultação de bens;
- b) Prevenção da utilização do sistema financeiro para o ilícito que criou
- c) Criação do COAF (Conselho de Atividades Financeiras), que é a nossa unidade financeira de inteligência. É também mencionado que, de acordo com Brasil (1998)

“A Lei procurou reservar o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais, de tal forma que, mantendo o crime sob a égide do art. 180 do Código Penal (que trata de crimes de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte), procurou abranger, sob o comando desse dispositivo, a grande variedade de ilícitos contra o patrimônio.”

Sobre essa temática, Moraes (2015, p.10) afirma que:

“A Lei Nº 9.613/98 que tipifica o delito de lavagem de dinheiro tem como escopo além do estabelecimento um novo tipo penal, a coibição da utilização do sistema financeiro nacional como instrumento para a lavagem de dinheiro, a instituição do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e a criação de normas penais, processuais penais e administrativas específicas para a prevenção e punição dos delitos de lavagem de dinheiro.”

De acordo com Roberto Podval (2001 *apud* AMORIM, 2007, p.66), a concretização do crime de lavagem de dinheiro está atrelada ao cometimento de crimes antecedentes e, sendo esses pré-determinados em um rol taxativo, inviável tipificar o delito de lavagem de capitais sem antes determinar precisamente a ocorrência do crime anterior. Isso antes da alteração feita pela lei 12.683/12.

Para Oliveira (1996), a objetividade de tipo (proteção) dessa lei é a normalidade do sistema econômico-financeiro de um país, sem obviamente, deixar de reconhecer a pluralidade de ofensa aos interesses individuais, a que a lavagem de dinheiro pode atingir.

De acordo com Barros (1998), os núcleos das condutas típicas da lei são: fato de ocultar ou dissimular, o escopo de ocultar ou dissimular, utilização (do produto da lavagem) e a participação (pessoa jurídica ligada à lavagem).

Destarte, é necessário que a vontade do autor saiba que está praticando a conduta proibida. Mas é necessário outro elemento subjetivo: o intuito de ocultar ou dissimular a utilização do produto da lavagem (BRASIL, 2001, p.136). Assim, de acordo com Netto (1999) além da vontade de livre e consciente de praticar a conduta, é necessária a presença do elemento expresso pela finalidade de agir.

A Lei 12.683/12 alterou a Lei 9.613/98 para tornar mais eficiente o combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

De acordo com Barreto (2015, p. 14):

“A nova lei traz várias alterações com intuito de coibir o exercício da lavagem de dinheiro, bem como de expandir a performance dos órgãos incumbidos de no combate à criminalidade organizada e a lavagem de dinheiro. A primeira novidade em decorrência da lei 12683/12 foi que, anteriormente, somente haveria lavagem de dinheiro se o ato ilícito fosse proveniente de um crime antecedente, já na redação atual houve uma ampliação, caso a ocultação ou camuflagem for de bens, direitos ou valores originários de um crime ou contravenção penal, será caracterizada a lavagem de dinheiro.”

Outras alterações trazidas com essa nova lei no combate à lavagem de dinheiro são de que poderá haver o crime de lavagem ainda que a punibilidade da infração penal antecedente seja extinta, ou seja, se o crime antecedente deixar de ser punível, a lavagem de capitais ainda

poderá ser tipificada. Além disso, mesmo o crime sendo inafiançável, é possível que se conceda a liberdade provisória sem fiança, pois é inconstitucional toda lei que impeça, de maneira genérica, que a liberdade provisória seja concedida.

2.15. IMPACTOS ECONÔMICOS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

De acordo com a *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCen), mais de 750 bilhões de dólares em fundos ilícitos são anualmente branqueados² em todo planeta (RICHARDS, 1998, p.740)

Sobre esse assunto, Reuter e Truman (2005, p.122) afirmam que:

“Existe um déficit quantitativo de dados acerca da lavagem de dinheiro e das medidas oficiais para controlá-la, asseverando que as informações existentes consistem em descrições de casos, informações não-científicas oriundas de agências governamentais, tais como suposições quanto aos custos da lavagem de dinheiro, relatórios de atividades suspeitas ou mesmo relatos de eventos por investigadores ou pelos próprios criminosos.”

Com efeito, as estimativas macroeconômicas acerca da lavagem de dinheiro são metodologicamente frágeis, ao passo que as estimativas microeconômicas carecem de fundamentação empírica. (REUTER; TRUMAN, 2005, p. 224 e 239)

Sobre os principais reflexos lavagem de dinheiro no sistema econômico-financeiro, Lima (2007, p.6) afirma que, dentre eles:

“A concorrência desleal, as oscilações nos índices de câmbio, o ingresso de capitais especulativos, a instabilidade econômica, a dificuldade na delimitação das políticas públicas como consequência do fenômeno da reciclagem de valores, constatando que são devastadores os reflexos gerados por esse ramo da criminalidade econômica.”

Maia (2007, p.99-100) afirma que:

“A circulação em massa de capitais ilícitos nos sistema financeiro e econômico nacionais podem gerar graves consequências à sociedade, tais como: a desconfiança nos representantes populares; a desmoralização da administração pública, com a corrupção dos seus servidores; a impunidade dos criminosos poderosos, gerando descrédito na Justiça, a sonegação fiscal, que desvia os recursos tributários necessários à manutenção das políticas públicas, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais; a instabilidade da economia nacional; a crise no sistema financeiro, quando pela facilidade desses capitais serem transferidos para outros países, tendo como consequência o desemprego e outros [...]”

² Lavados

Na análise de Odon (2003, p.340-341):

“De acordo com a Receita Federal, em 2001, aproximadamente R\$ 825 bilhões de reais circulam na economia do nosso país sem qualquer declaração de associação a um faturamento tributado (a não ser a Contribuição Provisória de Movimentação ou Transmissão de valores, crédito e de direitos de natureza financeira – CPMF). É esse dinheiro “sujo” que influencia o comportamento do mercado, a pressão sobre o câmbio, a desvalorização da moeda nacional, entre outros.”

As abordagens macroeconômicas que objetivam medir a extensão da lavagem de dinheiro baseiam-se numa definição ampla do fenômeno, a abranger a extensa noção de que qualquer renda em relação à qual não haja pagamento de tributo precisará ser de alguma forma objeto de lavagem. (MARTINS, 2013, p.162).

Além da desestabilização da economia, causada pela grande circulação de dinheiro não pelas vias oficiais, um país eivado de corrupção e lavagem de dinheiro irá afastar os investidores que procurarão países economicamente mais estáveis e sem tantos problemas de criminalidade. (POS, 2007, p.68)

De acordo com Deperon (2007) apud POS (2007, p.68)

“A doutrina assinala que a intervenção penal se justifica para punir a lavagem de capitais em razão dos vários riscos que acarreta em diversos setores da sociedade, tais como: (a) hiper-reação dos mercados financeiros; (b) oscilação dos índices de câmbio, taxas e juros; (c) riscos de contaminação na livre concorrência; (d) baixa do desempenho da política financeira do país; (e) instabilidade financeira; (f) aumento da corrupção, dentre outros.”

Sobre essa temática, Martins (2013, p.167) fala que:

“A infiltração de capitais de origem delitiva no sistema financeiro, portanto, pode produzir sua completa contaminação, afetando os interesses de operadores e investidores. O aporte de capital ilícito na economia formal tem o condão de distorcer os fatores que possibilitam prever racionalmente o comportamento do mercado financeiro, falseando as regras do jogo e a paridade de condições daqueles que nele intervém.”

O FMI *apud* Martins (2013, p.168) resume os impactos macroeconômicos advindos com a lavagem de dinheiro em:

a) “Variações na demanda monetária sem qualquer correlação com as variáveis da economia formal; b) Volatilidade cambial em razão dos aportes inesperados de fundos; c) Maior instabilidade dos passivos e maiores riscos para a valoração dos ativos das instituições financeiras, ocasionando um risco sistêmico para a estabilidade dos setores financeiro e monetário; d) Efeitos adversos sobre a arrecadação tributária e a alocação de recursos públicos devido ao falseamento de dados sobre a renda e a riqueza; e) Possível

contágio sobre as transações financeiras legais em razão do temor dos interessados sobre possíveis envolvimento delitivos; f) Alterações irreais de preços de ativos em devido à existência do “dinheiro sujo”; g) Flutuações inexplicáveis da demanda monetária; h) Aumento dos riscos que mina a solidez do sistema bancário; g) Gerar concorrência desleal; j) Agravamento da inflação.”

Sendo assim, de acordo com Martins (2013), o desenvolvimento econômico hígido tem como pressupostos a transparência e a solidez dos mercados financeiros, que podem ser ameaçados pela lavagem de dinheiro, uma vez que o aporte de recursos financeiros de origem ilícita na economia formal vulnera das diretrizes econômicas que pautam a atuação do livre mercado.

Em decorrência da alta integração dos mercados de capitais, a lavagem de dinheiro também pode prejudicar moedas e taxas de juros de um país, pois dinheiro “limpo” flui para os sistemas financeiros globais, onde pode causar danos a economias e moedas nacionais. (ROCHA, 2007, p.33).

A globalização financeira e os avanços tecnológicos na área da informática e telecomunicações permitiram a indivíduos e empresas movimentar recursos financeiros entre países de forma rápida e com pouca restrição, o que pode contribuir para expor moedas e taxas de juros a fragilidades não desejadas. (ROMANTINI, 2006, p.46).

Kirk (1997, p.8) menciona que:

“Também se devem considerar os efeitos da lavagem de dinheiro na distribuição de renda. A medida que a atividade criminosa básica redireciona a renda de altos poupadores para baixos poupadores, ou de investimentos sólidos para investimento arriscados, de baixa qualidade, o crescimento econômico sofre. Existem, por exemplo, indícios de que os recursos subtraídos pela evasão fiscal tendem a ser canalizados para investimentos mais arriscados e de maior rentabilidade no setor das pequenas empresas, e também de que a evasão fiscal predomina sobretudo nesse setor. Fraudes, malversações e comércio de informações sigilosas parecem também predominar em atividades e mercados em rápido crescimento e rentáveis, porque “é aí que está o dinheiro”.”

2.16. COLABORAÇÃO PREMIADA

Com as considerações acerca do sistema financeiro e da lavagem de dinheiro, a análise de outra temática ligada a esses assuntos é a colaboração premiada, que vem sendo cada vez mais utilizada nas investigações de combate aos ilícitos no sistema financeiro e ao delito da lavagem de capitais.

Segundo Badaró; Bottini (2013, p.167):

“Aquele que colaborar espontaneamente com a investigação e prestar esclarecimentos que auxiliem na apuração dos fatos, na identificação agentes da lavagem de dinheiro ou na localização dos bens, será beneficiado com a redução da pena, sua extinção ou substituição por restritiva de direitos.”

Segundo a redação da Lei nº 12.683/12, Art 2º, parágrafo 5º, que altera o processo da Lei 9.613/98:

“A pena poderá ser reduzida de um a dois terços a ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la. A qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos de conduzem à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos ao crime.”

De acordo com Mendonça (2014, p.5):

“A delação premiada, cuja conduta ética do delator causa polêmicas, chegando a ser questionada e até criticada, tem suas origens, no direito brasileiro, desde as Ordenações Filipinas. Em função de sua ética questionável, tal procedimento acabou sendo abandonado pelo ordenamento pátrio, ressurgindo em época mais recente, em 1.990, com a Lei de Crimes Hediondos.”

Sobre a colaboração premiada fora do Brasil, Silva (2012, p.5) entende que:

“A delação, fora do Brasil, servia como importante instrumento de combate às organizações criminosas existentes na Itália (*patteggiamento*), por exemplo, onde o foco maior se encontrava junto aos setores político e econômico. Eram as chamadas máfias italianas, cuja ascensão ocorreu no fim dos anos sessenta. Não foi diferente nos Estados Unidos. Instituída após a Segunda Guerra Mundial, a delação premiada (*bargain*) passou a ser utilizada em razão dos seus resultados eficientes.”

A colaboração premiada foi incluída no ordenamento jurídico do Brasil em 1990, sobre isso, Silva (2012, p.5) menciona que:

“Prevista em nosso ordenamento desde 1990, a delação adquiriu novos rumos no combate à criminalidade, tendo sido modificada ao longo dos anos, principalmente no que tange aos prêmios concedidos para aqueles que colaborassem com as autoridades, devendo ser observado o tamanho dessas colaborações em cada caso concreto.”

Sobre isso, Mendonça (2014, p.5) afirma que:

“A partir de 1.990, com a previsão do instituto da delação premiada na Lei de Crimes Hediondos, vários outros diplomas passaram a prevê-lo, tais como: a antiga Lei de Crime Organizado (Lei 9.034/95), Código Penal (no crime de extorsão mediante sequestro), Lei de lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), Lei de Proteção às Vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99) e Lei de Drogas (Lei 11.343/06).”

A colaboração premiada surgiu como uma causa de redução de pena, aplicável ao coautor que delatasse os comparsas ou colaborasse espontaneamente com as investigações. (RAMOS, 2014, p.6).

De acordo com Brasileiro 2016, *apud* RAMOS, 2014, p.6:

“Espécie do Direito Premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. Assim, pode-se conceituar a colaboração premiada como um meio de prova que consiste em um prêmio dado a um autor que colabora efetiva e voluntariamente com a investigação policial e a persecução penal. É um conceito bem definido que não foi alterado com a publicação da Lei 12850/13.”

Para Capez (2011, p.417):

“Delação ou chamamento do corréu é a atribuição da prática do crime a terceiro, feita pelo acusado, em seu interrogatório, e pressupõe que o delator também confesse a sua participação. Tem o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação e admite reperguntas por parte do delator.”

A lei de organizações criminosas, 12.850/13, é que ampliou a aplicação do instituto da colaboração premiada, e definiu cinco requisitos alternativos:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

Assim, os requisitos necessários para que um indivíduo seja beneficiário da colaboração premiada é que ele colabore voluntariamente e de forma efetiva. A colaboração efetiva é verificada quando da colaboração resultar pelo menos um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/13, acima descritos. (RAMOS, 2014, p.9)

Sobre essa temática, Mendonça (2014, p.8), afirma que:

“É preciso ressaltar que ato voluntário não se confunde com ato espontâneo. O ato espontâneo é aquele que surge da própria pessoa, sem nenhuma influência externa. Já o ato voluntário é aquele em que a pessoa não sofreu nenhum tipo de coação ao praticar. É o ato conforme a vontade da pessoa, mas que pode ter sido proposto por outra; ou seja, sofre influências do meio externo. A delação premiada deve ser voluntária; ou seja, pode não surgir do próprio colaborador, mas ser proposta pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia.”

Em todos os diplomas que preveem o instituto da delação premiada, os benefícios se resumem em redução de pena e perdão judicial. Com a nova lei de crime organizado, o legislador previu mais um benefício a ser concedido ao réu colaborador: a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. (MENDONÇA, 2014, p.11).

De acordo com Nucci (2012, p.448), as vantagens da colaboração premiada são:

- a) “no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem com as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado”, b) “não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber pena mais severa. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave”, c) “o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico; a delação seria a traição de bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito”, d) “os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico”, e) “a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador”, f) “o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei 9.099/95. A delação premiada é apenas outro nível de transação”, g) “a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida”.

Sobre essa temática, Brasileiro (2016) afirma que:

“A doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da “lei do silêncio” que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.”

Silva (2003, p.256) ainda afirma que:

“Deste modo, apesar de tal instituto ainda receber inúmeras críticas, não resta dúvidas da sua vantagem, sendo um poderoso instituto no combate às organizações criminosas, pois ainda na fase de investigação criminal o colaborador, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que a consumação de outras infrações, bem como auxilia concretamente a polícia e o Ministério Público nas suas atividades de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões.”

Sobre as desvantagens da colaboração, pode-se citar Nucci (2014, p.448), que comenta:

“Do exposto, veremos alguns pontos negativos da delação premiada, assim temos: a) “oficializa-se, por lei, traição, forma antiética de comportamento social”, b) “pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor do que os delatados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele”, c) “a traição, em regra serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena”, d) “não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais e antiéticos”, e) “a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, que, no universo do delito, fala mais alto”, f) “o Estado não pode aquiescer barganhar com a criminalidade”, g) “há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais”.

Sobre essa temática Cunha; Taques; Gomes (2009) afirmam que:

- “a) oficializa-se por lei a traição, forma antiética de comportamento social;
- b) pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor do que os delatados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele;
- c) a traição serve em regra para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena;
- d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos;

- e) a delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, que no universo do delito, fala mais alto;
- f) o estado não pode barganhar com a criminalidade;
- g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais”

Pacheco; Thums (2007) comentam que:

“Esses benefícios aos agentes da grande criminalidade são embasados em um direito tecnicista, pragmático, preocupado com a eficiência da atividade legal e jurisdicional, sendo totalmente direcionado ao fim e ao resultado alcançado, que pouco se importa com a ética na qual a justiça deve estar solidificada. Isso é facilmente percebido porque, mesmo diante das críticas doutrinárias ao fato de o Estado beneficiar o traidor dando crédito à imoralidade (instigando a traição) e demonstrar uma certa fragilidade frente à repressão do crime organizado, podendo até mesmo parecer que quer “comprar” a traição do indiciado, cada vez mais, em busca da efetividade, o Estado premia a colaboração do criminoso “arrependido”.”

Outras críticas à colaboração premiada, são que, para Rascovski (2011) a delação premiada violaria, assim, o princípio da proporcionalidade, posto que ensejaria a aplicação de sanções diversas àqueles que perpetraram o mesmo crime. Invadiria, ainda, a competência jurisdicional do Magistrado, posto que a colaboração é oriunda de um acordo celebrado entre Ministério Público e defesa. Mais que isso, atentaria mesmo contra os princípios da ampla defesa e do contraditório (GOMES FILHO; BADARÓ, 2007, p.188), posto que subtraído do Poder Judiciário a possibilidade de julgar o feito.

2.17. DINHEIRO

Em 1998, a Lei 9613/98 estabeleceu a colaboração premiada para os crimes de lavagem de dinheiro:

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

2.18. EQUILÍBRIO DE KALDOR-HICKS E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Pode-se dizer que a eficiência é a melhor alocação com o mínimo de dispêndio (GALESKI JÚNIOR, 2011, p.121). Um dos temas que envolve o equilíbrio econômico é o

Ótimo de Pareto, no qual o equilíbrio é quando nenhuma ação pode ser feita se causar prejuízos a outros. Assim, de acordo com Fonseca; Tabak; Aguiar (2015), a eficiência só vai ocorrer de acordo com esse critério, quando for possível melhorar a situação de um agente (indivíduo, grupo de pessoas, comunidades, entes privados, Estado ou sociedade) sem prejudicar o outro.

É possível associar a eficiência de Pareto à unanimidade (GALESKI JÚNIOR, 2011, p.324). Como, na prática a unanimidade é utópica, uma situação Pareto-eficiente é praticamente impossível (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015, p.18). Com efeito, pelo critério Paretiano, de acordo com Salama (*apud* FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015, p.18), praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade e isso é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de políticas públicas.

Por isso que os economistas criaram um critério de eficiência menos rígido, que é chamado de Melhoria Potencial de Pareto ou Eficiência de Kaldor-Hicks. De acordo com esses estudiosos, mudanças podem ser feitas mesmo que haja perdedores, desde que exista a possibilidade de compensá-los por suas perdas (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015, p.18).

De acordo com Cooter e Ulen (2010, p.64):

“Insatisfeitos com o critério de Pareto, os economistas desenvolveram a noção de uma melhoria potencial de Pareto (às vezes chamada de eficiência de Kaldor-Hicks). (...) uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, mas exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem. Se essa condição for cumprida, os ganhadores podem, em princípio, indenizar os perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto, a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas tem de ser possível, em princípio. Esta é, essencialmente, a técnica da análise de custo-benefício.”

Sobre a colaboração premiada e essa temática, Fonseca; Tabak; Aguiar (2015, p.19) afirmam que:

“A colaboração premiada pode ser eficiente sob o ponto de vista de Kaldor-Hicks. Om efeito, os benefícios para a sociedade são superiores aos custos. Do mesmo modo, os benefícios para o colaborador, em determinadas situações, são maiores que as perdas. Há um equilíbrio nessa interação, cada agente maximizando seu interesse, e aparentemente havendo custos que podem ser compensados.”

2.19. A TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA

É dada uma anistia para o primeiro que colaborar com o Ministério Público Federal, MP, de acordo com a lei, isso é um incentivo no comportamento do colaborador, já que o criminoso precisa analisar o custo do risco do seu comparsa, também investigado, vai fazer a colaboração premiada antes dele. Esse é o principal exemplo da Teoria dos Jogos: o Dilema do Prisioneiro.

Essa teoria foi criada em 1928 pelo matemático Von Neumann, e foi consagrada com uma publicação em coautoria com Oskar Morgenstern, em 1944. Mas foi com os estudos de John Nash, John C. Harsanyi e Richard Selten, vencedores do prêmio Nobel de Economia, no ano de 1994, que a Teoria dos Jogos se consolidou com o conceito de equilíbrio (BECUE, 2011, p.112). Segundo tal teoria, toda interação entre agentes racionais que se comportam estrategicamente pode ser conceituada como jogo (BECUE, 2011, p.112) e tem os seguintes pressupostos: jogadores, as estratégias de cada jogador e os payoffs (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia (COOTER; ULEN, 2010).

Há vários tipos de jogos nessa teoria, mas o mais utilizado é o Dilema do Prisioneiro, que é explicado por Cooter; Ulen (2010, p.56):

“Duas pessoas, o Suspeito 1 e o Suspeito 2, conspiram para cometer um crime. Eles são detidos pela polícia fora do local onde o crime foi cometido, levados à delegacia de polícia e colocados em salas separadas, de modo que não podem se comunicar. As autoridades os interrogam individualmente e tentam jogar um suspeito contra o outro. As provas existentes contra eles são circunstanciais – estavam simplesmente no lugar errado na hora errada. Se o promotor precisa ir para o julgamento só com essas provas, os suspeitos terão de ser acusados de uma transgressão de menor peso e receberão uma punição relativamente leve – digamos, 1 ano de prisão. O promotor preferiria que um dos suspeitos ou ambos confessassem o crime mais grave que se acredita tenham cometido. Especificamente, se um dos suspeitos confessar (e, com isso, implicar o outro) e o outro não, o não confessor receberá 7 anos de prisão, e, como recompensa por assistir o Estado, o confessor só receberá meio ano de prisão. Se ambos os suspeitos forem induzidos a confessar, cada um ficará 5 anos na prisão. O que cada suspeito deveria fazer – confessar ou ficar calado?”

De fato, ao analisar o Dilema do Prisioneiro, é melhor ser sempre o primeiro a confessar e colaborar com a Justiça (McADAMS, 2009, p.224). De fato, ou seja, por meio da matriz de pay offs, seja por meio da árvore de decisão, a estratégia dominante sempre será de

confessar primeiro, pois isso sempre significará menos tempo de prisão. (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015, p.24).

Sobre essa temática e a questão da colaboração premiada, Fonseca; Tabak; Aguiar (2015, p.25) afirmam que:

“Assim, no caso da colaboração premiada, o réu terá que ponderar se delata ou não o esquema de corrupção, sabendo que os demais coautores serão alvo da mesma proposta, e devendo contabilizar que, se um deles colaborar antes com o Ministério Público, receberá o perdão judicial, ou seja, não será considerado culpado, já que sequer terá contra si instaurado processo penal.”

2.20. OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS E LAVA JATO: EXEMPLOS DE UTILIZAÇÃO EFICAZ DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A operação Mãos Limpas surgiu na Itália na época de 1992, e se destacou por ser uma das maiores operações no combate à corrupção, sendo responsável por desvendar inúmeros esquemas relacionados a pagamento de propina e desvio de recursos para campanhas políticas.³

O método utilizado na Itália foi a delação, que por sinal, tem muitas semelhanças com a delação premiada utilizada no Brasil na operação Lava-Jato. Os investigados eram incentivados pela Justiça para delatar seus colegas, fazendo com que as acusações aumentassem de uma forma exorbitante. Cada vez que uma pessoa relacionada ao meio político era presa, resultava na investigação de outros suspeitos.³

A corrupção foi o motivo mais relevante para que a criação da operação Mãos Limpas. A Itália é conhecida pelos escândalos de corrupção, porém o cenário político que se encontrava o país naquela época era preocupante (SALVIANO, 2017). Nesse sentido, “ao entrar em vigor, a Mãos Limpas revelou um Estado profundamente corrupto, em que a propina era prática corriqueira entre os principais partidos que governavam a Itália desde o início do período republicano”⁴

³ BBC Brasil. **Como foi a mega-operação italiana que teria inspirado a 'Lava Jato'?**. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141115_maos_limpas_italia_ru. Acesso em: 8 mar. 2017.

⁴ Sérgio Moro - Guia Conhecer Fantástico Atualidades. On Line Editora. **“Sérgio Moro Herói do Brasil”**. Disponível em: https://play.google.com/store/books/details/On_Line_Editora_S%C3%A9rgio_Moro_Guia_Conhecer_Fant%C3%A1stico?id=jhABDAAAQBAJ. Acesso em: 8 mar. 2017.

O juiz Antonio Di Pietro inovou vários instrumentos políticos na época, dentre eles, a colaboração dos investigados com a justiça. Essa inovação é muito semelhante com a delação premiada. Segundo Di Pietro, o incentivo da colaboração com a justiça é fundamental para os crimes contra a administração pública. É um diálogo para convencer o colaborador a falar, sem ameaças, apenas oferecendo uma condição mais favorável para aquela pessoa diante daquela situação⁵. Portanto, da mesma forma que na Itália, quando os investigados decidiam colaborar com a justiça e conseqüentemente surgia um número mais elevado de investigados, aconteceu também no Brasil com a delação premiada. (SALVANO, 2017).

3. METODOLOGIA

Metodologicamente este trabalho possui abordagem quali-quantitativa, com pesquisa exploratória e descritiva, procura explorar um problema para fornecer informações para uma investigação mais precisa, visando uma maior aproximação com o tema, que pode ser construído com base em hipóteses ou intuições. A pesquisa descritiva visa descrever algo. Para isso, fazem uma análise minuciosa e descritiva do objeto em estudo. Essa pesquisa não pode ter interferência do pesquisador.

Quanto aos meios, esta pesquisa em função das características apresentadas e da necessidade da busca por informações e dados é classificada como bibliográfica e documental. Esta pesquisa utilizou do instrumento de coleta observacional, além disso, em função das características, utilizou-se a análise de conteúdo, de forma a estabelecer conexões entre os crimes financeiros com a lavagem de dinheiro e os impactos para a economia, a partir da observação de diversas bibliografias e documentos que tratam deste assunto.

4. ANÁLISE DE DADOS

O Sistema Financeiro Nacional é um importante mecanismo trazido pela legislação infraconstitucional, que tem como uma das prerrogativas principais o desenvolvimento equilibrado do país. Dentre a sua estruturação, estão bancos privados além de bancos

⁵ Jornal Nacional. **Operação Mãos Limpas transformou a política da Itália há décadas**. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/03/operacao-maos-limpastransformou-politica-da-italia-ha-decadas.html>. Acesso em: 15 mar. 2017.

públicos, como o Banco do Brasil, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social, BNDES, e também órgãos de fiscalização e controle, como o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil. Baseando-se nos ditames legais, o sistema financeiro brasileiro é bem estruturado com cada órgão sabendo os seus direitos e obrigações, além disso, é confiável e organizado de maneira sofisticada, em grande parte, administrados por executivos com vasto conhecimento do mercado financeiro e domínio técnico no conteúdo.

Mesmo com opiniões favoráveis ao funcionamento e organização do sistema financeiro do Brasil, é inegável que existam mazelas comuns em instituições públicas e também privadas no país. Esse descrédito em algumas dessas instituições decorre principalmente de atos que vão contra ao que é pregado na legislação de cada um desses órgãos, ações essas que muitas vezes são caracterizadas como crimes e especificamente nesse caso, crimes financeiros.

Nos crimes financeiros, assim como nos crimes contra a ordem econômica, existe à lesão ou perigo ao patrimônio individual, entretanto, nos crimes contra o sistema financeiro nacional, há um outro bem jurídico tutelado, que é o bom funcionamento do sistema financeiro do país. Trazendo para um caráter mais legal, a Lei 7.492/86, conhecida como a lei do “colarinho branco”, trouxe mais segurança jurídica, ao tipificar as condutas que se enquadram nesse tipo de crime.

Dentre os delitos que estão associados à práticas contra o Sistema Financeiro Nacional, está a Lavagem de Dinheiro, que vem se tornando cada vez mais divulgada pela mídia, com a sua ocorrência em todas as esferas da administração pública, Municipal, Estadual e Federal e também da administração privada, vale lembrar também a conjuntura da ligação público-privada na realização da lavagem de ativos.

A tecnologia está cada vez mais abundante e acessível, associada com o aumento das transações bancárias, as práticas criminosas também foram ficando mais organizadas e de difícil rastreamento. Essa complexidade fez com que ficasse mais difícil identificar uma prática de lavagem de numerário, e também, com uma legislação atrasada, essa ação nem poderia ser considerada crime, pois ainda não era devidamente tipificada em lei.

Como advento da Lei 9.613/98, que foi alterada pela Lei 12.683/12, houve uma mudança importante no direito penal brasileiro, tipificando essa conduta e dando segurança jurídica, garantindo a punição nos envolvidos nesse tipo de delito. Essa lei tem importância,

pois considera que qualquer conduta delituosa como condição para distinguir o crime de lavagem de dinheiro.

O estudo da lavagem de ativos tem também importância econômica, o dinheiro desviado, principalmente o público, poderia ser investido e dar um retorno para a população, fomentando também a economia de um país. Esse crime também afeta o mercado consumidor, pois, o consumo de produtos através de dinheiro “lavado” também entra para as estatísticas de um país, como se tivesse sido comprado com ativos obtidos de maneira lícita.

O crime de lavagem de dinheiro não é atual nem é cometido somente no Brasil. Essa prática já é cometida há séculos, mesmo não tendo sido tipificada em lei. Na época dos piratas, os mesmos trocavam mercadorias obtidas ilicitamente, por outras de maneira legal. Já o termo “lavagem de dinheiro”, foi utilizado pela primeira vez pelas autoridades norte-americanas para mencionar a prática feita pela máfia na década de 30 do século XX para justificar a origem dos recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupa.

Nessa época, nos EUA, existia a Lei Seca, que proibia o consumo e a venda de bebidas alcóolicas, o que estimulou o crescimento de um mercado ilegal dessas bebidas e que também favoreceu o surgimento de máfias. Esse mercado ilegal de fornecimento desse produto gerava milhões de dólares clandestinos. Assim, o dinheiro obtido da venda ilegal de bebidas alcóolicas era investido em lavanderias, para esconder esse ativo recebido de maneira ilícita, daí a expressão “*money laundering*”, que em português quer dizer, “lavagem de dinheiro”.

Com a revogação da Lei Seca, houve uma diversificação dessas organizações que atuavam no mercado ilegal de bebidas alcóolicas, como no tráfico de substâncias entorpecentes, pois era preciso dar um caráter de legalidade, a recursos obtidos de maneira delituosa. Com isso, as organizações começaram a aperfeiçoar o sistema, por exemplo, escondendo ativos obtidos de maneira ilegal colocando-os fora do alcance das autoridades do país, dando origem à *offshores*.

Com toda essa organização grande por parte dos agentes que faziam essa prática, se fez necessária a criação de uma legislação que pudesse coibir essa prática. Os Estados Unidos e a Itália foram os primeiros a criminalizar a prática da lavagem de dinheiro, entretanto, somente com a Convenção de Viena, em 1988, que vários países começaram a tipificar essa conduta em lei. No Brasil, somente com a lei 9613/98, é que se denota a intenção do país de aderir a prática de coibir essa prática delituosa.

Dentre vários conceitos acerca da lavagem de dinheiro, em resumo, pode-se dizer que são um conjunto de operações comerciais ou financeiras que tem como fator principal, a incorporação na economia de valores, bens, ativos que foram obtidos de maneira ilícita. Para que se tenha esse tipo de delito, são necessários alguns procedimentos ou fases. A primeira é a colocação, na qual é inserido, na economia, o bem ou o ativo que se quer mascarar, essa é a mais difícil, pois, há a proximidade da origem ilícita do que se quer inserir no sistema financeiro.

Na fase da ocultação o criminoso busca apagar o rastro da movimentação financeira feita com o ativo ilícito, essa prática dificulta o trabalho das autoridades de fiscalização, pois fica mais difícil detectar a ilegalidade da operação financeira. E na fase da integração, há a total injeção do capital ilícito na economia, geralmente feita por investimentos no mercado imobiliário.

O delito de lavagem de ativos é feito nos mais variados setores econômicos e a análise de alguns deles se faz necessária. Um dos setores mais visados para esse tipo de crime são as instituições financeiras, pois, atualmente, há uma grande velocidade na qual o dinheiro circula e as altas tecnologias utilizadas nas transações financeiras, que dão mais facilidades para as trocas monetárias, também contribuem para a prática desse delito nessas instituições.

Os paraísos fiscais, que são países que tem encargos ou obrigações tributárias baixas ou que não existem sobre a circulação e a movimentação financeira, do país ou de outras nações, são também exemplos de setores da economia que são mecanismos para os criminosos mandarem recursos de origem ilícita, como os decorrentes de sonegação fiscal, corrupção, fraudes financeiras, entre outras.

Os centros *offshore*, que são centros bancários que não se submetem ao controle de nenhum país, a bolsa de valores, as companhias seguradoras, o mercado imobiliário, jogos de azar e sorteio, a internet e o comércio eletrônico e até o setor futebolístico são também mecanismos utilizados para o cometimento desse crime.

A primeira legislação no Brasil que tratou do combate a esse ilícito foi a Lei 9.613/98, que foi alterada pela Lei 12.683/12, que tornou mais eficiente a coibição desse delito. Essa lei expandiu as atribuições dos órgãos encarregados no combate à lavagem de dinheiro, além disso, outra alteração feita foi que, na lei anterior, a conduta só seria caracterizada se o ato ilícito fosse decorrente de um crime antecedente, já na nova lei, pode ser de um crime antecedente ou até de uma contravenção penal.

Dentre os impactos econômicos da lavagem de dinheiro, pode-se destacar a concorrência desleal, as oscilações nos índices de câmbio, desconfiança nos representantes do povo, desmoralização da administração pública, sonegação fiscal, dentre outros. Além disso, a falta de circulação de dinheiro pelas vias legais, faz com que investidores busquem países com economias mais estáveis.

A colaboração premiada é um artifício utilizado pela legislação penal, que tem como objetivo ajudar as investigações de determinado crime, a partir da ajuda de um colaborador, em troca de informações, o mesmo ganha benefícios como a redução da pena. Esse tipo de instrumento é utilizado desde as Ordenações Filipinas, mas também outros exemplos de ordenamentos jurídicos que trouxeram esse mecanismo, de modo pioneiro, foi a legislação da Itália e dos Estados Unidos. No Brasil, a partir de 1990, foi inserida a colaboração premiada na Lei de Crimes Hediondos.

Na legislação brasileira, para um indivíduo ser beneficiado pela colaboração premiada, é necessário que ele colabore voluntariamente e de maneira efetiva. Dentre os benefícios, pode-se citar a redução de pena e o perdão judicial, além disso, com a nova lei de crime organizado, há a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Dentre as vantagens desse instrumento, pode-se destacar que é uma possibilidade de se obter novas provas, possibilidade de impedir o funcionamento de organizações criminosas e é uma importante ferramenta para a coibição de outros crimes. As desvantagens podem ser a imoralidade dos fins justificando os meios, há uma barganha do Estado com a criminalidade e dificulta a proporcionalidade da pena, já que o delator tem a pena menor que a dos seus cúmplices.

A colaboração premiada está inserida na lei que trata da lavagem de dinheiro, mencionando que a pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto se o autor, co-autor ou partícipe colaborar com as autoridades, ajudando com a elucidação das infrações penais.

No equilíbrio de Kaldor-Hicks há uma semelhança com a colaboração premiada, pois o efeito, os benefícios para a sociedade são superiores aos custos, sendo assim, para um colaborador, os benefícios são maiores que os custos, ou seja, há um equilíbrio, com cada agente maximizando os seus interesses. Na Teoria dos Jogos também há a colaboração

premiada, já que o réu deve ponderar se delata ou não, sabendo que os outros coautores receberão ou não a proposta para a colaboração premiada.

A operação Lava a Jato trouxe à tona um delito que já acontecia no país, mas que não tinha uma divulgação massiva da mídia: a lavagem de dinheiro. Através dessa operação, esse delito ficou cada vez mais evidente nos noticiários mostrando que, essa prática está tanto no setor privado quanto no público, e também em todas as esferas da administração, União, Estado e Municípios.

A operação na qual a Lava Jato se inspirou, a Mãos Limpas na Itália, também tem importância nesse estudo. Durante esta operação, houve uma desconfiança generalizada da população em relação aos partidos políticos, além de uma grande crise econômica na Itália, prisões e atentados da máfia, entretanto, havia a vontade de população em acreditar que essa operação levaria à mais transparência e honestidade ao poder público. E assim como na operação brasileira, a Mãos Limpas também investigava, dentre os crimes, o de lavagem de dinheiro.

Essa modalidade de crime financeiro, que consiste no indivíduo “esconder” um produto obtido de maneira ilícita e dar a ele um caráter legal traz grandes consequências para o ordenamento jurídico e, como envolve a utilização de bens e ativos, também traz impactos para a economia de uma nação.

O combate à esse delito, associado às sanções que estão sendo impostas a quem o pratica tem sido cada vez mais feito através do auxílio de um importante instrumento do direito penal, que é a colaboração premiada, no qual, um delator, ajuda as autoridades na investigação do crime, indicando coautores, partícipes, quais os recursos obtidos de maneira ilícita, entre outros, e como benefício, se tem uma redução da pena.

A partir disso, se indaga: qual o impacto econômico advindo com o combate à lavagem de dinheiro?

Para essa análise, se faz necessário tomar como base a referida operação Lava Jato, na qual o principal delito cometido foi o de lavagem de dinheiro. De acordo com a própria força tarefa da operação, o montante calculado a ser ressarcido para os cofres públicos é de 44 bilhões de reais. Esse cálculo é baseado em diversas ações judiciais que foram propostas pelo MPF, Ministério Público Federal em Curitiba e no Rio de Janeiro. No que esse dinheiro poderia ser investido, é mostrado na tabela abaixo:

Tabela 1 – Em que o dinheiro já recuperado da Lava Jato aos cofres públicos (R\$ 44 milhões) poderia ser investido

ITEM	PREÇO UNITÁRIO	QUANTIDADE
Creche	R\$1.900.000	23.158
Ambulância	R\$120.000	366.667
Ônibus Escolar	R\$181.000	243.094
Unidade de Pronto Atendimento	R\$1.900.000	23.158
Casa Popular	R\$76.500	575.163
Pagamento Anual do Bolsa Família	R\$1.739	25.301.898
Salário Anual de Médico do Setor Público	R\$12.000	3.666.667

Fonte: Autor com base em informações disponíveis nos meios de comunicação.

A dificuldade desse ressarcimento está principalmente no fato da morosidade da justiça, de julgar alguns desses processos, o que dificulta a condenação dos infratores e atrasa o ressarcimento do numerário que foi tirado ilegalmente da economia. Os valores somados dos processos para reparação de danos em Curitiba somam 38,1 bilhões de reais e no Rio de Janeiro, 2,34 bilhões de reais. Somados a isso, estão cerca de 3,24 bilhões em bens que foram bloqueados dos réus, que, para a Justiça, foram obtidos de maneira ilícita, através da lavagem de dinheiro. Esses valores comprovam o caráter bilionário que envolve esse tipo de delito. Uma importante instituição pública, que é a Petrobrás, também foi utilizada como meio para se lavar dinheiro, e, de acordo com o MPF, ela recebeu repasses, como ressarcimento do que foi desviado dos seus cofres que somam 1,5 bilhões, mas que corresponde somente a 13% do dinheiro que foi desviado dessa instituição.

No que diz respeito à colaboração premiada e o crime de lavagem de dinheiro, a operação Lava Jato no Rio de Janeiro já recuperou 451,5 milhões de reais em 16 acordos de colaboração já homologados. Desse montante, cerca de 250 milhões já foram devolvidos para o governo estadual, o que permitiu o pagamento do 13º salário atrasado de cerca de 146 mil funcionários, de acordo com a BBC (British Broadcasting Corporation). Isso mostra como, mesmo de maneira lenta e não toda a quantia desviada, os acordos de colaboração premiada estão ajudando o dinheiro a retornar aos cofres públicos e reinvestir esse dinheiro para a população.

Antes da Lava Jato, o procurador Paulo Galvão diz que, somados todos os casos da história de corrupção do país, o Brasil tinha recuperado US\$ 15 milhões, algo em torno de R\$

148 milhões em valores atuais. Só de valores no exterior, a Lava Jato já recuperou um montante cinco vezes maior: R\$ 763 milhões.⁶

Ao todo, a Lava Jato já conseguiu recuperar cerca de 11,9 bilhões de reais em acordos de colaboração premiada.⁶ Na tabela é mostrado em que esse montante recuperado poderia ser investido:

Tabela 2 – Em que o dinheiro recuperado na Lava Jato a partir de acordos de colaboração premiada (R\$ 11,9 bilhões) poderia ser investido

ITEM	PREÇO UNITÁRIO	QUANTIDADE
Creche	R\$1.900.000	6.263
Ambulância	R\$120.000	99.167
Ônibus Escolar	R\$181.000	65.746
Unidade de Pronto Atendimento	R\$1.900.000	6.263
Casa Popular	R\$76.500	155.556
Pagamento Anual do Bolsa Família	R\$1.739	6.843.013
Salário Anual de Médico do Setor Público	R\$12.000	991.667

Fonte: Autor com base em informações disponíveis nos meios de comunicação.

Esses são alguns dos exemplos e da quantidade deles que poderiam ter sido adquiridos ou pagos caso esse montante utilizado tivesse sido investido em benefícios para a população, o que mostra o alto custo da corrupção, em especial à lavagem de dinheiro para a sociedade e como o instrumento da colaboração premiada foi importante para que esse montante fosse colocado aos cofres públicos.

Esses são alguns reflexos práticos de como a legislação brasileira de combate à lavagem de dinheiro, associada com um instrumento que vem sendo adotado de maneira eficaz, têm contribuído para a coibição dessas práticas ilícitas e que os ativos desviados com essa prática sejam investidos de maneira benéfica para o povo.

Trazendo para uma análise mais teórica, a lavagem de dinheiro impacta a economia. A ‘renda quando não é objeto de tributo precisará ser objeto de lavagem para que não seja identificada pela Receita Federal, esse não pagamento de tributos faz com que se diminua a

⁶ ODILLIA, Fernanda. Lava Jato: MPF recupera R\$ 11,9 bi com acordos, mas devolver todo dinheiro às vítimas pode levar décadas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43432053>. Acesso em 28 de Março de 2018.

arrecadação do Estado, tributos esses que poderiam ser reinvestidos em vários setores da sociedade.

Se a atividade financeira de um país está baseada em movimentações financeiras fraudulentas, com o objetivo de esconder ativos ilícitos, isso dá uma desestabilização do mercado financeiro, fazendo com que investidores prefiram colocar seu dinheiro em outros países, o que traz influência até para as taxas de câmbio do país, e como resultado disso, faz com que se aumente a corrupção já que, o criminoso que lava o dinheiro se sente impune, o que estimula a fazer esses atos ilícitos e corruptos.

Assim, o combate à lavagem de dinheiro traz impactos econômicos, como mostrado no exemplo da operação Lava Jato e também, evita que aconteçam empecilhos ao desenvolvimento da economia, como os que foram mostrados.

Há uma grande importância do instituto da colaboração premiada na descoberta de crimes de lavagem de dinheiro, pois, sem ele, muitos integrantes desses esquemas não seriam investigados e nem sequer seriam conhecidos, para assim, serem devidamente julgados pela justiça brasileira.

Com essa hipótese e, com o que foi pesquisado, é possível provar que esse instituto permitiu uma melhor persecução penal nesse tipo de crime, pois, os delatores muitas vezes dão informações que as autoridades de investigação não saberiam se fossem descobrir por outros meios, informações essas que ajudam não somente a descobrir coautores e partícipes do crime, mas também a encontrar ativos que eram lavados e, no caso de recursos públicos, colocar ele nos cofres da administração pública, para que possam ser investidos para a população. A quantidade de acordos de colaboração mostra que é benéfico para os atores da ação penal. Para o réu, ele consegue uma redução de pena, e para o autor, que muitas vezes é o Ministério Público, há a descoberta de informações que ajudam as autoridades de investigação.

O objetivo principal deste trabalho foi analisar qual a relação entre o instituto da colaboração premiada e os crimes de lavagem de dinheiro, evidenciando os impactos econômicos. Conforme foi abordado, dentre os objetivos específicos estão, conceituar o tipo penal lavagem de dinheiro, apresentar, de maneira pormenorizada, o instituto da colaboração premiada e identificar qual o efeito para a economia dessa legislação de combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Ao longo da pesquisa, pode-se checar que a temática, tanto da lavagem de dinheiro quanto da colaboração premiada têm vários pormenores que devem ser analisados, desde a conceituação, evolução histórica, legislação, até detalhes específicos como fases da lavagem de dinheiro, setores econômicos mais utilizados para a prática desse crime, a Teoria dos Jogos na colaboração premiada, além de outros aspectos que mostram a complexidade desses temas. Além disso, é possível se traçar que a colaboração premiada ajuda no combate ao crime de lavagem de dinheiro, pois é um instrumento de auxílio para a investigação desse delito. Como mostrado também, a pesquisa comprovou que a legislação de combate a esse crime está se mostrando efetiva, como na operação Lava Jato, que já recuperou bilhões de reais para os cofres públicos. Assim, pode-se dizer que a colaboração premiada é um instrumento efetivo no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lavagem de dinheiro é um delito presente na sociedade e sua relação com a colaboração premiada é uma análise de grande importância para o contexto econômico. Esse tipo penal pode ser enquadrado como uma espécie de crime financeiro, no qual traz prejuízos para o funcionamento lícito do Sistema Financeiro Nacional.

A lavagem de ativos está relacionada à maior complexidade das trocas econômicas, que, dentre outras coisas, favoreceram também o aparecimento de maneiras mais organizadas de cometer atos ilícitos. A facilidade de se fazer trocas bancárias atualmente, associada à meios cada vez mais modernos de se movimentar ativos, fizeram com que o dinheiro ilícito pudesse ser “escondido” das mais variadas maneiras.

À medida que essa prática foi se tornando mais complexa, foi trazendo impactos e vários setores da sociedade, e o que foi analisado neste trabalho foi a economia. O dinheiro que foi desviado a partir desse ilícito poderia ser investido em outras áreas beneficiando a sociedade e diminuindo as mazelas presentes nela.

Vale destacar que esse crime não é atual, nem é algo somente presente no Brasil. Desde à época da pirataria já existia essa prática que começou a ficar mais conhecida e ganhou seu nome durante o século XX nos Estados Unidos, na época da proibição de bebidas alcólicas, conhecida como Lei Seca, no qual, criminosos investiam o dinheiro ganho com a venda ilegal de bebidas em lavanderias, daí a expressão “lavagem de dinheiro”.

Para se ter a verdadeira essência desse crime, são necessárias três fases, das quais: colocação, ocultação e integração, com isso, se têm definida a prática desse delito, que visa mascarar os bens obtidos de maneira ilícita, como se fossem obtidos de maneira lícita.

Trazendo para a análise econômica, são vários setores nos quais essa prática é adotada, como foi mostrado no trabalho, dentre eles estão: instituições financeiras, paraísos fiscais, centros *off-shores*, bolsa de valores, companhias seguradoras, mercado imobiliário, jogos de azar e sorteio, internet e comércio eletrônico, setor futebolístico, entre outros. Ou seja, a complexidade desse crime é grande, já que tem atuação em vários setores econômicos.

A tipificação legal para coibir essa prática foi algo que se mostrou presente em países como Estados Unidos e Itália, no Brasil, a primeira lei a tratar do assunto foi a Lei 9.613/98, que foi alterada pela Lei 12.683/12. Dentre os elementos importantes dessa lei, pode-se destacar a coibição maior das práticas de lavagem de dinheiro, a expansão da atuação dos órgãos incumbidos de combater essa prática. Além disso, vale destacar que, para a legislação brasileira, para o delito ser considerado lavagem de dinheiro, o delito anterior, que obteve o bem de maneira ilícita, pode ser tanto um crime ou uma contravenção penal, que é um delito de menor potencial ofensivo.

Como mencionando anteriormente, esse delito traz consequências para a sociedade, e uma delas, que foi analisada neste trabalho foi o impacto econômicos. De maneira teórica, pode-se dizer que a lavagem de dinheiro estimula a concorrência desleal, já que empresas erguidas a partir de ativos lícitos, competem com empresas com capital ilícito, gerando essa diferença na concorrência. O capital especulativo que é trazido a partir desses investimentos ilícitos, gera a instabilidade econômica, o que não é interessante para investidores que querem injetar dinheiro em uma economia de maneira lícita.

Isso gera um quadro de desmoralização da Administração Pública, que a opinião popular começa a criticar por não atuar de maneira incisiva no combate à essa prática e a impunidade dos criminosos poderosos também gera essa revolta por parte da população.

Dentro da análise do combate à lavagem de dinheiro, está uma importante ferramenta que vem sendo utilizada pela Justiça como uma forma de coibir essa prática que é a colaboração premiada. Esse instituto já era utilizado por países como a Itália e os Estados Unidos e foi inserido na legislação pátria na Lei de Crimes Hediondos de 1990.

Ela é uma maneira de obtenção de informações de possíveis coautores e partícipes de um delito, além de ser utilizada para se descobrir bens, ativos, entre outros valores obtidos de

maneira ilícita, e em seu benefício, o delator ganha uma redução na pena. Apesar de ser importante e ter vantagens como ser um meio para se obter outras provas, combater a organizações criminosas, e evitar a consumação de outras infrações, esse instrumento também tem críticas, dentre as quais, o estímulo à delações falsas, afeta a proporcionalidade, pois há uma diferença na pena de quem cometeu o mesmo crime, já que o que delatou terá uma pena menor, além disso, afeta o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois retira do Poder Judiciário a possibilidade de julgar o feito.

A colaboração premiada está relacionada com a lavagem de dinheiro, à medida que um delator colaborar espontaneamente com as autoridades, mostrando os envolvidos nesse delitos e os bens e ativos que foram lavados, fazendo com que a sua pena seja reduzida e o regime do seu cumprimento é o aberto, podendo até a pena não ser aplicada ou ser aplicada uma pena restritiva de direitos.

A colaboração premiada também está inserida em estudos como no Equilíbrio de Kaldor-Hicks, além da Teoria dos Jogos, nos quais, uma decisão, de um delator, sem saber da decisão dos demais, pode beneficiá-lo, dependendo da decisão dos outros, isso mostra a complexidade e os estudos na aplicação da colaboração premiada.

Como foi mostrado nas tabelas 1 e 2, o dinheiro que foi utilizado em esquemas de corrupção, como os mostrados pela Lava Jato, no qual, em grande parte, foram feitos através da lavagem de dinheiro, poderia ter sido investido em vários setores que garantiriam benefícios para a sociedade, e a associação de uma correta legislação, com o instrumento da colaboração premiada, garantiu que esse montante fosse colocado aos cofres públicos.

6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Evelyse Nicole Chaves de. **Lavagem de dinheiro**: uma análise crítica da lei 9613/98 e a problemática do crime antecedente. 2007. 106 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2007.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, jul./set. 1995, p. 145 e ss.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais: Comentários à Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12. São Paulo. **Editora Revista dos Tribunais**, 2 ed. 2013.

BARRETO, Lúcio Melo. **O crime de lavagem de dinheiro e o instituto da delação premiada**. 2015. 22 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro**: análise sistemática da lei 9613 de 3 de março de 1998. 4. Ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Lei n. 12.683, de 09 de jul. de 2012. **Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.**, Brasília, DF, jul 2012.

_____. Lei n. 4.595, de 31 de dez. de 1964. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências**, Brasília, DF, dez 1964.

_____. Lei n. 7.492, de 16 de jun. de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**, Brasília, DF, jun 1986.

_____. Lei n. 9.613, de 03 de mar. de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**, Brasília, DF, mar 1998.

_____. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Principais Conceitos**. 2018. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/lavagem-de-dinheiro-principais-conceitos>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Receita Federal. **Acompanhamento diário da legislação atualizada da RFB**. Instrução Normativa RFB Nº 1037, de 04 de junho de 2010. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>> Acesso em 20 de abr 2018

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**: volume único. 4ª Edição. Bahia: Juspodium, 2016. *E-book*.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS – COAF. **Lavagem de Dinheiro**: um problema mundial. Brasília/DF, 1999.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Rogério Sanchez; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Fiscolegis. Disponível em: <http://www.netlegis.com.br/indexRC.jsp?arquivo=/detalhesDestaques.jsp&cod=11668>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da; TABAK. Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. **A colaboração premiada compensa?** Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2015. 39 p. (Texto para discussão / Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 1983-0645; 181).

GALESKI JÚNIOR, Irineu. Economia dos contratos. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e Sucedâneos de prova no processo penal Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Março – abril de 2007, nº 65, p. 188, RT.

KIRK, Peter. Lavagem de dinheiro: sujando a macroeconomia. **Finanças e Desenvolvimento**, S.i., n. 1, p.7-9, mar. 1997. Anual.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada 3ª edição, revista, ampliada e atualizada.** Bahia: Ed. JusPODVIM, 2015.

LIMA, Vinícius de Melo. **Apontamentos críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: lei 9613 de março de 1998.** Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Poeto Alegre. Disponível em: <www.amprs.org.br/imagens/LAVAGEM%20CAPITAIS.pdf> Acesso em 20 de abril de 2018.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime; anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.** São Paulo: Malheiros, 2007.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. **Crimes contra o sistema financeiro na virada do milênio.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 83 (esp.), out. 1999, p. 5.

MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a economia popular e sua repressão.** São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena. Impactos macroeconômicos da lavagem de dinheiro. **A Barriguda**, Campina Grande, v. 3, n. 1, p.153-170, 2013.

McADAMS, Richard H. **Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Theory, and Law**. 82 Southern California Law Review 209 (2009).

MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. **A aplicabilidade da delação premiada na nova lei de crime organizado (lei 12850/13)**. 2014. 23 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-Graduação na Escola da Magistratura, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Tópicos essenciais de lavagem de dinheiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, maio 2001.

_____. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo. 2. ed. Atlas, 2013.

MINK, Gisele Fernandes Cardoso. **Lavagem de dinheiro**. 2005. 57 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

MORAES, Sérgio Augusto Santos de. **Combate ao crime de lavagem de dinheiro no Brasil**. Paracatu: S.e, 2015. 14 p.

MORAIS, Neydja Maria Dias de. **O crime de lavagem de dinheiro no Brasil e em diversos países**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7424/o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-nobrasil-e-em-diversos-paises#ixzz3c8CKc6EJ>>. Acesso em: 06 de abr. de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manuel de processo penal e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ODON, Thiago Ivo. Lavagem de dinheiro: os efeitos macroeconômicos e o bem jurídico tutelado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 160, p.333-341, out. /dez. 2003.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão. **Manual de criminologia**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1996.

PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

POLAK, S.. Constituição de companhias Off-Shore. **Revista Contábil & Empresarial**.

POS, Angela Caren dal. Os esforços contra a lavagem de dinheiro. **Revista do Ministério Público do Rs**, Porto Alegre, v. 1, n. 60, p.67-110, ago. 2007.

RAMOS, Leandro Ferreira. **A colaboração premiada no direito penal brasileiro**. 2014. 24 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal, Processus Faculdade de Direito, Brasília, 2014.

RASCOVSKI, Luiz. **A (in)eficiência da delação premiada: estudos de processo penal**. São Paulo: Scortecci, 2011.

RASMUSSEN, Aramis. Evolução da lavagem de dinheiro. **Carpe Diem: Revista Cultura e Científica do UNIFACEX**, Natal, v. 11, n. 11, p.80-97, nov. 2013.

REUTER, Peter; TRUMAN, Edwin M. **Chasing dirty money. The fight against money laundering**. Washington DC: Institute for International Economics, 2005.

RIBEIRO, Paulo Roberto Falcão. **LAVAGEM DE DINHEIRO: ameaça a princípios, direitos e garantias fundamentais**. Brasília, DF: CSP, 2005.

RICHARDS, James R. **Transational criminal organization, cybercrime and money laundering: a handbook for law enforcement officers, auditors and financial investigators**. Boca Raton, Florida: CRC Press, 1998.

ROCHA, Lindomar Mendes. **Lavagem de dinheiro**: uma análise econômica do confisco como uma ação de combate ao crime. 2007. 65 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia de Empresas, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2007.

ROMANTINI, Gerson Luis. **O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a lei 9613/98**, Campinas. Disponível em <<http://libdigi.unicamp.br/document?code=vtls000289843>>. Acesso em 18/04/2018.

ROSENBA, L. **Operações offshore no Brasil**. Disponível em: <<http://www.paraisosfiscais.org/>>. Acesso em: 20 abr 2018.

SAKAMOTO, P. Y. As sociedades offshore no Mercosul como instrumento de planejamento tributário internacional. **Revista eletrônica Faculdade de Ensino Superior Dom Bosco**. ano I, n. 01. Disponível em: <<http://www.facdombosco.edu.br/docs/revista/AS-SOCIEDADESOFFSHORE.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: Procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Jordana Mendes da. **Delação premiada**: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro. 2012. 39 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012.

TRISCIUZZI, Carlos Renato Fontes; MORAES, Melissa Christina Correa de. Benefícios empresariais de implantações offshore: o caso Brasil - Uruguai. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CONTABILIDADE, 18., 2008, Gramado. **Anais....** Gramado: S.e, 2008. p. 1 - 15.

VIEIRA, Herivelton. **O sistema financeiro como meio para o crime de lavagem de dinheiro**. 2006. 71 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

VIEIRA, Vanderson Roberto. **Criminalidade Econômica:** considerações sobre a lei 7.492/86 (lei do colarinho branco), que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. São José do Rio Preto: S.e, 2012.

APROXIMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL PENAL AO SISTEMA JURISDICIONAL ADMINISTRATIVO COMO HIPÓTESE À OBSCURIDADE EXISTENTE ENTRE OS DOIS ÂMBITOS JURÍDICOS

APPROXIMATION OF PROCEDURAL LAW AND CRIMINAL MATERIAL TO THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL SYSTEM AS A HYPOTHESIS TO THE OBSCURITY BETWEEN THE TWO LEGAL AREAS

PAULO NATANAEL VIEIRA LIMA

Advogado. Pós-graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC/PUC Minas).

Resumo: O presente artigo sintetiza a obscuridade que paira entre o sistema jurisdicional penal e o administrativo sancionador, bem como os efeitos que ela produz. Serão apresentadas explicações para esse fenômeno e, ao final, oferecidas hipóteses para a solução desse problema, em que se destaca a aproximação do direito processual e material penal à via administrativa.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Direito Penal. Aproximação.

Abstract: The present article summarizes the obscurity that hovers the judicial penal system and the sanctioning administrative system, with all the possible effects produced. Will be shown explicit explanations for this situation and in the end, will be offered hypothetical solutions for the problem, which approaches the processual law and the penal material in the administrative route.

Keywords: Sanctioning Administrative Law. Penal Law. Approximation

1. INTRODUÇÃO

As sanções são estabelecidas pelo Direito em campos diversos, se destacando aquelas previstas pelo sistema judicial penal e pelo administrativo sancionador, que são aplicadas de forma mais incisiva e abarcam, na maioria dos casos, a coletividade.

No presente trabalho, compreende-se como direito administrativo sancionador o conjunto de sanções administrativas aplicadas em razão de atos contrários ao interesse público, praticados por funcionário público ou pela coletividade de administrados.

Distinguir as sanções administrativas das sanções penais é uma tarefa difícil, pois podem ser abordados diferentes elementos e óticas diversas, como a competência, o meio a ser adotado para aplicação, a finalidade etc.

Para boa parte da doutrina, o que vem a separá-las é tão somente o elemento subjetivo e formal da autoridade competente para aplicá-las, que no âmbito administrativo é exclusivamente da Administração Pública (MELLO, 2004, p. 743), mas esse elemento, por si só, não demonstra capacidade para sustentar a coexistência de conteúdos materiais semelhantes de normas jurídicas administrativas e penais, sendo que possuem princípios e finalidades distintas (enquanto as normas administrativas se acoplam à noção de interesse público, as normas penais buscam proteger os bens jurídicos mais importantes, interferindo o mínimo possível nos direitos dos indivíduos, dado o seu caráter repressivo).

Desse modo, entende-se mais preciso o posicionamento de Nobre Júnior, que considera que o direito administrativo sancionador:

(...) extrema-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinquência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 128).

A partir dessa conceituação, tentar-se-á, ao longo do presente trabalho, oferecer uma delimitação do Direito administrativo e do Direito penal e oferecer métodos para que a zona de penumbra existente entre eles seja dirimida, usando, para tanto, a linha ideológica de Winfried Hassemer.

Tentar-se-á, também, aproximar o processo penal do processo administrativo sancionador, pois entende-se que aquele oferece garantias maiores aos direitos individuais do

rêu, além de possuir um rito denso, capaz de aperfeiçoar a atividade jurisdicional administrativa e diminuir o apelo à via judicial.

Buscar-se-á apresentar os fundamentos da existência de um direito de punir da Administração, bem como evidenciar em que medida esse poder pode expressar *bis in idem* processual e material, dada a possibilidade de processos intercorrentes.

Por fim, tentar-se-á oferecer um método de aperfeiçoamento do sistema jurisdicional sem que importe em um novo ramo jurídico.

2. A CONCEITUAÇÃO DE PROCESSO NO MODELO DEMOCRÁTICO E O REFLEXO NOS SISTEMAS PENAL E ADMINISTRATIVO

2.1. Processo e Procedimento

O pressuposto do exercício da atividade jurisdicional é a própria elucidação da forma que será aplicada a norma de direito material que, por sua vez, fica atrelada ao dinamismo da relação litigiosa entre as partes, necessitando de uma clara observância pelos juristas das normas previstas no ordenamento, que se coadunam ao sistema democrático de direito.

O processo, no período pós-Revolução Francesa, antes de se firmar como garantia constitucional, estava vinculado ao direito material e servia como forma de evitar a interferência estatal nos direitos individuais, pois era característica do regime monárquico a utilização das vias jurisdicionais para interferirem nos direitos patrimoniais dos súditos.

Essa visão liberal de controle estatal deu margem para que vários teóricos se debruçassem sobre o direito formal e elaborassem teorias capazes de explicar e aperfeiçoar o andamento do processo, na tentativa de tornarem mais perceptíveis e congruentes os atos praticados.

Embora voltassem a âmbitos específicos, principalmente o cível, algumas dessas Escolas tentaram fornecer elementos de uma Teoria Geral de Processo, ou seja, um enquadramento de princípios e constatações empíricas capazes de alicerçar as diferentes vias da jurisdição estatal, que se consolidaram em teorias que influenciaram a atividade processual, como, por exemplo, a teoria da relação processual de Oskar von Bülow e a teoria da instrumentalidade de Francesco Carnelutti.

Embora cada uma dessas teorias – e outras que não foram citadas – tenham contribuído para a consolidação do Direito Processual, a que melhor apartou o processo de

procedimento – sem significar independência de termos – foi a teoria constitucionalista do processo, desenvolvida por Elio Fazzalari e que considerou o contraditório o elemento distintivo.

De acordo com o referido doutrinador, citado por Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 100-101), o procedimento é o gênero marcado pela “ausência da qualidade constitucional principiológica do contraditório” e necessita de uma análise técnica para que seja delimitado, desde que afastado o estigma de ato ritualístico e introduzida a concepção de sequência de atos obedientes ao ordenamento jurídico, dado que este é o instrumento que indica o modelo procedimental.

O processo, por sua vez, é uma “espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional” (LEAL, 2001, p. 100), desvinculado de critérios valorativos do juiz e derivado das normas positivadas. Esses elementos próprios do processo refletem um caráter qualitativo do sistema processual, que passa a apresentar uma determinada singularidade em relação ao procedimento, ao passo que se mantém vinculado a esse gênero.

Desse modo, processo se traduz em uma previsão legal anterior, elaborada pelo Poder Legislativo, dotado de uma estrutura de atos sucessivos, que necessita de uma articulação argumentativa das partes e que se concretiza com um proferimento de decisão daquele a quem a lei incumbe a função jurisdicional, desde que fundamentada no ordenamento jurídico vigente.

O elemento distintivo entre processo e procedimento é expresso na Constituição Federal de 1988, pois em seu art. 5º, inciso LV, há a previsão no sentido de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Ou seja, apenas os atos procedimentais que adquirem valor processual, nesses dois âmbitos jurisdicionais, são determinados pelo contraditório e a ampla defesa.

Essa distinção feita por Fazzalari é preponderante para a compreensão do direito processual, pois destaca a importância do contraditório para a realização dos atos que visam o provimento final, além de acentuar a obrigatoriedade da previsão legal para legitimar o sistema procedimental, pois a conformidade com o ordenamento jurídico vigente é seu pressuposto de validade e a certificação de sua legalidade.

Assim, diz-se que os diferentes meios procedimentais estão atrelados à legalidade, enquanto o processo, além de se vincular à legalidade, exige a observância do devido processo para se convalidar.

Destacando a funcionalidade de cada um, impende observar que o procedimento atinge todos os âmbitos da funcionalidade pública, além do seguimento privado, sendo que nem todos os procedimentos são dotados de contenciosidade, daí o motivo de nem sempre ser exigido o contraditório como elemento legitimador. Já o processo, atrelado à contenciosidade e, portanto, ao contraditório, é indispensável aos casos que envolvem direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade (LEAL, 2001, p. 100), pelo fato de o provimento final ser capaz de gerar perdas e danos significativos.

No que se refere aos âmbitos jurisdicionais, essa classificação permite constatar que não importa a matéria que constitui o direito de agir, ela estará imersa em um procedimento voltado à legalidade anterior, ou a um procedimento em contraditório quando dotado de contenciosidade.

Desse modo, seja no âmbito penal ou administrativo, os atos estão vinculados aos institutos normativos do ordenamento jurídico vigente, não podendo se consolidar de modo antagônico à previsão legal. Os atos de mero expediente e de ofício realizados pelos juízes e agentes públicos, subordinam-se, então, somente às normas em sentido amplo, ao passo que a relação entre particulares, ou entre esses e a Administração, subordinam-se, além daquelas, ao contraditório e à ampla defesa, em razão da contraversão de direitos discutida em processo.

2.2 Processo no Estado Democrático de Direito

Feita a distinção entre processo e procedimento, necessita-se abarcar o sentido democrático do processo, que está para além de uma visão instrumentalista e discursiva, pois fomenta as garantias individuais e se desdobra em uma fonte de realização da justiça.

Mais do que um sistema a que se serve o Estado para a realização do direito previsto no ordenamento jurídico, o processo compreende diferentes funções a partir do viés democrático. É uma verdadeira garantia individual, um meio de exercício da democracia dotado de um caráter instrumental e de uma capacidade de concretizar o princípio da legitimidade do poder, incapaz, contudo, de ser reduzido a uma função específica, pois em todos os períodos da História em que limitaram o seu conceito, o processo foi utilizado de forma subversiva.

Como meio de realização da jurisdição, o processo adotou inúmeras facetas, que poucas vezes prezaram por um contorno garantista. A dificuldade de se estabelecer uma natureza, aliado aos interesses de determinados governos, permitiram que o processo fosse utilizado de forma pretensiosa, parcial, dotado de finalidade política e econômica.

Era comum no período absolutista francês a utilização do processo penal, motivado por acusações do clero e da nobreza de certos tipos de crime – como a heresia, por exemplo, com o pretexto de interferir no patrimônio dos súditos, o que culminou em um ordenamento jurídico negativo após a Revolução Francesa, voltado à limitação do poder de agir do Estado, de modo a garantir os direitos individuais dos cidadãos, sobretudo no que tange aos direitos patrimoniais.

Outro exemplo, dessa vez em um período mais recente da história, mais precisamente na primeira metade do século XX, é o processo motivado pelo interesse político, que se tornou uma poderosa arma dos principais regimes totalitários de governo (nazismo e fascismo), pois o Direito, à luz da corrente mais influente da época, qual seja, o positivismo, estava vinculado ao que expressamente estava contido no ordenamento jurídico, o que possibilitou a inserção nos textos legais de normas que mitigavam direitos e garantias individuais processuais dos réus e que contribuíam para decisões de cunho político, esboçando os contornos perversos daqueles sistemas.

Se hoje a sociedade possui determinados direitos e garantias processuais, sustentados por curtos trechos da Constituição Federal, foi graças a uma evolução dos institutos jurídicos. Como diz Hassemer ao se referir ao princípio do juízo natural e à fundamentação das decisões previstos na Constituição alemã: “atrás dessas palavras singelas estão séculos de experiência de dominação, de terror, de tutela e ausência de liberdade – não significando que já tenhamos deixado para trás essas experiências de séculos” (HASSEMER, 2007, p. 24).

Desse modo, diz-se que, “a história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder” (ROCHA, 1997, p. 189), por isso deve-se imergi-lo em uma concepção democrática, pois é fruto de uma evolução do pensamento jurídico atrelado aos interesses da sociedade e voltado à valoração das garantias individuais.

Como afirma Cármen Lúcia:

O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social tem no processo uma forma de

manifestação e realização dos seus princípios. Mas a antidemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio. (ROCHA, 1997, p. 192).

A concepção democrática de processo é fruto de uma gama de teorias, que remodelaram o sistema formal e impediram aplicações deturpadas desse instituto, chegando a uma identificação do processo como meio, uma garantia aos indivíduos de que a jurisdição pode implicar em reconhecimento, em implemento de direitos individuais, sendo capaz de rechaçar a vontade dos indivíduos de realizar sumariamente a justiça e de impedir a atuação com viés finalístico da jurisdição. “O processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade” (ROCHA, 1997, p. 190).

Nas palavras de José Cirilo Vargas (1992, p. 67), “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição”, ou seja, o instrumento plausível que encontra suas diretrizes na Constituição e visa ela defender.

No Estado Democrático de Direito, o processo serve à sociedade, é a base legitimante da cidadania e a estrutura adequada para a realização dos direitos fundamentais. Através de meios que possibilitam o acesso à justiça – que no Brasil não encontra o respaldo devido, o povo torna-se integrante da dinâmica processual, ou seja, um fundo dialógico-popular apto a exigir do sistema jurisdicional – aqui entendido como um conjunto de estruturas procedimentais – a concretização do discurso da lei constitucional democrática.

Além disso, o processo adota a função de limitar o poder político estatal, “pois a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual” (LEAL, 2001, p. 42), elaborada de acordo com os interesses da sociedade.

Essa elaboração normativa, pautada na vontade popular, não deve levar em consideração o povo em sentido icônico (MÜLLER, 2000, p. 103), ou seja, uma ficção construída com base em conceitos democráticos voltados a legitimar os interesses de grupos específicos, não coniventes com o interesse da sociedade. Sob a ótica discursiva habermasiana, o povo está legitimado a integrar todos os sistemas estatais, quais sejam as atividades legiferante, administrativa e judicial, de modo a criar, extinguir e aplicar direitos.

Para que a integralização do povo se concretize, faz-se necessário um aprimoramento do nível intelectual dos cidadãos, de modo a compreenderem a real importância da sua participação na construção do Direito, tanto no aspecto legal (ordenamento jurídico), quanto na aplicação (jurisdição), realizando, desse modo, o seu direito de cidadania e consequentemente o teor democrático a que preza a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desse modo, o processo no Estado Democrático de Direito, se valendo a Constituição como medium institucional (LEAL, 2001, p. 96), é um meio de externalização do poder do povo, uma forma de aprimoramento da aplicação da norma material, uma limitação à atividade estatal e principalmente um exercício de cidadania, que eleva o patamar da Democracia e impede a impositividade de determinados grupos sociais.

2.3 Processo penal e processo administrativo

O processo, como instrumento a que se serve a jurisdição, é único. O que torna singular os diferentes ramos do sistema processual é única e exclusivamente a divisão do trabalho, o que torna o direito processual penal e o direito processual administrativo “faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceu por cissiparidade” (TOURINHO FILHO, 1997, p. 21), qual seja: a jurisdição.

Em um plano geral, a jurisdição não considera existente a distinção dos ramos processuais, o que ocorre são adaptações aos diferentes sistemas para que a dinâmica do processo se adapte ao direito material correspondente, mas mantendo a sua autonomia. Quando o legislador afasta um determinado instituto processual de um determinado ramo jurisdicional, ele apenas considera que outro pode potencializar o resultado. Assim, a integração de um instituto processual diverso, quando não afastada pela lei, é plenamente possível e não causa estranheza, pois é pertencente a uma única jurisdição.

O processo administrativo sancionador visa, nesse sentido, estabelecer meios para que a Administração aplique sanções preventivas aos infratores, pois é de interesse público que os funcionários públicos e os administrados em geral realizem as condutas voltadas ao bem comum. Quando não realizam atividades que são ditadas pela coletividade, esses indivíduos devem cumprir uma sanção prevista em lei, proferida e executada pelo Poder Público – desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa – e que tem uma finalidade preventiva.

Por sua vez, o processo penal busca tornar factível o poder punitivo do Estado a partir da aplicação dos tipos penais, razão pela qual a *sanctio juris* se torna conforme desde que realizada nos preceitos dessa faceta da jurisdição. Seus institutos estão sempre voltados ao poder de agir estatal, delimitando cada etapa da atividade jurisdicional e tentando ao máximo equilibrar a relação entre defesa e acusação, como sustenta o sistema acusatório. Ao dinamizar o direito penal – que, por sua vez, visa proteger o réu do poder punitivo do Estado – acaba também indo nessa direção, ou seja, asseguram direitos individuais do passivo da relação jurídica processual de forma abrangente, mais do que em qualquer outro ramo do Direito.

Essa dinâmica processual, ainda que não exercida de forma categórica pelo Judiciário brasileiro, possui garantias que não são aplicadas com o mesmo rigor que o processo administrativo sancionador, tais como: citação pessoal, direito à interposição de recursos na fase de instrução, imparcialidade do órgão julgador, exigibilidade de defesa técnica, etc., o que configura uma disparidade entre as duas vias jurisdicionais no que tange a impetração de direitos individuais.

O assente constitucional do processo administrativo é claro. Como afirma Odete Medauar:

O processo administrativo encontra respaldo expresso e direto no inc. LV do art. 5º da CF de 1988, que impõe o contraditório e a ampla defesa, com seus desdobramentos, em situações de controvérsia e conflitos de interesse ante a Administração e em situações nas quais se atribuem a pessoas, condutas ou atividades suscetíveis de sanções (acusados). (MEDAUAR, 1993, p. 159).

No entanto, essa processualidade é meramente formal, não possuindo o grau de rigor do processo penal, pois este se estabelece enquanto via protetiva ao réu, enquanto aquele legitima uma atuação dominativa da Administração, que se contrapõe ao sistema de cissiparidade aos casos que interferem nos direitos individuais. A previsão constitucional, desacompanhada de uma aplicação contundente dos pressupostos que tornam o processo administrativo concernente ao interesse do constituinte, torna este sistema ficto.

O conceito da conduta punível pelo Estado, a variedade de sanções e os inúmeros tipos penais tornam o direito material e processual penal objetos de uma análise minuciosa, capazes de acarretar uma variedade de teorias, de modificações legais e de institutos que exigem cautela ao longo da aplicação. A preocupação com a (im)punibilidade torna esse sistema cada vez mais instigante, provocativo, ao contrário do procedimento administrativo sancionador,

que é uma matéria recente, que possui uma finalidade e uma ótica diversas e que se volta mais ao interesse de agir da Administração do que ao potencial lesivo das decisões.

Apenas o ilícito penal parece adquirir relevância do ponto de vista jurídico, razão pela qual os institutos que acompanham o direito material e processual são mais desenvolvidos em relação aos outros ramos do Direito. Se o processo administrativo sancionador tivesse o mesmo tratamento que a seara penal e a doutrina e a jurisprudência analisassem o potencial da sanção e as consequências drásticas patrimoniais, motivadas principalmente pelo inevitável *bis in idem*, os institutos protetivos sancionatórios se tornariam um gênero, que abarcaria o meio punível administrativo sancionador e o penal, e se tornariam observância obrigatória pelo sistema jurisdicional.

Se o Direito brasileiro considera essencial o submetimento do direito punitivo do Estado à qualidade regente do sistema processual penal, em se tratando de prática de ilícitos penais, dado ao seu viés garantista, pode ser aplicado ao processo administrativo sancionador a partir de uma ideia mais abrangente da conduta ilícita e culpável, em que se engloba o ilícito administrativo.

Desse modo, o direito processual penal, ou seja, o “conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como a persecução penal” (TOURINHO FILHO, 1997, p. 29), enquanto instrumento da jurisdição, pode ser aplicado ao processo administrativo sancionador quando este se demonstrar ineficiente do ponto de vista garantista, ou seja, quando não comportar respeito às garantias processuais do indivíduo que se encontra no polo passivo da relação processual.

2.4 Do contraditório e da ampla defesa em processos administrativos

A Constituição Federal de 1988 consagra a garantia fundamental ao devido processo legal, que possui como corolários o contraditório e a ampla defesa, e que refletem no âmbito material e no âmbito formal da aplicação legal (MORAES, 2011, p. 113). Com origem no sistema jurídico inglês, mais especificamente na Magna Charta de 1215, o referido princípio possui a seguinte previsão no art. 5º, inciso LV do Texto Constitucional Brasileiro: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Esse princípio é tão relevante para a efetivação dos direitos assegurados pelo modelo democrático que parte da doutrina considera que a observância de forma eficiente pelos operários do Direito dispensaria a aplicação de todos os demais princípios processuais (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 135), dado que serve como uma limitação de atuação das autoridades públicas e também como delimitação dos demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 48). Esses instrumentos não se estabelecem por conta própria, pois se resultam de um procedimento construtivo no qual aquele que deve aplicar a lei deve participar de forma produtiva, tal como os que sofrerão os efeitos da ação.

O devido processo, enquanto instrumento, é avaliado em termos de eficiência da defesa do direito material subjetivo e “seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 49). Ou seja, não é uma determinação exclusiva do processo judicial, mas uma necessidade de todos os procedimentos jurisdicionais para que consagre os direitos previstos na Constituição, sendo, assim, uma garantia que articula e promove todas as demais, como explica Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional – particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade. (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 21-22.).

O contraditório, princípio vinculado ao devido processo legal, proporciona a dialeticidade entre os sujeitos da relação processual, o direito-garantia de se manifestar e a liberdade de se manter em silêncio, que se traduz em ônus processual se não exercida no prazo legal (LEAL, 2001, p. 104). A partir dessa legitimidade, as partes não só podem como devem orientar a atividade jurisdicional, fazendo com que a decisão seja elaborada com base nos fundamentos levantados ao longo do processo.

A ampla defesa, co-extensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, traduz-se na possibilidade de o indivíduo atuar de forma efetiva na elaboração dos elementos

probatórios, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, na limitação temporal da produção da prova.

O princípio do devido processo legal e seus corolários, quais sejam a facilitação do acesso à justiça, a fundamentação das decisões, o direito à defesa técnica de advogado, entre outros, determinam o cumprimento de elementos que balizam o exercício jurisdicional e asseguram a efetividade das normas, garantindo o andamento regular do processo.

Assim, expressar o devido processo legal significa levar em consideração todos os requisitos que aperfeiçoam a atividade jurisdicional e possibilitam o melhor aproveitamento possível do instrumento, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo. Desse modo, o descumprimento desses elementos – ou o exercício deles de forma precária, torna instável o procedimento e degrada as acepções do devido processo no sistema democrático de direito, corroborando para eventuais abusos da Administração no que concerne ao processo.

A Constituição é clara em garantir o devido processo em todos os âmbitos jurisdicionais, e como foi explicado acima, o processo constitucional só se impõe quando respeitado o critério da ampla defesa, necessitando da defesa técnica para se aperfeiçoar. Nesse sentido, é o entendimento de Rosemiro Pereira Leal:

O Direito de Ampla Defesa, como instituto constitucional expresso no *due process* (art. 5º, LIV e LV, CR/88), com os balizamentos teóricos aqui expostos, só se ergue, em sua efetividade, no direito brasileiro, pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, porque qualquer ato jurisdicional sem a vinculação do advogado é ato ilegítimo pela falta de suporte constitucional à sua validade, conforme estabelece claramente o art. 133 da CR/88: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (LEAL, 2001. p. 177-178).

No âmbito administrativo o princípio do devido processo legal possui várias aplicações e se destaca também como medida anterior de elaboração de normas de caráter sancionatório. As normas infraconstitucionais não podem ser abrangentes a ponto de legitimar que a Administração Pública realize livremente o exercício do poder sancionatório, pois este só se impetra quando assegurado o contraditório e a ampla defesa, no aspecto material e formal (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 137). Nas palavras de Alexandre de Moraes:

(...) embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito

administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa. (MORAES, 2011, p. 113).

Assim, os efeitos do devido processo legal vão além do aspecto prático, refletindo na formação das normas processuais, compatibilizando-as com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Em relação à prática jurídica brasileira, apesar da expressa garantia constitucional do devido processo e da inadmissibilidade da flexibilização dos seus efeitos, o sistema jurisdicional brasileiro permite atos em sentido contrário em relação aos seus corolários, como, por exemplo, na possibilidade de trâmite regular de processo administrativo disciplinar de servidor público sem a nomeação de um advogado, aceita pelo STF, a partir da emissão da Súmula Vinculante nº 5, in verbis: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2008a).

No precedente representativo da aludida súmula (BRASIL, 2008b), o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, alegou que a dispensa de advogado é compatível com o ordenamento, desde que assegurado o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados pelo sujeito passivo, inexistindo violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sustentou também que existem processos judiciais em que é dispensada a assistência de advogado – como no *habeas corpus* e na revisão criminal, e que por tal razão se legitima no âmbito administrativo.

Em sentido contrário, deve-se levar em consideração que a ausência de advogado nos processos judiciais em comento não engendra prejuízo ao requerente ou impetrante, tendo em vista que visa aumentar o rol do polo ativo e tornar menos burocrático o acesso à justiça, ao contrário do processo administrativo disciplinar que gera prejuízo à parte, dado que as decisões nesse âmbito importam sempre em algo negativo ao funcionário público – multa, suspensão ou perda do cargo. Ou seja, enquanto no processo judicial a desnecessidade de advogado possui uma finalidade positiva, no âmbito administrativo significa disparidade de forças e aumento da possibilidade de imposição de decisão prejudicial sem que haja a possibilidade de reconhecer a nulidade do processo.

Esse entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, a partir da mitigação dos efeitos do art. 5º, LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), contraria o próprio entendimento do Pretório Excelso, que ao julgar o MS 20.999-2, que tratava de uma ação

ajuizada por agente público motivada por sua demissão realizada pela Administração, entendeu que nesse artigo:

“(...) o legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos” (BRASIL, 1990).

Ou seja, o STF, em relação ao devido processo no âmbito administrativo, tem-se demonstrado reducionista, caracterizando uma abnegação desse direito fundamental.

3. A OBSCURIDADE JURISDICIONAL ENTRE O SISTEMA PENAL E ADMINISTRATIVO PERPETRADA PELO EXPANSIONISMO PENAL

Um dos principais fenômenos do ordenamento jurídico das sociedades contemporâneas é o denominado expansionismo penal, considerado um marco da globalização, fruto de uma sensação de insegurança coletiva, derivado de políticas criminais simbólicas e punitivistas e que engendra uma reflexão quanto à existência de uma sociedade de riscos (MORAES, 2011, p. 331).

A constante sensação de insegurança, aliada à dependência de respostas estatais imediatas, retiram a potencialidade de solução de conflitos e a garantia da ordem de outros meios existentes – sejam eles jurisdicionais ou não – e transferem ao Direito penal, externalizando uma confiança na eficácia desse âmbito jurídico e o crescimento do viés punitivista da sociedade.

O expansionismo penal, de acordo com Iago Oliveira Ferreira (2014, p. 167), tem como principais características a instrumentalização do direito penal – bem como sua inoperatividade, seletividade e simbolismo –, excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo), descodificação, flexibilização das garantias penais e processuais e caos normativo.

O aumento da criminalização, principal aspecto do expansionismo, para Eugênio Raúl Zaffaroni (1991, p. 27), indica que o sistema penal está sendo montado para que a legalidade processual seja utilizada com alto grau de arbitrariedade seletiva, que seria aplicada aos setores mais vulneráveis da sociedade. Essa seletividade provoca uma reação imediata desses

grupos vulneráveis, pois passam a enxergar a criminalização de condutas praticadas pelos grupos economicamente superiores uma possibilidade de vingança, o que irradia o punitivismo.

A partir disso, esse movimento gera uma obscuridade no sistema jurisdicional, dado que se pauta em um fundamento do direito penal como defesa dos bens jurídicos mais importantes e em uma garantia de limitação do poder de punir do Estado, ao passo que se expande o campo de incidência da norma penal como forma de preservar os interesses da sociedade e a manutenção da ordem pública. Como afirma Ana Carolina Carlos de Oliveira, baseando-se em Hassemer:

O discurso político criminal contemporâneo é outro. Deixa de ver o Direito penal como limite à intervenção arbitrária do Estado, e passa a considerar este um aliado de uma sociedade temerosa dos riscos e ameaças tecnológicas e humanas. O medo do delito é um novo paradigma de debate sobre a política pública criminal. Nesse sentido, Hassemer menciona que o Estado não é mais o Leviathan, mas um parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito penal. Tais mudanças estariam relacionadas a todos os âmbitos da intervenção penal: o Direito penal material, o processo penal, e o discurso político-crime em geral, fazendo com que o Direito penal adotasse como objetivo primordial o alcance da segurança social. (OLIVEIRA, 2012.p. 43-44).

O expansionismo deprecia também a atividade legislativa, pois o legislador passa a analisar se a sanção penal promoverá uma solução rápida e geral do problema, pautando-se, para isso, na vontade popular. Na elaboração do tipo não são levadas em consideração as raízes da criminalidade, muito menos um estudo minucioso da efetividade do Direito penal como meio de impedir as transgressões sociais, tornando exorbitante a quantidade de tipos penais, sem que importe em redução da criminalidade.

A criminalidade é diretamente proporcional à tipificação de condutas, que, por sua vez, tem-se desvincilhado da lesividade, razão pela qual o número de criminosos aumenta no Brasil, sem que isso signifique aumento da prática de condutas lesivas aos bens jurídicos importantes.

A redução da criminalidade passa também pela redução do campo de incidência da norma penal, dado que a inflação de normas penais não importa em uma valorização do sistema punitivo por parte da sociedade, pois a eficácia não está na existência da norma legal,

mas na concepção dos indivíduos de que a prática de determinado ato não se coaduna aos interesses sociais.

O afastamento do direito civil e do direito administrativo promove uma ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevante, o que faz com que o direito penal tenha espaço para ocupar, pois este deixa de se importar tão somente com a potencialidade lesiva das condutas isoladamente consideradas e passa a englobar também os danos cumulativos ou derivados da repetição.

O direito penal, nesse compasso, se descaracteriza, perde a função de *ultima ratio* e se contamina com as características do direito administrativo, gerando uma verdadeira administrativização do direito penal, pois começa a atingir áreas que antes não ocupava, como, por exemplo, na criminalização de condutas contra o meio ambiente e contra o Sistema Financeiro Nacional, previstas nas leis nº 9.605 (BRASIL, 1998) e 7.492 (BRASIL, 1986), respectivamente. Assim, o direito penal passa a ser protetor de interesses da Administração que já estavam protegidos pelo direito administrativo.

Não se desconsidera a potencialidade lesiva de certas condutas, mas a inserção de todos os tipos penais daquelas leis – e de outras que são reflexo desse expansionismo – sobrecarregam o Poder Judiciário e obstam o melhor aproveitamento das vias jurisdicionais, pois a estrutura jurisdicional penal passa a se voltar para condutas penalmente ilegítimas, fazendo com que o campo penal perca seu sentido, a partir da leitura do princípio da *ultima ratio*. A seriedade para a produção das normas penais, exigida por esse princípio, é desconsiderada para a efetiva criminalização. O direito penal é visto como um meio para o cumprimento da finalidade punitivista contemporânea, não mais como um sistema de garantia individual do agente.

Nas palavras de Hassemer:

(...) espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. (HASSEMER, 1993. p. 48).

Com o expansionismo, a lesividade da conduta dá lugar à probabilidade de sua ocorrência, uma presunção absoluta realizada por um juízo anterior, derivado das regras da

experiência ou da vontade de quem exerce o poder. Possibilita também uma intensificação da produção legislativa, que acarreta numa perda de finalidade da norma, pois são estabelecidas diversas sanções, sem que a finalidade de sua existência fique evidente.

Acarreta-se, além disso, a saturação de processos judiciais, o que desvaloriza a atividade jurisdicional, pois a expansão do direito material exige a transferência de casos administrativamente relevantes para a via judicial, que, ao final, por meio dos institutos processuais, são desconfigurados. Explica-se: a tipificação de condutas de menor potencial ofensivo legitima o Estado a processar, mas a decretação de pena de prisão raramente ocorre ao final dos processos, desvalorizando uma atividade que poderia ser feita na via administrativa, com a aplicação de multa ou outra pena que não a restritiva de liberdade.

Não obstante, o expansionismo produz uma dicotomia: de um lado o Estado está legitimado a estabelecer pena restritiva de liberdade a partir da criminalização das condutas; de outro ele se mantém sobrecarregado com os problemas administrativos que a criminalização das condutas produz – principalmente no que se refere ao encarceramento em massa e ao aumento do gasto público com o sistema prisional –, que geram efeitos negativos não só no para o réu, mas para a sociedade como um todo, pois é ela quem arca com tais custos.

Dentre todos esses efeitos, o mais retrógrado se manifesta na aplicação das penas, pois a legitimidade punitiva possibilitada pelo expansionismo orchestra uma duplicidade de via jurisdicional, que macula os efeitos da sanção nos campos penal e administrativo. A transmutação de uma conduta para o status de penalmente relevante não necessariamente afasta o âmbito do direito administrativo, quando deveria ser essa finalidade do sistema.

Para o problema do expansionismo do direito penal, Hassemer delimita a existência de um modelo que permeia o direito administrativo e o direito penal, o qual o autor dá o nome de Direito de Intervenção:

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno” na zona fronteira entre o Direito administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil pelos atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis de mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metódico, mas, então, também, sem a imposição de penas criminais. (HASSEMER, 1993, p. 59).

Para Hassemer (1993, p. 60), com a criação do Direito de Intervenção, o Direito Penal se desprenderia dessa necessidade contemporânea de implantar legalmente resoluções rápidas e impediria que a pena restritiva de liberdade se mantivesse como medida satisfativa a todos os problemas sociais, pois ele considera que essa expectativa de precaver a prática de certa conduta, comum no modelo atual, é algo inalcançável.

O Direito de Intervenção, nesse sentido, não é uma versão menos agressiva do Direito penal, muito menos uma espécie de Direito administrativo, mas uma resposta qualitativa à criminalidade moderna que se apresenta ante o expansionismo penal (OLIVEIRA, 2012, p. 48). Não seria aplicado aos crimes violentos ou os de ampla degradação, mas aos casos que englobam essa nova tendência em promover ação rápida e preventiva aliada à repressão ao perigo de dano.

O Direito penal voltaria a se concentrar na proteção dos bens jurídicos mais importantes e deixaria para o Direito de Intervenção a aplicação das normas oriundas dessa nova política. Englobaria esse novo modelo alguns crimes, contravenções penais, normas sancionadoras de Direito tributário (HASSEMER, 1994, p. 33). Eliminar-se-ia, assim, as condutas de perigo abstrato e o uso instrumental do direito penal, características que exteriorizam o seu caráter simbólico (HASSEMER, 2008, p. 209).

Muito embora tenha se aprofundado no problema do expansionismo penal, como prevê Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012, p. 48), com a proposta do Direito de intervenção, Hassemer não visa anunciar uma solução definitiva para esse fenômeno, mas sim estabelecer um discurso capaz de motivar novas formas de lidar com ele, além de fornecer uma nova atitude ante a esse problema.

Assim, utilizando os fundamentos da teoria de Hassemer e levando em consideração a existência de uma zona de penumbra entre o Direito penal e o administrativo, levantada pelo autor, defende-se a delimitação do ordenamento ante a ocorrência do expansionismo penal, sem, contudo, considerar válida a existência de um ramo autônomo do Direito.

A norma que compõe esse campo jurídico criado por Hassemer não viria a ser delimitada precisamente pelo legislador, ou seja, adquiriria um caráter residual pela incapacidade de se enquadrar no âmbito penal ou administrativo. Seria a exceção ao enquadramento técnico-legislativo da norma, razão pela qual não inibiria o efeito do expansionismo penal.

A delimitação de um novo campo do Direito não exprime efeitos jurisdicionais diversos, dado que as normas continuariam a ser elaboradas com a finalidade punitivista e proporcionariam apenas uma diferenciação quanto à competência para gerir os casos concretos: as normas que viessem a prever em seu preceito secundário a pena restritiva de liberdade manteriam a colocação no Direito penal, enquanto aquelas que estipulam sanções diversas da restrição de liberdade passariam a compor o Direito de Intervenção, o que obstrui o *bis in idem* processual.

Um novo sistema de Direito só teria lugar se o aperfeiçoamento dos sistemas que existem fosse algo insuscetível, o que não é verdade. Os princípios gerais da Constituição – que de certa forma mantêm um padrão entre os sistemas de aplicação de sanção –, aliados ao princípio da eficiência da Administração – fundamento capaz de exigir um rigor técnico-legislativo e técnico-jurisdicional análogo ao sistema penal –, são capazes de transmutar o direito material e processual administrativo para um modelo mais rigoroso e delimitado.

A solução menos impactante seria uma releitura dos tipos penais a partir do princípio da lesividade e da *ultima ratio*, levando em consideração também a efetividade da aplicação das penas. Constatada pelo legislador a desnecessidade de aplicação desse tipo de sanção e não estando prevista uma norma que abarque a conduta que se visa regular, automaticamente se destinaria ao âmbito administrativo, impedindo que uma norma superveniente com viés punitivista conduza-se pelas mesmas razões. O contrário também deve ocorrer: uma norma penal superveniente deve obstar de todos os efeitos a norma administrativa que estabelece sanção.

Delimitado o âmbito da norma, dever-se-á aplicar as normas gerais de direito material e processual penal àquelas que se enquadram no Direito administrativo, dado o viés garantista e a ideia de proteção de direitos individuais que permeiam o sistema penal. Assim, na fase de aplicação de sanção administrativa, os direitos do réu estarão mais bem representados a partir dessa sistemática, pois os abusos praticados sob o fundamento de interesse público passam a ser afastados pela ideia de proteção dos direitos individuais.

Assim, ao invés de o ordenamento se desdobrar em um novo âmbito, pode-se qualificar os existentes a partir dos elementos positivos que possuem, associando-se, ainda, as recomendações de Hassemer quanto à delimitação dos bens jurídicos abarcados pelo Direito penal.

A via administrativa de fato proporciona uma preservação maior de direitos, pois oferece, além de outros fundamentos, a manutenção da liberdade, a não ocorrência de reincidência a não decretação de maus antecedentes etc. Também preza pela realização da atividade que interessa a coletividade, não se dedicando exclusivamente à punição do indivíduo, o que torna o sistema menos agressivo se comparado ao sistema penal contaminado pelo punitivismo.

Assim, o que seria idôneo para o sistema jurisdicional seria o reducionismo do campo penal e o aperfeiçoamento do direito processual e material administrativo, razão pela qual se propõe a aplicação das normas e garantias processuais e materiais penais àquela via, como forma de evitar o exercício do processo na via judicial – e consequentemente a possibilidade de supressão dos direitos, ao passo que também se sustenta a não ocorrência de bis in idem.

4. EXTERNALIZAÇÃO DAS INTERFERÊNCIAS ENTRE OS DOIS ÂMBITOS NO SISTEMA BRASILEIRO

Entre os atos que são próprios da Administração está a garantia da ordem pública e a fiscalização da prestação de serviços desempenhados, que exigem, dentre outros poderes, a capacidade de estabelecer sanções diversas da jurisdição penal para que os contratos celebrados com os particulares (vínculo negocial) e para que a atividade realizada pelos servidores (vínculo hierárquico) e a relação com os administrados em geral sejam adequados ao que o ordenamento preconiza.

As sanções administrativas dividem-se em restritivas de direitos e de natureza patrimonial (multa), são anteriores ao fato e adequam-se à conduta praticada e à finalidade visada pela Administração, que pode ser corretiva ou reparativa (*status quo ante*), mas nunca punitiva.

Essa última finalidade, buscada pelo Estado repressor e não pelo Estado administrador, pertence ao direito penal, que, por sua vez, observa os interesses administrativos durante a tutela dos bens jurídicos próprios da Administração, o que cria uma dupla proteção aos objetos jurídicos e a necessidade de medidas legislativas e judiciais com intuito de delimitar a funcionalidade das medidas repressivas.

A partir dessa possibilidade de dupla punição, o legislador realizou um juízo de valor entre a finalidade punitiva e a reparativa dos crimes tributários, extinguindo a punibilidade das condutas por considerar que a arrecadação é mais importante para o Estado do que a aplicação de pena, ou seja, a vontade do Estado administrador em arrecadar se sobrepõe ao seu interesse punitivo, o que mostra que a resolução em âmbito administrativo do pagamento do tributo pode interferir de maneira positiva no seara penal, pois evita que a liberdade seja atacada mediante a pretensão punitiva do Estado.

Sucedendo, embora o STJ (BRASIL, 2003) entenda que essa extinção pode ser reconhecida em qualquer fase do processo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, essa medida não afasta a reincidência em caso de decretação da extinção de punibilidade posterior ao trânsito em julgado, o que demonstra um descompasso, pois a medida pode ser solucionada administrativamente e manter os efeitos no direito penal, o que não pode prosperar, dado que o pagamento, objeto da tutela, foi realizado.

A tutela pelo direito penal só se justifica quando presente uma vontade de praticar uma grave lesão ao fisco, uma fraude ou evasão fiscal, o que não se faz presente na maioria dos casos, demonstrando uma intenção do Estado de utilizar o sistema penal como instrumento intimidador para receber as contribuições devidas pelos administrados.

Embora seja essa uma das funções do direito penal a exigência de um comportamento social, utilizá-lo como meio acessório é um risco, pois a lesividade que lhe é inerente fomenta uma desqualificação do sistema e o torna aliado vinculado ao direito administrativo, quando lhe deveria ser subsidiário.

5. OS PRINCÍPIOS DA *ULTIMA RATIO* E *NE BIS IN IDEM*: INSTRUMENTOS QUE ASSEGURAM A DINÂMICA PROCESSUAL DOS SISTEMAS PENAL E ADMINISTRATIVO

5.1. Delimitação do controle formal face ao princípio da *ultima ratio*

Com o objetivo de estabelecer certo padrão relacional a sociedade mantém dois tipos de controle social: o informal, que possui normas e sanções que variam de acordo com a instituição pertencente, tais como a família, a igreja e a escola; e o formal, exercido exclusivamente pelo Estado e que possui uma consequência penal em decorrência de uma infração à disposição normativa, sendo delimitada pelo Poder Legislativo.

Nota-se que o controle formal está atrelado a uma aceitação anterior da sociedade, pautada no reconhecimento do Estado como meio de impedir atos abusivos dos particulares, embasado em normas de caráter obrigacional que se fundam na perspectiva atual político-econômica do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, através do instituto normativo:

(...) o sistema penal, mecanismo de controle social formal (Legislativo- Lei Penal- Polícia- Ministério Público- Judiciário- Prisão- ciências criminais- sistema de segurança pública, etc.) constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (família- escola universidade- mídia- religião- moral- mercado de trabalho- hospitais- manicômios), funcionalmente relacionado às estruturas sociais (ANDRADE, 2008).

Ou seja, compete exclusivamente ao Estado a elaboração de normas e as sanções cabíveis em caso de transgressão, a delimitação dos campos em que as normas irão incidir – penal, administrativo, cível – além da capacidade de dizer quem de fato é considerado agente de uma conduta punível, avocando para si, conseqüentemente, o poder de coação.

Sucede que a imposição de sanção varia de acordo com o ramo do Direito, sendo delimitado o grau de importância dos bens jurídicos em uma condição escalonada, ficando o direito penal com a missão de defender aqueles considerados mais importantes pela sociedade, só se justificando sua imposição quando “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito” (CONDE, 1975, p. 60).

Justamente pela possibilidade de aplicação de sanção por ramos do Direito que não o penal, em que se cria uma mitigação dos direitos individuais, sobretudo o direito à liberdade, que se deve estabelecer como medida protetiva aquelas previstas em normas penais e processuais penais (DE CASTRO, 2015, p. 176).

O princípio da *ultima ratio*, que exige tal subsidiariedade do direito penal, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 55), “indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim”, sob risco de restringir direitos e garantias previstas na Constituição Federal, sobretudo à liberdade e ao patrimônio, principais alvos das penas impostas pelo ordenamento. Isto é, o princípio da *ultima ratio* exige que a norma penal, enquanto pertencente ao controle formal, seja fragmentária, aplicada somente em agressões graves aos bens jurídicos considerados imprescindíveis pela sociedade.

Ainda que não previsto expressamente pela Constituição Federal, tal princípio nela se ampara, tendo em vista que é corolário da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos previstos no art. 1º da Magna Carta, “sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito” (BITENCOURT, 2014, p. 49). Assim, ao limitar o controle social formal, sobretudo em relação à matéria penal, o princípio da *ultima ratio* obedece ao mandamento constitucional, impede a interferência excessiva do Estado e preserva as garantias individuais.

5.2. *Ne bis in idem* e repercussão nos processos penais e administrativos

O Estado possui uma única pretensão punitiva, variando apenas os caminhos que a lei estabelece – se o expresse pelo direito civil, pelo administrativo ou pelo penal – para a execução dessa pretensão, devendo ser levada em conta a determinação dos bens jurídicos de cada esfera. Assim, nesse sentido, preceitua Humberto Theodoro Júnior:

Na verdade, ou na essência, o direito processual é um só, porquanto a função jurisdicional é única, qualquer que seja o direito material debatido, sendo, por isso mesmo, comuns a todos os seus ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo. Conveniências de ordem prática, no entanto, levam o legislador a agrupar as normas processuais em códigos ou leis especializadas, conforme a natureza das regras aplicáveis à solução os conflitos, e daí surgem as divisões que individualizam o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual do trabalho etc. (THEODORO JÚNIOR, 2015. p. 4).

Desse modo, diz-se que os campos jurídicos não se confrontam e não se afastam, apenas observam as peculiaridades que a lei determina, pois estão vinculados aos mesmos princípios e voltados essencialmente ao propósito de aperfeiçoar a realização do direito material.

O princípio do *ne bis in idem* reflete tanto na esfera processual quanto na material do Direito. Na primeira, o princípio tem por “objetivo conferir segurança e certeza à pessoa de que o fato pelo qual foi sancionada ou processada anteriormente não será novamente revisto pelo Estado” (TORRADO, 2008, P. 21), além de garantir “que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão” (TORRADO, 2008, p. 306).

Já na segunda esfera, o princípio garante que o mesmo fato cometido por um mesmo sujeito não será passível de dupla punição, sob pena de configurar excesso punitivo do Estado, fato que configura transgressão aos ditames constitucionais, sobretudo ao princípio da

legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e que serve de base para o aspecto substancial do *ne bis in idem* (MASCARENHAS, 2009).

As espécies sanções penais e administrativas pertencem ao gênero sanção jurídica, que pode ser definida como a “consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meios coercitivos” (MELLO, 2005, p. 26). O princípio do *ne bis in idem* é limitador, portanto, do gênero, e não da espécie sanção penal, pois delimita o poder punitivo do Estado no meio jurisdicional penal e administrativo, levando em consideração apenas o aspecto objetivo de punir, ou seja, não importa o aspecto subjetivo do pertencimento da sanção à seara penal ou administrativa para que a dupla punição seja configurada.

Assim, impende observar que em seu aspecto material, o referido princípio supera o âmbito penal e atinge o âmbito administrativo, impossibilitando que uma mesma conduta seja penalizada nas duas esferas, ou duplamente no interior de uma delas (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474). Assim, a mera previsão normativa, que faculta ou exige a aplicação de sanção administrativa para uma determinada conduta, que venha a refletir diretamente no âmbito penal, será afastada pelo princípio do *ne bis in idem*.

No que tange ao processo, a possibilidade de punir da Administração, ainda que motivada pelo princípio da independência das instâncias, fica restrito à observância do princípio do *ne bis in idem*, porque, pela instrumentalidade que é intrínseca à atividade processual, ou seja, pela funcionalidade de servir como meio de aplicação de normas materiais que pertencem ao gênero sanção jurídica, que necessariamente está condicionada à observância do *ne bis in idem*, também a ele se vincula.

Assim, as normas processuais adequam-se ao campo jurídico determinado pelo legislador de forma a garantir a melhor aplicação do direito material, mas mantêm ligação com os princípios gerais que sustentam a atividade jurisdicional, sejam os explícitos no Texto Constitucional ou os implícitos, que compreende o princípio do *ne bis in idem*.

Diz-se que as normas de direito administrativo e penal, seja em relação ao instrumento processual, seja em relação ao direito material, observam os princípios simultaneamente, razão pela qual é errôneo considerar que a independência da jurisdição permite a aplicação de dupla punição em âmbitos apartados, pois o que se leva em consideração não são os meios de jurisdição, mas os efeitos da sanção em dupla via de jurisdição.

Assim, definida a via a que o Estado se serve para exercer a jurisdição e a aplicação de sanção, escolhida pelo legislador, razão aquele não terá para aplicar novamente o instrumento processual e o poder punitivo, pois se exaurem com a propositura da ação e com a execução da sanção respectiva. O legislador, ao definir o âmbito da matéria, exerce um juízo de valor, ou seja, se insere no âmbito administrativo uma situação juridicamente relevante, considera aquele proporcional e suficiente à sua regulação, razão pela qual a superveniência de uma norma penal que dispõe no mesmo sentido – ou em sentido semelhante – deve ser prontamente afastado pelo princípio do *ne bis in idem*. O contrário também é verdade.

Nota-se que essa observância torna democrático o sistema jurisdicional, pois ambas as vias são ditadas pelo princípio da legalidade e, portanto, dependem da vontade do povo para que sejam definidos os meios sancionatórios e a via processual adequada. Incube ao legislador, levando em consideração a vontade popular, definir o que de fato compreenderá cada via jurisdicional, mas a edição de uma norma punitiva destinada a uma via, que venha a refletir em outra, caracteriza uma desproporção do legislador e uma incongruência normativa, pois é um evidente conflito de normas, dado que elas possuem a mesma finalidade, qual seja: punir, devendo ser afastada por descumprimento de princípio. Percebe-se que o *ne bis in idem* opera até mesmo na fase legiferante.

Conforme visto, o que torna uma norma com viés sancionatório afastada pelo *bis in idem* não é a consideração como administrativa ou penal, mas sim o objetivo que ela apresenta, pois a fundamentação que visa legitimar a existência de normas idênticas em âmbitos distintos – que leva em consideração a finalidade diversa do direito administrativo sancionador e do direito penal – embasada, ainda, na independência das instâncias, não tem sustentação, pois esses elementos fomentam uma abstração do sistema jurisdicional, causando problemas irreversíveis aos indivíduos que sofrem os efeitos da aplicação normativa.

6. INDEPENDÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE SANÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS FUNDAMENTOS

6.1. Do princípio da Independência das Instâncias

A segunda metade do século XIX, que foi marcada pelo reformismo francês, teve como marcos a mudança de concepção do Estado e a sistematização do ordenamento jurídico,

possibilitando a criação de uma proposta de separação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, de modo a penalizar os ilícitos administrativos e reduzir o campo de regulação da seara administrativa, sempre sujeita a maiores atuações arbitrárias dos governantes (GUARDIA, 2014, p. 774-775).

Natural do sistema jurídico, a norma penal exige sempre uma justificativa plausível para a imposição da sanção, bem como uma série de garantias ao réu. Transferir o ilícito administrativo para o campo do Direito Penal deveria significar uma série de benefícios aos indivíduos pertencentes à coletividade que porventura incorressem no tipo, dado o caráter protetivo da norma na relação processual penal entre réu e Estado. No entanto, o efeito que esse deslocamento criou foi extremamente negativo, tendo em vista que a mera transferência não importou em impossibilidade de serem criadas novas restrições de Direito Administrativo, que poderiam até mesmo se assemelhar aos tipos penais, o que corroborou para a expansão do sistema punitivo e para a ocorrência da dupla punição (*bis in idem*).

O principal garantidor da possibilidade de dispersão de responsabilidade em diferentes esferas jurisdicionais é o princípio da independência das instâncias, reconhecido pela jurisprudência brasileira. Tal princípio, sob a ótica das obrigações, prevê que uma ação ou omissão é capaz de gerar reflexos em diversos campos jurídicos, o que traduz a necessidade de se estabelecer sanções diversas ao autor de transgressão das normas previstas.

A eficiência é o seu fundamento e o efeito operacional sua medida, dado que para a realização do direito material proposto divide-se a jurisdição em competências. No Direito brasileiro a independência é a regra e a comunicabilidade é a exceção, ocorrendo apenas em determinadas situações. Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 4. É firme a jurisprudência desta Corte quanto à independência e autonomia das instâncias penal, civil e administrativa, razão pela qual o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Somente haverá repercussão, no processo administrativo, quando a instância penal manifestar-se pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria, não sendo o caso dos autos. Precedentes. 5. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2015).

O ordenamento jurídico é compreendido como um elemento integrado, em que as normas estão em constante relação, não sendo admitidas interpretações dispersas, que desconsiderem os preceitos de determinados textos legais. No entanto, as matérias variam de acordo com a relação a que visa regular, o que altera também a sua interpretação e os efeitos a serem percebidos no caso concreto.

Por haver interesses diversos em relação a uma mesma conduta, como, por exemplo, no caso em que o servidor público precisa respeitar os princípios da impessoalidade e da eficiência ao desenvolver seu trabalho, mas resolve praticar indevidamente determinado ato de ofício para satisfazer interesse pessoal, vindo a cometer o crime de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal (BRASIL, 1940), o Poder Administrativo e o Judiciário podem decidir de forma diversa e incomunicável, cabendo a esse último apenas o controle de legalidade dos atos legais daquele.

Ou seja, os efeitos materiais, que são os mesmos em algumas infrações penais e administrativas, não observam as mesmas delimitações, dado que o princípio da independência das instâncias danosamente impede que se desloquem os mesmos níveis de controle de aplicação de sanção penal à sanção administrativa, bem como obsta o submetimento das análises administrativas ao Judiciário.

Assim, em relação ao sistema sancionatório, o princípio se traduz em uma possibilidade de o Estado ocupar a posição de sujeito passivo em diferentes campos jurídicos, concedendo legitimidade para que, concomitantemente, utilize o poder-dever de agir, sem que a aplicação de sanções dúbias configure excesso punitivo.

6.2. Previsão de aplicação de sanções e a supremacia do interesse público

A supremacia do interesse público é vista como uma garantia da própria sociedade, justificada pelo deslocamento de pretensões comuns dos indivíduos para o Estado, que não podem ser supridas por ato dos particulares. Constitui princípio implícito do Direito Administrativo e o objetivo de toda a atividade administrativa, mas não possui um conceito exato, ocupando uma posição entre as zonas de certeza negativa e de certeza positiva (CARVALHO FILHO, 2014, p. 34), cabendo ao intérprete determiná-lo a partir dos elementos do fato – conceito determinável (RIBEIRO, 2010, p. 115).

Para uma parte da doutrina, a supremacia do interesse público possui amplo alcance, sendo afastado o interesse privado em um dado conflito, ainda que alicerçados por direitos fundamentais. Nesse sentido, preceitua José de Carvalho:

Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 34).

Outra parte da doutrina propõe a inexistência de conflitos entre interesses público e privado, vindo a considerar que aquele é apenas uma consequência de uma gama de interesses privados concatenados, que necessitam do Estado para serem efetivados. Assim, cidadão poderia ser contrário a uma determinação social, mas não poderia deixar de reconhecer que ela prevalece no sistema a qual está inserido.

Independentemente da natureza jurídica e a classificação doutrinária, é pacífico o entendimento de que o interesse público é o garantidor do direito de punir da Administração e a sua finalidade. Todos os atos administrativos nesse sentido observam essa razão justamente por ser o seu requisito de validade.

A competência para aplicação de sanção por parte da Administração é derivada dessa supremacia, se dividindo em geral – quando manifestada em face da preservação do interesse coletivo – e especial quando submetida a regime jurídico publicístico (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 127), como, por exemplo, as infrações tributárias.

A forma democrática de se estabelecer os interesses coletivos é a lei, que no Direito Administrativo é vinculado ao princípio da legalidade. Esse princípio, além de restringir a atuação da Administração ao que a norma prevê, possibilita aos particulares realizarem um juízo de valor, comparando as atividades de fato exercidas pelo Poder Público com as disposições normativas (CARVALHO FILHO, 2014, p. 20).

O texto legal concede à Administração a legitimidade para punir e delimita em quais ocasiões a sanção se faz necessária. Aos gestores cabem analisar o preenchimento dos

requisitos de validação punitiva – conduta contrária ao preceito da norma, o relevante interesse público, a autoria, garantindo os efeitos preventivo e corretivo.

Nesse sentido, a coletividade define qual a melhor sanção para tal descumprimento, a norma é criada para satisfazer o interesse público e o administrador está incumbido a efetivar a aplicação ao caso concreto, sem poder desvirtuar do que a norma impõe, sendo assim, um ato vinculado.

Levando em consideração o posicionamento diverso da doutrina, faz-se necessária a realização de algumas considerações. Em primeiro lugar, os interesses privados são levados em consideração ainda que em contraposição ao interesse público, dado que em casos de ocorrência de atos que violam os direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito se posiciona favorável ao interesse privado, dado que o viés democrático assegura a vontade da maioria, mas mantém assegurados os direitos fundamentais da minoria.

Levar em consideração a supremacia do interesse público como respaldo à possibilidade de via independente de jurisdição da Administração, mas sem observar os direitos individuais, aos instrumentos processuais adequados e aos princípios constitucionais do Direito, bem como as normas que instruem a aplicação do direito sancionador (ne bis in idem, lesividade, proporcionalidade etc.), mais do que passível de nulidade, se torna uma conduta lesiva ao próprio sistema democrático.

Assim, a coexistência de interesses privados que sustentam o interesse público não pode determinar a inobservância de direitos fundamentais dos seus subordinados, não podendo se falar em observância de garantias individuais em apenas algumas relações entre particular e Estado, mas em todos os que desafiam os direitos individuais, pois a realização de um processo ou a aplicação de uma sanção que não observam os preceitos fundamentais e tão somente o que se entende por interesse público configura uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito, dado o grau de abstração desse conceito.

O interesse público pode moldar e interferir no comportamento dos indivíduos, mas jamais ultrapassar os limites que o ordenamento lhe impõe, e nesse caso, um processo justo, ou seja, que respeite ao devido processo e seus corolários, bem como uma aplicação única de sanção são necessários.

7. DA ELEVAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AO GRAU DE RIGIDEZ DO PROCESSO PENAL

Viu-se que uma das funções do processo no Estado Democrático de Direito é a de se comportar como instrumento capaz de realizar os direitos materiais a partir de uma ótica discursiva. Como formalidade intrínseca ao exercício da jurisdição, o processo necessita se adequar veementemente aos interesses que são determinados pelo povo a partir de da atividade legiferante.

O processo e o direito material administrativo são densos, têm uma variedade de funções e institutos que pairam sobre diferentes situações fáticas e disciplinam um conjunto de atos, que vão desde as relações entre a Administração e servidores às relações entre aquela e os administrados no geral, passando ainda pelas relações derivadas de celebração de contrato.

A Administração dispõe de diferentes instrumentos para fazer com que o administrado realize uma pretensão ou uma conduta, que podem ter ligação com medidas do Direito Civil – sanção pecuniária na hipótese de descumprimento de encargo, por exemplo – e do Direito Penal – adoção de força disciplinada.

Independentemente da via que o legislador estabelece para que o ato seja executado pela Administração, todas aquelas medidas que necessitam de um processo anterior, ou seja, um procedimento em contraditório inerente às discussões que causam perda ou redução de um direito individual, na sistemática processual-administrativa atual, não têm o conjunto de garantias materiais e processuais que são determinantes para a cimentação de uma pretensão naquele sentido.

O direito administrativo sancionador, mais do que uma faceta do Direito Administrativo, encontra semelhanças no campo penal, mas reúne defeitos graves que abarcam os dois ramos do Direito, quais sejam: a superficialidade do sistema administrativo sancionador e a interferência em bens e direitos que são características do sistema penal.

O Direito Penal, por ser o campo do ordenamento mais concentrado e mais intricado do ponto de vista lesivo, capaz de produzir efeitos na família, no trabalho e em todos os demais institutos que fazem parte da vida do réu, possui um rigor normativo e técnico para a sua realização. Não basta o surgimento de um fato juridicamente relevante para que a pena seja aplicada, ao contrário do instituto da reparação civil por exemplo, que pertencente ao

direito privado, em que o dever de indenizar surge com a realização da conduta, a existência do dano e o nexo de causalidade, sem, contudo, exigir a presença do dolo. Da mesma forma, são levadas em consideração as circunstâncias próprias do fato para que a pena aplicada seja a mais justa possível.

Visto como um sistema de garantias, o ordenamento jurídico-penal se projeta com uma forma de proteção ao réu frente ao Estado executor, sendo uma construção ideológica derivada de anos de desenvolvimento da dogmática penal, impossível de ser comparado com o sistema administrativo sancionador, ainda embrionário se comparado com as outras facetas do Direito.

A disciplina com que é tratado o processo penal e a observância dos direitos do réu são determinantes para que o Estado execute o seu direito de punir, pois quaisquer equívocos do juiz ou do Ministério Público interrompem ou deslegitimam tal anseio, não sendo irrazoável que o mesmo cuidado seja utilizado pela Administração quando for necessário o uso de sanção.

Alguns princípios, tais como o da lesividade, da *ultima ratio* e da retroatividade da lei, apenas contornam o direito administrativo, sem adentrá-lo a ponto de ocupar o mesmo patamar daqueles que norteiam a atividade administrativa estatal (eficiência, moralidade, impessoalidade etc.), mostrando uma preocupação excessiva do legislador com a externalidade dos atos praticados pela Administração, sem necessariamente se importar com os efeitos individuais causados àqueles que com ela se relacionam.

Como condicionantes da própria aplicação de sanção pelo Estado, os processos penal e administrativo disciplinar encontram similitude quanto ao meio de exercício do direito material, razão pela qual, tal qual o direito material, devem ter uma construção simétrica, que permita uma aproximação cada vez maior entre esses dois meios jurisdicionais.

A Constituição Federal de 1988 deu o primeiro passo nesse sentido ao exigir a observância ao devido processo nos âmbitos administrativo e judicial, cabendo ao legislador infraconstitucional, à doutrina e à jurisprudência persistirem nesse caminho. Alguns doutrinadores já demonstram essa preocupação, como é o caso de Izaías Dantas Freitas (1999, p. 121), que considera que “os princípios reitores do Direito Processual Penal, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, o da verdade real, o da publicidade e o da economia processual, são aplicáveis ao Direito Administrativo Disciplinar.”

Os institutos e regras que norteiam a atividade jurisdicional não são singulares, incabíveis em determinados âmbitos, e sim flexíveis para solidificarem a aplicação do Direito, razão pela qual se deve buscar dinamizar o processo e evitar ao máximo a perda de direitos, que se intensifica na seara penal. Com a integralização da via penal – processo e direito material – ao sistema jurisdicional administrativo, evita-se a abstração das decisões administrativas e impossibilita a intercorrência de processos em âmbitos jurisdicionais distintos, capazes de gerar a incidência de dupla punição.

Para Fábio Medina Osório (2011, p. 147), “(...) um dos grandes desafios contemporâneos é, justamente, o de aproximar e tornar mais harmônicas tais atividades – administrativa e judiciária –, na tutela de idênticos bens jurídicos, o que pode ocorrer desde distintas vertentes teóricas, institucionais e normativas”.

A intenção é justamente reunir o que os dois âmbitos têm de positivo: busca-se utilizar o sistema de proteção penal e as garantias de devido processo legal alinhados ao modelo de processo penal, de forma a aplicá-los ao processo administrativo sancionador, na intenção de torná-lo bem estruturado e capaz de responsabilizar-se pelas matérias que sempre lhe pertenceram, sem que subsistam reflexos no campo penal, que, como visto, é capaz de constituir *bis in idem*.

Em relação ao Direito Penal, os princípios limitadores do direito estatal de punir encontram aplicação também no Direito Administrativo Sancionador, pois, em se tratando de dubio interesse sancionatório, em dubiedade se demarca o poder do Estado, em todas as funções por ele exercida. Nesse sentido, afirma Edilson Pereira Nobre Júnior:

(...) não é despidendo suster que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, §2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas. Fincado esse remate, resta-nos mencionar, neste tópico, quais os balizamentos, emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração. Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos substancial e formal. Eis alguns deles: a) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f) *non bis in idem*; g) *non reformatio in pejus*. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 130).

O princípio da legalidade, enquanto condicionante da atividade legislativa, encontra respaldo no sistema administrativo e traduz-se em verdadeiro fundamento da segurança jurídica, pois visa proteger o cidadão de qualquer arbitrariedade e excesso de poder punitivo (CONDE; ARÁN, 1991, p. 74) estatal, compreendendo nesse sentido a função administrativa,

dado que exige que os preceitos voltados à aplicação de sanção sejam congruentes, precisos e sem ambiguidade.

Já o princípio da culpabilidade adquire força no âmbito administrativo por impedir que da ocorrência do resultado ocorra naturalmente aplicações de sanção (responsabilidade objetiva), exigindo, para tanto, requisitos que tornem o indivíduo administrativamente responsável, como, por exemplo, a exigibilidade da conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, no que se refere ao direito administrativo sancionador, além de determinar a compatibilidade da sanção à conduta praticada, exige moderação para infrações de menor potencial ofensivo (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 130). Essa determinação é vista de forma extensiva, atingindo os administradores, pois, de acordo com Bitencourt (2014, p. 67), “todos representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais”.

Em relação ao processo, várias medidas aplicadas à instrução penal são plausíveis no sistema administrativo. Além do *ne bis in idem* processual e o devido processo legal, já mencionados, podem ser determinantes no aspecto qualitativo da instrução administrativa sancionatória a inadmissibilidade de tribunal de exceção; o oferecimento de recursos para uma comissão própria, seguindo o modelo de instâncias dos Tribunais; a isonomia processual; a publicidade dos atos decisórios e o processo acusatório.

A Constituição Federal consagra o princípio do juiz natural e explicita a inadmissibilidade de tribunal de exceção em seu art. 5º, XXXVII (BRASIL, 1988). Trata-se de uma garantia fundamental aplicável a todos os meios jurisdicionais que preconiza a existência de um juízo anterior ao fato dotado de legitimidade para sua apuração, razão pela qual toda e qualquer contrariedade a essa disposição deve ser declarada inconstitucional.

No sistema processual administrativo, no entanto, encontram-se diversas ofensas a esse ditame constitucional. A Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), por exemplo, que dispõe sobre o processo administrativo disciplinar, prevê em seu art. 151, inciso I, que a comissão processante é constituída depois da existência do fato tido como infração funcional. Uma evidente contradição ao dispositivo constitucional que, no entanto, foi respaldada pelo Supremo Tribunal Federal.

A publicidade, por sua vez, é respeitada parcialmente no âmbito administrativo. Ao contrário do processo judicial, é pacífico o entendimento de que os atos processuais no sistema administrativo disciplinar só poderão ser acessados em sua integralidade com o proferimento da decisão, ou seja, é inadmitido o acesso aos autos do processo na fase de instrução, o que impede o conhecimento geral dos possíveis vícios daquela fase, além de não se tornar evidente a condução do processo pelo administrador competente.

Em relação ao proferimento da decisão, impende observar a necessidade de se criar uma comissão julgadora imparcial que se destine a todos os tipos de matéria, não se limitando aos processos administrativos disciplinares, o que fomenta a amplitude das análises técnicas e a precisão das decisões.

Atualmente, conforme sustenta Giovanni Leone (1961, p. 16), o processo penal tem por finalidade a atuação do poder jurisdicional, sendo que a intervenção deste poder está condicionada ao exercício da ação e se desenvolve e se conclui com a participação de três sujeitos na dinâmica processual: autor, juiz e réu. O processo administrativo, por sua vez, não possui uma delimitação precisa da atividade jurisdicional, principalmente no que tange aos sujeitos da relação processual. A autonomia da Administração lhe permite gerir atos processuais sem que existam órgãos autônomos com capacidade decisória. A relação processual administrativa, portanto, não obedece ao sistema trigonal, característico do sistema processual penal, voltado à imparcialidade do órgão julgador e à delimitação de funções, o que contamina o processo e torna a decisão repleta de vícios.

Em relação ao sistema acusatório no processo administrativo disciplinar, sustenta Antônio Carlos Alencar Carvalho que:

(...) não se tem admitido que quem tomou parte das investigações e exarou um juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do sindicado, considerando patentes a autoria e materialidade de infração administrativa, venha depois compor a comissão que irá conduzir o processo administrativo disciplinar, porque teria vulneradas sua isenção e plena independência/imparcialidade (art. 150, caput, L. 8.112/90), requisitos indispensáveis dos componentes do trio instrutor e acusador. (CARVALHO, 2007).

Percebe-se uma preocupação em aproximar o PAD do processo penal acusatório, em que são delimitadas as funções das partes e orquestrado um meio de afastar o contato do juiz que exercerá a função de julgar com as provas produzidas na fase de investigação. Entende-se, em consonância com o posicionamento do autor, que mesmo que a função da comissão

seja processar e jogar de acordo com os interesses da Administração, pode-se muito bem criar uma estrutura que possibilite o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a imparcialidade em todos os sistemas jurisdicionais, pois a preservação das garantias individuais não se prende ao Poder Judiciário.

É inegável a importância dessa abrangência do sistema acusatório aos processos administrativos disciplinares, mas seria ainda mais significativa se houvesse uma extensão desse sistema ao processo administrativo sancionador em sentido amplo, ou seja, aquele que engloba tanto os processos voltados à aplicação de sanção aos funcionários públicos, quanto aos processos que visam punir atos cometidos por particulares, como, por exemplo, em infrações tributárias.

Por serem utilizados pela jurisdição para a realização do direito material vigente, os processos das vias penal e administrativa – e todas as demais – devem ser norteados pelos mesmos princípios (princípios gerais) além das especificidades adaptáveis conforme a mudança da sociedade. Com o expansionismo penal, característica da contemporaneidade, que cria um aumento dos tipos penais e tornam a delimitação entre o direito penal e o direito administrativo volátil, deve-se encontrar meios de lhes aproximar. Nesse sentido, afirma Roque Jerônimo:

“Os princípios básicos norteadores do processo administrativo são, portanto, os que orientam os processos judiciais. Os princípios que regem o processo administrativo versando sobre uma controvérsia, são aqueles que orientam o processo civil, quanto ao processo administrativo disciplinar, guarda relação com os princípios que fundamentam o processo penal. A teoria geral do processo administrativo disciplinar deve ser construída inspirando-se nos princípios norteadores do processo penal, em face da similitude existente entre estas duas espécies processuais. Ambos visam à apuração de fato que, se comprovados, resultam na aplicação de pena.” (ANDRADE, 2019).

8. CONCLUSÃO

Com base nas elucidações referentes ao processo, viu-se que a aproximação entre os ramos é possível graças à generalidade de institutos constitucionais que dinamizam a realização do procedimento em contraditório e graças à aplicação de um sistema de garantias individuais capaz de nortear as relações processuais administrativas, qual seja o processo penal.

Também restou elucidado que o punitivismo contribui para uma abstração da norma penal, gerando o expansionismo penal, que tem por consequência a administrativização do direito penal, fenômeno que pode ser combatido com o aprimoramento das vias jurisdicionais existentes.

Viu-se que o sistema administrativo, embora não tenha a estrutura do sistema penal, pode passar por uma reformulação e se tornar um instrumento capaz de afastar a utilização do meio judicial penal, seja pela delimitação dos bens jurídicos que possui ou pela eficácia de sua aplicação. Vários fatores contribuem para a existência de uma zona de penumbra entre o ramo administrativo e o penal, razão pela qual as medidas de adequação devem passar pelos meios legislativo e jurisdicional.

Realizadas essas adaptações, respeitados os pressupostos necessários para a aplicação de sanção e compatibilizada a norma penal à administrativa, tem-se indícios suficientes para concluir que de fato a aproximação é uma medida plausível, pois aprimorará toda a estrutura do Direito e impedirá aplicação descompromissada das normas existentes.

A via administrativa deixaria de ser um instrumento de exercício arbitrário do Poder Público e passaria a garantir os direitos individuais daqueles que estão sujeitos à sanção. Além disso, o aprimoramento passaria a externalizar o êxito do campo administrativo, capaz de moldar a consciência dos indivíduos em relação à potencialidade das decisões, não mais se legitimando a adoção extrema à via do Direito penal.

9. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roque Jerônimo. O Processo Administrativo e o Princípio Constitucional de Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/teses/Roque%20Jeronimo.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a Criminologia (e qual a Criminologia) é importante no ensino jurídico?. 18 mar. de 2008. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1168>. Acesso em: 29 jan. de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva: 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 115 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 22.258/DF. Relator: Min. OG Fernandes. 22 fev. 2017. Diário do Judiciário Eletrônico, 2 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575460&num_registro=201503023630&data=20170302&formato=PDF>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 45.182/MS. Relator: Min. OG Fernandes. 22 set. 2015. Diário do Judiciário Eletrônico, 5 out. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1446042&num_registro=201400581385&data=20151005&formato=PDF>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81.929-0/RJ. Relator: Cezar Peluso, 16 dez. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 27 fev. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78900>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 20.992-2/DF. Relator: Min. Celso de Mello. 21 mar. 1990. Diário da Justiça, Brasília 25 mai. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85397>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 31.207/DF. Relator: Dias Toffoli. 18 dez. 2012. Diário do Judiciário Eletrônico, 25 fev. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4213595>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 434.059/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. 7 mai. 2008b. Diário do Judiciário Eletrônico, Brasília, 11 set. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 5, de 7 de maio de 2008a. Diário do Judiciário Eletrônico, Brasília, 16 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10344/o-principio-da-imparcialidade-no-processo-administrativo-disciplinar-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores-e-regionais-federais>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. Lecciones de Derecho Penal. Sevilla: Tirant Lo Blanch, 1991.

CONDE, Francisco Muñoz. Introducció al Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1975.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.colider.mt.gov.br/Transparencia/fotos_downloads/14384.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2019.

DE CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de Castro. Direito Administrativo Sancionador: Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 42, n. 137, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/381/315>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA, Iago Oliveira. A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 3, p. 149-188, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001067034>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141, p.119-128, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/455>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

GUARDIA, G. E. R. S. (2014). Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 109, p. 773-793, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Safe. 2008.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 8. p. 41-51, out./dez. 1994. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1994;1000492747>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

HASSEMER, Winfried. Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: ESMP, 1993.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. Napoli: Jovene, 1961.

LUHMAN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MASCARENHAS, Marcella Alves. O Princípio “Ne Bis In Idem” nos Âmbitos Material e Processual sob o Ponto de Vista do Direito Penal Interno. Revista de Direito da Unigranrio, Duque de Caxias, vol. 2. n. 2. dez. 2009. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/issue/view/58>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22. p. 25-57, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜLLER, Frederich. Quem é o povo?. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 2000.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499/45245>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>>. Acesso 31 mai. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável, em Supremacia do Interesse Público, obra colet., Atlas, 2010, p. 115.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, n. 136, p. 189-222, out./dez. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287>>. Disponível em: 18 mai. 2019.

ROXIN, Claus. Derecho penal – Fundamentos: La estructura de lateoría del delito. Tradução de Diego-Emanuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método. 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVEIRA, Sandra Caldas F. da et al. Sanções Administrativas: Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico. Caderno de Logística, v. 1, set. 2015. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador. 2008. 569f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 1997.

VARGAS, José Cirilo de. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZANOBINI, Guido. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. Milano: Dott A. Giffré Editore, 1958.

REGULAÇÃO DO *BITCOIN* E ENFRENTAMENTO DE CRIMES DE LAVAGEM DINHEIRO: TRATAMENTO NOS ESTADOS UNIDOS, PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA UNIÃO EUROPEIA, RECOMENDAÇÕES DO GAFI E O PROJETO DE LEI Nº 2.303/2015.

BITCOIN REGULATION AND COPING WITH MONEY LAUNDERING CRIMES: TREATMENT IN THE UNITED STATES, EU LEGISLATIVE PROPOSALS, GAFI RECOMMENDATIONS AND BILL No. 2,303/2015.

THIAGO AUGUSTO BUENO

Procurador da República em Manaus. 2018-2019 Mestrando na Universidade Católica de Brasília

Resumo: O objeto do presente artigo é verificar o marco regulatório do bitcoin, no tocante ao enfrentamento da prática de crimes de lavagem de dinheiro. Para tanto, toma-se por análise o quadro regulatório dos Estados Unidos e as propostas trazidas no âmbito da União Europeia, além das Recomendações do GAFI. A partir de pesquisa qualitativa e exploratória é feito um comparativo desse quadro internacional para então se analisar os caminhos que vêm sendo discutidos no Congresso Nacional, através do Projeto de Lei nº 2.303/2015.

Palavras-chave: *Bitcoin*. Lavagem de dinheiro. Regulação.

Abstract: This paper studies the bitcoin's legal treatment, specifically about money laundering crimes. It analyses the USA law, the European Union proposals and the FATF's Recommendations as well. By this, the paper, using qualitative and exploratory research, compares the situation abroad and, then, examines the discussions in Brazilian National Congress about the subject (Projeto de Lei nº 2.303/2015).

Keywords: Bitcoin. Money laundering. Regulation.

1 INTRODUÇÃO

O *bitcoin* é a tecnologia pioneira e mais difundida de criptomoeda que ganhou os noticiários mundiais por conta da volatilidade de seu valor e de seu emprego em casos de crimes cibernéticos. Mas muito mais do que isso, o *bitcoin* é uma tecnologia que, de um modo revolucionário, permite a transmissão de valores entre seus usuários sem que para tanto seja necessária a intervenção de governos ou bancos, o que tem atraído a atenção da mais variada clientela, dentre ela, agentes do crime de lavagem de dinheiro.

A fim de buscar diminuir a incidência dos crimes de lavagem de dinheiro através do uso de *bitcoins*, os Estados e organizações internacionais têm se debruçado sobre diversas questões acerca da aplicação da legislação regulatória, especialmente do sistema financeiro, a essa nova tecnologia. Esse é o objeto do presente artigo, analisar as possibilidades regulatórias do *bitcoin* tendo em vista o combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

Para tanto, inicialmente, são feitas breves anotações para a compreensão das potencialidades do *bitcoin*. Após, é analisada, a viabilidade da aplicação das regulações existentes nos EUA, no tocante à lavagem de dinheiro, à nova tecnologia, e o esforço da União Europeia na elaboração de regramento eficaz do tema. Além disso, são tratadas as ponderações feitas pelo GAFI na matéria. Por fim, é trazido o panorama da discussão entre as autoridades brasileiras.

2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A TECNOLOGIA DO BITCOIN

O *bitcoin* é uma tecnologia de livro-caixa digital, cujo desenvolvedor até hoje é uma incógnita. O certo é que, em 2008, foi lançada, em uma lista de discussões de programadores, uma pesquisa assinada por Satoshi Nakamoto, cuja real existência não se tem confirmada até hoje (há muitas especulações acerca de sua identidade, inclusive, de que, na verdade, tenha se tratado de um trabalho coletivo). A pesquisa denominada *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic*

*Cash System*¹ trazia ao mundo mais uma tentativa de desenvolvimento de tecnologia para transmissão de valores dissociada dos governos e sistemas bancários (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016).

As transações envolvendo *bitcoins* se utilizam de técnica de criptografia por *blockchain*. Criptografia, em apertada síntese, é o estudo de meios para transmissão de informações a fim de que apenas o emissor e o destinatário tenham acesso, de modo a ser preservado seu conteúdo da indevida intromissão de terceiros. O que se busca, com o emprego de criptografia, é a transmissão de uma mensagem de forma segura, garantindo-se que somente seu destinatário terá acesso ao conteúdo. Pelo que, ainda que seja extraviado o instrumento de transmissão da informação (escrito, desenho, fotografia etc.), com a criptografia, se busca que seu conteúdo não possa ser acessado por outrem que não o destinatário. Existem técnicas de criptografia que remontam à Antiguidade, tendo seu desenvolvimento chegado à era digital e culminado com o desenvolvimento da tecnologia *blockchain*.

Em uma análise mais simples, os sistemas que operam como *blockchain* se utilizam de programas de computador desenvolvidos para a descentralização de dados, compartilhando os registros de forma difusa entre os integrantes do programa (cada um dos usuários), de modo que cada operação promovida por um desses “nós” (cada um dos usuários) acresça um novo bloco ao registro geral, que pode ser consultado por cada um dos usuários, garantindo segurança e confiança a cada uma das operações e, via de consequência, ao sistema todo (HAYNES; O’BROLCHÁIN; REIJERS, 2016). É essa mesma tecnologia de criptografia por *blockchain* a empregada pelo *bitcoin*, com a especificidade que se trata de um sistema voltado para o registro de operações de entrada e saída de valores, um verdadeiro livro-caixa.

Através desse sistema difuso, espalhado em computadores de usuários dedicados a tanto, o *bitcoin* se vale de cada uma dessas máquinas como um nó de sua rede, de modo que cada uma desempenhe as funções de realizar, registrar e conferir a autenticidade das operações, conferindo legitimidade e segurança, sem a necessidade da intervenção de um terceiro, seja o Estado ou uma instituição financeira (BLUNDELL-WIGNALL, 2014).

¹ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2009. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: maio 2018. Versão em português disponível em: <http://www.usandobitcoin.com.br/files/BitcoinPaper_Portugues.pdf>.

As operações realizadas através do *bitcoin* exigem a utilização de duas chaves, uma privada e outra pública. A chave privada funciona como a assinatura de cada usuário. Os *bitcoins* são armazenados em carteiras digitais (aplicações que permitem o registro das operações de débito e crédito de cada usuário), cujo acesso é restrito a seu titular (CASEY; VIGNA, 2015). É através da chave privada que se autoriza a transferência dos valores em *bitcoin* de uma carteira para outra, sendo disposta somente a seu titular.

Já a chave pública serve para conferir legitimidade às transações, permitindo que sejam auditadas por qualquer usuário, uma vez que toda operação gera uma chave pública com o registro das carteiras, valores, data e hora, dados que ficam dispostos à consulta.

Outro ponto fundamental para compreensão do funcionamento do sistema *bitcoin* é a natureza difusa do registro de seus dados. No *bitcoin* não há a concentração das informações referentes às operações em um único ou em poucos servidores centrais. Em verdade, cada um dos nós do sistema, ou seja, cada um dos computadores nos quais estão instalados o programa, funciona como ponto de registro de todas as operações. Há uma rede de computadores ligados ao mesmo sistema, espalhados pelo globo, dedicados ao registro das operações.

O funcionamento de todo esse sistema se assenta nos registros das transações feitas pelos nós da rede. Cada operação gera uma chave pública diferente, que decorre da realização de complexos cálculos matemáticos, que, dada a dificuldade na sua elaboração, exigem grande consumo de energia. Sem essas máquinas dedicadas a tanto, o sistema utilizado pelo *bitcoin* seria impraticável, justamente porque está fundado em uma rede difusa de computadores trabalhando para sua manutenção. Como estimular a continuidade dos computadores nessa rede? Essa pergunta foi respondida por Satoshi Nakamoto através do reforço da mineração.

A mineração nada mais é do que uma recompensa atribuída pelo próprio sistema do *bitcoin* aos usuários que dedicam seus computadores para a manutenção da rede, permitindo que suas máquinas resolvam os complexos cálculos matemáticos que registram as operações de crédito e débito entre as carteiras virtuais. Ao conceder a utilização de seu computador para tanto, a cada operação que a máquina realiza é creditada uma fração de *bitcoin* à correspondente carteira. Observe-se que, tal como organizado, o sistema do *bitcoin* é autossustentável, já que foi disposto de modo que há estímulo para a manutenção de sua difusão, ponto fundamental para a consecução de seu fim.

De se registrar, ainda, que o *bitcoin* foi desenvolvido de modo que há um limite na sua emissão. A atividade de mineração, que gera o ingresso de unidades de *bitcoin* no sistema, tem um limite máximo de alcance, de tal forma que, tal como os minerais físicos, seu estoque é limitado. O número máximo de *bitcoins* a serem minerados, ou seja, gerados pelo sistema mediante a remuneração dos computadores que dão sustentação à rede, é de 21 milhões. Disso decorre que tal como o ouro, o *bitcoin* também é um recurso não renovável. Segundo a programação do *bitcoin*, suas 21 milhões de unidades serão geradas até o ano de 2140. No entanto, ocorre que em janeiro de 2018 já se havia registrado a emissão de 80% dos *bitcoins*. Pelo que, que a atividade de mineração ficará cada vez mais difícil e cara.

Por fim, outra característica importantíssima do *bitcoin* é sua independência em relação à atuação de um terceiro, seja um governo ou uma instituição financeira. No sistema bancário os correntistas precisam da atuação do banco para enviarem valores de uma conta para outra, pagarem contas ou realizar qualquer outra operação. Tudo isso é feito mediante o pagamento de taxas e outros valores em favor da instituição financeira. O mesmo ocorre nas operações realizadas por meio de cartões de crédito, onde há a cobrança de valores pelas operadoras em razão da utilização dos serviços de crédito e débito dispostos, bem como nas remessas de dinheiro de um país para outro envolvendo instituições financeiras com representação internacional. Assim, um trabalhador que queira enviar dinheiro para sua família em outro país precisará contratar os serviços remunerados de uma instituição financeira, normalmente cobrando altos valores.

Esse cenário muda completamente com a adoção do *bitcoin*. Nesse caso, as transações são realizadas com a tecnologia *peer to peer* (ponto a ponto), ou seja, diretamente entre as partes envolvidas, sem a necessidade da atuação de um terceiro intermediador. É feito o registro de débito de determinado valor da carteira virtual da qual se origina o montante e, de outra parte, a anotação de crédito na carteira virtual destinatária, de forma direta, sem a intervenção de qualquer entidade privada ou governamental.

Ao contrário das instituições financeiras que são entidades que centralizam as informações e o controle das operações e de seus clientes, o *bitcoin* é um sistema difuso, que funciona sem que seja necessário um terceiro que atue como ponto nuclear, a quem coubesse a guarda das informações e a autorização das operações de transferência de valores. Não há uma autoridade central do sistema *bitcoin* que tenha atribuição para legitimar e registrar os usuários e as transações.

Em apertada síntese, o *bitcoin* é um sistema de livro-caixa digital que permite a transferência de valores entre seus usuários através da técnica criptográfica de *blockchain*, de forma difusa, e sem a necessidade de participação de terceiros.

3 REGULAÇÃO DO *BITCOIN*

O *bitcoin* é um instituto novo, que não foi adequadamente regulamentado pelos Estados. Seu enquadramento legal encontra dificuldades, justamente em razão de seu funcionamento não depender de autorização de governo ou da participação de algum terceiro que centralize o gerenciamento de suas informações e funcionalidades.

Ocorre, no entanto, que a falta de regulação traz uma série de dificuldades e incertezas não só aos governos, como também aos usuários da novel tecnologia. Essas lacunas legislativas são terreno fértil para a utilização do *bitcoin* com fins ilícitos, como a prática de delitos de lavagem de dinheiro e fraudes aos usuários da moeda digital.

3.1 A legalidade do *bitcoin*

Quando se trata de regulação, a primeira dúvida que surge é acerca da legalidade do *bitcoin*. É o *bitcoin* legal? Seria necessária a autorização do governo para a emissão dos *bitcoins*? A resposta desses questionamentos passa pela análise do monopólio da emissão de moeda pelos Estados nacionais. O fundamento do monopólio estatal na emissão da moeda é impedir sua disputa com outra moeda privada. No caso do *bitcoin* não se verifica essa concorrência, considerando que sua liquidez é limitada, não encontrando ampla aceitação, de modo a rivalizar com a moeda nacional.

É senso comum dos manuais de economia que a moeda se presta, basicamente, a três propósitos, servindo como (i) meio de troca, (ii) unidade de contagem, e (iii) reserva de valor (MANKIW, 2011). Por liquidez se entende a facilidade com a qual um ativo pode ser negociado para aquisição de outros bens e serviços (MANKIW, 2011). Assim, a moeda é, por excelência, o ativo com maior liquidez, já que tem como uma de suas funções servir como meio de troca.

No caso do *bitcoin*, em que pese haver registro da sua utilização para a compra de imóveis (ALERIGI JR. 2017) e, inclusive, do funcionamento de caixa eletrônico em São Paulo para o saque, em reais, do ativo virtual (TOZETTO, 2014), seu emprego, atualmente, ainda acaba adstrito ao mercado *on line*. Além disso, conforme apontado por YERMACK (2013), o grande volume das transações envolvendo *bitcoin* é de cunho especulativo, objetivando lucro com a oscilação da cotação diária e não propriamente para a aquisição de bens.

Conforme apontado no Relatório do Parlamento Europeu (EUROPEAN PARLIAMENT, 2018), em abril de 2018 o mercado total de capitalização de todas as moedas virtuais girava em torno de 300 bilhões de dólares, enquanto que o montante de dólares era de 14 trilhões, de modo que é inviável se cogitar qualquer competição das moedas virtuais com as moedas estatais.²

Diferentemente do *bitcoin*, o caso *Liberty Dollar Saga* é um bom exemplo de moeda privada que quis competir com a moeda estatal. Bernard Von NotHaus começou a imprimir e confeccionar papel-moeda e moedas metálicas de *Liberty Dollar* nos Estados Unidos, em 1998. Em 2006, a Casa da Moeda norteamericana (US Mint) editou um comunicado alertando acerca da ilicitude da moeda privada (UNITED STATES MINT, 2006). Ao final, Von NotHaus foi condenado em 2011 por contrafação de moeda³. Nesta situação, note-se que houve efetiva cunhagem de moedas, o que não ocorre com *bitcoin*.

Pelo que, inexistente possibilidade de se confundir o papel-moeda com as representações de *bitcoin*, que são apenas virtuais. Nessa toada, também tendo como parâmetro os Estados Unidos, MEREDITH e TU (2014) fazem referência ao julgamento da Corte do Distrito Ocidental da Pensilvânia que concluiu que tíquetes de papéis trocados para a passagem em uma ponte não se constituem em papel-moeda ilícito, uma vez que não são similares a cédulas de dólares em tamanho, desenho e material.⁴

A propósito, Relatório do Parlamento Europeu sobre moedas virtuais e política monetária de bancos centrais, de junho de 2018 (DABROWSKI e JANIKOWSKI, 2018, p.22), consignou que:

² Em janeiro de 2019 já havia ultrapassado os 14 trilhões. Disponível em: <<https://fred.stlouisfed.org/series/MABMM301USQ189S>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

³ Verdict Form, United States v. von NotHaus, 5:09CR27-V (W.D.N.C. Mar. 18, 2011).

⁴ United States v. Monongahela Bridge Co. 26 F. Cas. 1292, 1291-93 (W.D. Pa 1863) (No 15,796)

Analizando as características tecnológicas das moedas virtuais, pelo menos algumas delas (como o bitcoin), se tem que elas oferecem a chance de eliminar ao menos uma parte das desvantagens mencionadas do dinheiro privado. A transparência do seu funcionamento e a predeterminação do algoritmo da sua criação reduzem informações assimétricas e o risco de excesso de imissão. Entretanto, suas exclusivas formas digitais, o bastante complicado e alto trabalhoso mecanismo de criação e a falta de política para suas aceitações com lastro legal em qualquer jurisdição (pelo menos em um futuro próximo) limitará suas circulações e seu usos, de modo que serão improváveis competidoras à soberania do dinheiro.⁵

Dessa forma, a menos que haja lei vedando o uso de *bitcoin*, tal como ocorre na Argélia, Bolívia, Emirados Árabes Unidos, Egito, Marrocos, Nepal e Paquistão (LOC, 2018), a utilização da criptomoeda, por si só, não é ilícita. Assim, a questão da legalidade do uso do *bitcoin* deve ser vista à luz do ordenamento jurídico local.

Por outro lado, a política de banimento do *bitcoin* é de quase nenhuma valia, em decorrência das suas características intrínsecas de descentralização, alcance global e desnecessidade da intervenção do Estado ou de um terceiro, o já citado Relatório do Parlamento Europeu tem orientação aos Estados no sentido de que não legislem pela vedação das moedas virtuais (EUROPEAN PARLIAMENT, 2018).

De qualquer forma, não se pode confundir a utilização de *bitcoin* com a prática do crime de moeda falsa. Mesmo nos países que adotaram a política do banimento da moeda virtual, a eventual utilização do *bitcoin* não pode ser entendida como figura análoga ao crime de moeda falsa, já que não se trata de falsificação de papel-moeda de curso legal no país, e sim no exercício do poder Estatal de vedação da utilização da criptomoeda como meio de pagamento ou de reserva de valor.

3.2 Regulação do *bitcoin* nos Estados Unidos

Além de ser o país onde foram desenvolvidas as primeiras legislações de combate à lavagem de dinheiro, se tomou como referência os Estados Unidos em razão da maior difusão

⁵ Looking at the technological characteristics of VCs (Subsection 2.2), at least some of them (like Bitcoin) offer the chance to eliminate at least part of the above-mentioned disadvantages of private money. The transparency of their functioning and the predetermined algorithm of their creation reduce information asymmetry and the risk of over-issuance. However, their exclusively digital form, the quite complicated and labour-intensive mechanism of their creation, and the lack of political willingness to accept them as official legal tender in any jurisdiction (at least in the near future) will limit their circulation and use and make them unlikely competitors to sovereign money

do uso do *bitcoin*⁶. Tendo por parâmetros os marcos regulatórios aplicáveis ao sistema financeiro daquele país, passaremos a analisar o cabimento de sua aplicabilidade ao *bitcoin*.

3.2.1 *Disciplina do Bank Secrecy Act (BSA)*

O *bitcoin* ganhou o noticiário mundial em razão do caso do *site Silk Road* (WEISER, 2015). Na aludida plataforma, cujo acesso era feito através da *Deep Web*⁷, se disponibilizava a compra e venda de armas, drogas e outros produtos ilegais, sendo o *bitcoin* utilizado como meio de pagamento das transações, justamente em razão da não identificação imediata do titular da carteira virtual. Ross Ulbricht, acusado de ser o administrador do *site*, foi condenado, em fevereiro de 2015, pela justiça de Nova York, à prisão perpétua pelos crimes de lavagem de dinheiro, “hackeamento” de computadores e conspiração para o tráfico de drogas (HIGGINS, 2015).

A partir da constatação do potencial do uso do *bitcoin* para a prática de crimes, como lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo, as autoridades norte-americanas passaram a dedicar mais atenção às criptomoedas. No tocante à prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao terrorismo, há legislação específica desde 1970. Cuida-se do *Bank Secrecy Act (BSA)*, que exige das instituições financeiras, especialmente, a emissão de relatórios e cadastros com fins de instrução de procedimentos criminais, fiscais ou administrativos ou na condução de atividades de inteligência ou contrainteligência, incluindo análise, para a proteção contra o terrorismo internacional, conforme dispõe a seção 5.315, de modo que o governo possa ter conhecimento e controle sobre os recursos que circulam nos bancos e, via de consequência, na economia nacional (CALLEGARI; WEBER, 2017).

Após várias alterações desde sua edição em 1970, as disposições do *BSA* exigem das instituições financeiras: (1) relatórios de transações suspeitas; (2) a manutenção de registros de transações volumosas ou suspeitas; (3) a submissão a revisões de *compliance* de sua política anti-lavagem de dinheiro; e (4) o desenvolvimento de métodos de identificação de

⁶ O *site* <https://coin.dance/volume/localbitcoins> mostra os dados das operações de *bitcoin* com divisão por países, se destacando o maior volume realizado nos Estados Unidos.

⁷ O termo *Deep Web* é utilizado para designar páginas da internet que não podem ser indexadas pelos buscadores, como o *google*. Geralmente esses *sites* são criptografados, sendo necessária a utilização de ferramentas específicas para acessá-los, como o navegador Tor. (BARBOSA, 2018)

clientes potencialmente perigosos – medidas conhecidas como Conheça Seu Cliente - *Know Your Costumer (KNY)* (MEREDITH; TU, 2014, p. 322).

O *BSA*, editado em 1970, tinha sua aplicabilidade original voltada às “agências financeiras” e às “instituições financeiras”, institutos que não se adequam às novas tecnologias. A dificuldade da aplicação do *BSA* ao *bitcoin* repousa, em grande parte, na característica da descentralização da criptomoeda.

Para dirimir eventuais dúvidas acerca da sujeição das criptomoedas ao *BSA*, a unidade de inteligência de crimes financeiros do Departamento do Tesouro do governo dos Estados Unidos (*Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN*), editou, em março de 2013, um guia voltado a administradores, usuários e controladores de corretoras virtuais de cibermoedas (FINCEN, 2013). No aludido documento, o *FinCEN* define moedas virtuais:

Moeda virtual é um meio de troca que funciona como uma moeda estatal em alguns ambientes, mas não tem os atributos de uma moeda real. Em particular, moedas virtuais não tem a chancela legal em nenhuma jurisdição. Este guia trata das moedas virtuais conversíveis. Este tipo de moeda virtual tem um valor equivalente em moeda real ou age como substituto para uma moeda real (tradução livre).⁸

O guia traz, ainda, distinção entre *user*, *exchanger* e *administrator* (usuário, corretor e administrador, respectivamente, em tradução livre). O usuário (*user*) é definido como aquele obtém moeda virtual para usar como pagamento em negociações de bens e serviços. De seu turno, o corretor (*exchanger*) é quem organiza como negócio a conversão de moeda virtual em moeda real, fundos ou outra moeda virtual. Pelas disposições do guia, é considerado transmissor de dinheiro (*money transmitter*) e se submete às normas do *BSA*. Por fim, administrador (*administrator*) é a pessoa que organiza, como negócio, a introdução em circulação de uma moeda virtual, tendo a autoridade para sua retirada de circulação. Essa última figura somente se aplica aos casos de moedas virtuais centralizadas, como a *Amazon Coin*⁹, desenvolvida pela Amazon.com para a negociação de produtos e serviços no próprio site (BRITO; CASTILLO, 2013). De forma totalmente diversa do *bitcoin*, nesse caso há um

8 “virtual currency is a medium of exchange that operates like a currency in some environments, but does not have all the attributes of real currency. In particular, virtual currency does not have legal tender status in any jurisdiction. This guidance addresses “convertible” virtual currency. This type of virtual currency either has an equivalent value in real currency, or acts as a substitute for real currency.”

9 About Amazon Coins. Disponível em: <<https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=201357530>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

órgão central que concentra todas as informações dos usuários e transações envolvendo o ativo virtual.

Interessante notar que o guia do *FinCEN* estende a aplicação do *BSA* ao *exchanger* e ao *administrator* e não ao *user*, já que a atividade deste último não se amolda à definição de serviços de transmissão de dinheiro (*money transmission services*), de modo que ao usuário não se exige o registro junto ao *FinCEN*, a emissão de relatórios, a manutenção de registros, medidas relacionadas a serviços de transmissão de dinheiro (*money service business – MSB*), decorrentes do *BSA*. No entanto, como bem anotado por Brito e Castillo (2013), há situações nas quais o usuário não está interessado em comprar produtos e serviços com seus *bitcoins* (definição do usuário – *user*), podendo agir motivado, por exemplo, por interesse especulativo, por confiar mais no ativo virtual do que na moeda física local (especialmente em localidades com severa crise cambial) ou para enviar dinheiro para familiares em outros países. Nesses casos há clara lacuna das normas do *FinCEN*, não restando claro se deve ou não ser tratado como transmissor de moeda e, via de consequência, se reportar à disciplina específica, com a exigência de emissão de licença e fornecimento de informações à autoridade específica.

O *FinCEN* define como serviços de transmissão de dinheiro (*money transmission services*) “A aceitação de moeda, fundos ou outros valores que possam ser trocados por moeda de uma pessoa e a transmissão de moeda, fundos ou outros valores que possam ser trocados por moeda para outra localidade ou pessoa por qualquer meio”.¹⁰ Na concepção do *FinCEN*, o administrador (*administrator*) ou o corretor (*exchanger*) que aceite e transmita uma moeda virtual conversível ou que realize compra e venda dessas moedas virtuais, por qualquer que seja a razão, é um transmissor de dinheiro e, sendo assim, se submete às normas da agência.

Pelo que, as autoridades norte-americanas diferenciam o usuário comum de moeda virtual do corretor da criptomoeda e do administrador de uma nova moeda virtual, dispensando tratamento diferente ao primeiro, em relação aos outros dois. A razão para tanto repousa na constatação de que é absolutamente ineficaz a oposição de eventual exigência ao usuário comum de *bitcoin* ou de outra criptomoeda, na medida em que a descentralização,

¹⁰ the acceptance of currency, funds, or other value that substitutes for currency from one person **and** the transmission of currency, funds, or other value that substitutes for currency to another location or person by any means.

difusão e alcance global do sistema inviabilizam qualquer tentativa de impedir o acesso do sistema. Como não há nenhum órgão central que gerencie e organize as informações da rede *bitcoin*, somada a desnecessidade de identificação civil para seu acesso, não é faticamente viável obstar a utilização do sistema.

Situação diversa, no entanto, ocorre com a *exchanges*, que são as corretoras virtuais que administram carteiras de usuários. Para ter acesso aos serviços das *exchanges*, os usuários precisam fornecer seus dados pessoais, de modo que é possível que sejam exigidas as informações de interesse das autoridades do governo. Além disso, com o registro dos titulares das carteiras sob administração da corretora, é possível identificar os usuários envolvidos nas transações realizadas na rede *bitcoin*, já que os códigos de cada uma das carteiras constantes das operações são públicos, de modo que possam ser auditados por qualquer usuário, a fim de conferir legitimidade ao sistema.

Por fim, de se anotar que, segundo o guia do *FinCEN*, os sujeitos que se dedicam à atividade de mineração de *bitcoin* também estariam adstritos às normas do *BSA* quando realizem a troca das moedas virtuais por moeda real, já que nessa situação seriam considerados transmissores de dinheiro. Ele não se aplicando quando utilizam as moedas virtuais para a compra de produtos e serviços.

Assim, sob as regras do *FinCEN*, somente os usuários do *bitcoin*, individualmente considerados, e os mineradores que não troquem a moeda virtual por moeda real não estão adstritos às normas do *BSA*.

3.2.2 Aplicação do *State Money Transmitter Law*

Outro instrumento normativo presente no direito norte-americano é o *State Money Transmitter Law*, cujo objeto é a tutela dos meios eletrônicos de transmissão de valores e pagamentos que não são realizados por bancos, mas sim por outras instituições que se utilizam da internet para tanto (TU, 2013: 82). Diferentemente do *bitcoin*, há um terceiro que centraliza as informações e se responsabiliza pela realização das operações demandadas. Pela tecnologia em análise, o usuário se cadastra no *site* da aplicação e passa a dispor da possibilidade de efetuar pagamentos de bens e serviços e transferência de valores através de sua conta lá registrada. Para melhor ilustrar, tome-se o exemplo do consumidor que, ao invés de utilizar seu cartão de crédito para pagamento de uma compra realizada na internet, decide

usar dos serviços de um agente transmissor de valores a que tenha previamente se cadastrado. Nesse caso, o comprador não terá vinculação direta com o vendedor quanto ao pagamento, já que este terá sido feito pela aplicação em nome do real comprador.

A preocupação primordial da legislação norte-americana acerca do tema não é a prevenção da lavagem de dinheiro e do terrorismo, como o *BSA* (BRITO; CASTILLO, 2013), mas sim a proteção do consumidor, de modo a assegurar a integridade da transmissão de valores por ele ordenada (GREESPAN, 2011). No entanto, como há efetiva transmissão de valores através desses serviços, em que pese a diversidade da legislação dos Estados, há uma série de informações que são requeridas para obtenção da licença para funcionamento, entre elas a manutenção de registros das operações e o envio de relatórios das transações à autoridade governamental (TU, 2013, p. 82), medidas que, claramente, tem aplicação no combate à lavagem de dinheiro.

Caso que ilustra bem o uso espúrio dos serviços de transmissão eletrônica de valores para a prática de crimes de lavagem de dinheiro é o do *Liberty Reserve* (UNODOC, 2014). O *Liberty Reserve* era uma plataforma de pagamento digital fundada em 2006 na Costa Rica. Pela aplicação, o cliente realizava o depósito de valores em sua conta vinculada, o que lhe permitia, em um segundo momento, a realização de transferências para outros usuários, que poderiam utilizar a plataforma de qualquer localidade com acesso à internet, conferindo alcance global à tecnologia. Para cadastro no *site* e utilização de seus serviços, se exigia apenas nome, *e-mail* e data de nascimento, denotando a inexistência qualquer mínima preocupação com a identificação dos clientes.

Em 2013, a Corte Federal do Distrito Sul de Nova York condenou o sócio fundador Vladimir Katz, cidadão norte-americano, pela prática de crimes de conspiração para a prática de lavagem de dinheiro, conspiração para a operação de uma empresa não licenciada de transmissão de dinheiro e fraude em casamento. O sócio fundador Arthur Budovsky, costarriquenho, foi preso na Espanha, em abril de 2013 e extraditado para os Estados Unidos em outubro de 2014. Em janeiro de 2016 ele firmou acordo com a justiça norte-americana, no qual reconheceu a prática de crimes de lavagem de dinheiro que atingiram o montante de 250 milhões de dólares (THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 2016). Antes de o *site* do *Liberty Reserve* ter sido bloqueado pelas autoridades dos EUA, em maio de 2013, a aplicação tinha mais de 5 milhões de contas cadastradas.

Diferentemente do *bitcoin*, aplicações como o *Liberty Reserve* não são descentralizadas. Operam a partir da concentração das informações em uma autoridade central que legitima as transações e os usuários, sendo, dessa forma, plenamente cabível e factível o registro dessas informações e sua transmissão às autoridades estatais, o que não se aplica ao *bitcoin*, justamente, em razão da sua já citada descentralização.

3.2.3 *Aplicação do Federal Securities Regulations.*

Outro tratamento cuja aplicação se discute ao *bitcoin*, nos Estados Unidos, é o de *commodity* (BRITO; CASTILLO, 2013). Há registro de decisão da Corte Distrital do Distrito Oriental do Texas reconhecendo que certos tipos de transações envolvendo *bitcoins* se adequam à definição de investimento prevista no *Exchange Act of 1934*¹¹ (MEREDITH; TU, 2013), diploma que regula a matéria. Nesse caso, seria aplicável a regulação elaborada pelo *Commodity Futures Trading Commission (CFTC)*, órgão responsável pela elaboração da normativa com incidência em matéria de commodities e mercados, e pela *Securities and Exchange Commission (SEC)*¹², ligado à *CFTC*, algo próximo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no Brasil.

O objetivo da regulação promovida pelo *CFTC* e pela *SEC* é a proteção do mercado e dos consumidores (MEREDITH; TU, 2013). Não se olvide que o *Exchange Act of 1934* foi editado em decorrência da crise que se instalou na economia dos EUA, com repercussão mundial, após a quebra da bolsa de Nova York em 1929. À época, o Congresso, após a realização de diversas audiências com diferentes setores, editou o *Exchange Act of 1933* e o *Exchange Act of 1934*, como meio de intervir no mercado para salvaguarda da saúde financeira do setor (MAHONEY, 2009).

A definição de *commodity* conferida pela *CFTC* é de que se cuidam de “bens, artigos, serviços, direitos e interesses objetos de contratos para entrega futura, formados em contratos

¹¹ SEC v. Shavers, No. 4:13-cv-00416, 2014 WL 4652121, at *8 (E.D. Tex. Sept. 18, 2014).

¹² U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. **Focusing on main street.** Disponível em: <<https://www.sec.gov/>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

atuais ou no futuro”.¹³ Além disso, conforme apontam Brito e Castillo (2013), *bitcoins* são artigos que podem ser objetos de contratos futuros.

No entanto, as características próprias do *bitcoin* tornam ineficazes as obrigações impostas pela *CFTC* e pela *SEC*. Conforme declaração do próprio presidente da *SEC*, Chayman Jay Clayton, em junho de 2018, o *bitcoin* não é um valor mobiliário, justamente por conta de sua descentralização.¹⁴ Mais uma vez, a descentralização é o ponto fundamental da distinção do *bitcoin*. A inexistência de um órgão central que gerencie e trate os dados de usuários e que legitime as transações, esvazia a atuação do órgão estatal regulador do mercado financeiro, tornando inócua qualquer disposição nesse sentido (MEREDITH; TU, 2013).

3.2.4 Regulação do *Electronic Fund Transfer Regulation (EFTA)*

O *EFTA* tem como propósito a proteção dos consumidores, estabelecendo responsabilidades às instituições financeiras no que toca às transferências eletrônicas de valores (BRITO; CASTILLO, 2013). Aludida regulação define transferências eletrônicas de valores como sendo “qualquer transferência de fundos, ou outra transação originada de cheque, ordem de pagamento ou instrumento similar de papel, iniciado em um terminal eletrônico, aparelho de telefone, computador ou fita magnética que ordene, instrua ou autorize uma instituição financeira a debitar ou creditar uma conta”.¹⁵

De plano, se verifica sua aplicação foi desenvolvida para instituições financeiras, o que exclui o *bitcoin*. Como já tratado outrora, a descentralização do *bitcoin* impede a requisição de informações a um órgão central, já que ele não existe. Assim, a disciplina do *EFTA* também não se aplica ao *bitcoin*.

¹³ “goods and articles... and all services, rights, and interests... in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in”. 7 U.S.C. § 1a (9). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/1a>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

¹⁴ CNBC. Disponível em: <https://www.cnbc.com/video/2018/06/06/sec-chairman-cryptocurrencies-like-bitcoin--not-securities.html?__source=cnbcmbedplayer>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹⁵ “any transfer of funds, other than a transaction originated by check, draft, or similar paper instrument, which is initiated through an electronic terminal, telephonic instrument, or computer or magnetic tape so as to order, instruct, or authorize a financial institution to debit or credit an account.” - 15 U.S.C. § 1693a (7), Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1693>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

3.3 Regulação do *bitcoin* na União Europeia

Dado o impacto das transformações digitais no mercado financeiro, com o advento das novas tecnologias que ultrapassam o alcance da regulação usual dos Estados e os limites de suas fronteiras, tal como ocorre com as criptomoedas, a Comissão Europeia criou uma Força Tarefa de Tecnologia Financeira (*FinTech – Financial Technology*), com o objetivo de coordenar as políticas dos Estados membros da União Europeia na matéria (COMISSÃO EUROPEIA, 2017). Como resultado dessa força tarefa, foi editado um Plano de Ação, em março de 2018 (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

Pelo aludido documento, a União Europeia se coloca com a pretensão de ser uma plataforma mundial para *FinTech*, com o objetivo de criar um ambiente propício para o desenvolvimento de tecnologias de *blockchain*, serviços em nuvem e inteligência artificial, além de incentivar iniciativas relativas ao incremento da segurança digital e da preocupação em facilitar o acesso a essas inovações (COMISSÃO EUROPEIA, 2018). O Plano de Ação é parte de uma estratégia para a construção de uma União de Mercados de Capitais para oferecimento desses serviços, intitulado de *Capital Markets Union (CMU)*. Além disso, outra ambição do Plano de Ação é a formação de um Mercado Único Digital (*Digital Single Market*), cujo objetivo é eliminar as barreiras entre os Estados Membros, de modo que possam ser acessados facilmente bens e serviços digitais.

O Plano de Ação desenvolveu, ao longo de 19 passos, as estratégias para estimular o uso das novas tecnologias, aumentar a segurança e a integridade do sistema financeiro. Dentre as iniciativas trazidas no âmbito da Comissão Europeia, se destaca a criação do Laboratório da União Europeia de *FinTech (EU FinTech Laboratory)*, destinado ao desenvolvimento de provedores de tecnologia, em um espaço não comercial e a criação, em fevereiro de 2018; e do Observatório e Fórum de *Blockchain*, com o propósito de “acompanhar as tendências e as evoluções neste domínio, congregar as competências necessárias para tratar as questões setoriais e intersetoriais e explorar soluções conjuntas para a utilização de cadeias de blocos e estudar os casos de utilização desta tecnologia fora das fronteiras da eu”.¹⁶

¹⁶ Versão em português Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0109&from=EN>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

Por sua vez, o Parlamento Europeu editou o documento *Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead* (DABROWSKI e JANIKOWSKI, 2018), em junho de 2018, no qual discute eventuais riscos da suplantação das moedas virtuais às moedas emitidas pelos bancos centrais dos Estados, concluindo pela inexpressividade desse risco atualmente, em razão do uso restrito das moedas virtuais. A fim de dar suporte a essa afirmação, traz os já citados dados de que o montante movimentado por todas as moedas virtuais, em abril de 2018, atingiu a cifra de cerca de 300 bilhões de dólares, enquanto que, a movimentação de dólares americanos, no fim de 2017 se aproximou de 14 trilhões (em janeiro de 2019 já havia ultrapassado a cifra dos 14 trilhões).¹⁷

Outra conclusão importante do documento é a de que os Estados não devem ignorar as moedas virtuais, nem tentar a adoção de políticas de banir sua utilização. Conforme apontado anteriormente, o caráter global, transfronteiriço e descentralizado das moedas virtuais torna inefetiva a adoção de posições de exclusão de seu uso, já que, ainda assim, será possível o acesso ao sistema *Bitcoin* nos limites territoriais daquele Estado.¹⁸ A publicação encoraja os Estados a harmonizarem suas legislações como forma de buscar tutelar de forma mais efetiva os interesses de proteção do mercado financeiro, dos consumidores e evitar a prática de crimes.

De maior destaque no cenário europeu, no tocante ao combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo com o uso de moedas virtuais são as Diretivas do Parlamento Europeu relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, em especial a última alteração decorrente da Diretiva (UE) 2018/843, de maio de 2018, conhecida como *Fifth Money Laundering Directive* (5MLD) (DIRECTIVES, 2018). Cuida-se de documento, no âmbito da União Europeia, com ditames para a regulação interna da matéria. A partir da sua publicação, os Estados têm 18 meses para se adequarem às novas disposições.

De início, interessante notar que o 5MLD trouxe definição de moeda virtual e de prestador de serviços de custódia de carteira, da seguinte forma (p. 12):

“Moeda virtual”: uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja

¹⁷ FRED. Disponível em: <<https://fred.stlouisfed.org/series/MABMM301USQ189S>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

¹⁸ Essa também foi a conclusão do documento *Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead* (DABROWSKI e JANIKOWSKI, 2018).

necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que pode possa ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrônica; “Prestador de serviços de custódia de carteiras”: uma entidade que presta serviços de salvaguarda de chaves criptográficas privadas em nome dos seus clientes, com vista a deter, armazenar e transferir moedas virtuais.

A normativa traz a previsão do estabelecimento de maiores exigências no tocante à transparência da utilização das moedas virtuais, de modo a se buscar diminuir as situações do uso anônimo desses serviços. Como forma de atingir esse objetivo, em resumo, os Estados da União Europeia devem adequar suas legislações a fim de exigir o registro junto às competentes autoridades locais das corretoras virtuais (*exchanges*) e dos serviços de custódia de carteiras virtuais que pratiquem serviços de conversão de moedas virtuais, que, por sua vez, ficam obrigadas a adotar medidas de: (1) coleta de informações de políticas de *KYC* (*Know Your Costumer*) e *CDD* (*Costumer Due Diligence*) de seus clientes; (2) reforço dos procedimentos de cuidado, em se tratando de clientes que apresentem indicativos de alto risco, como nas situações que envolvam operações com países classificados como de risco elevado (*high-risk third countries*); (3) monitoramento das transações; e (4) apresentação de relatórios de transações suspeitas (*Suspicious Activities Report – SAR*) nas situações em que haja indicativo de risco.

Na prática, as corretoras virtuais (*exchanges*) e os serviços de custódia de carteiras virtuais terão, no tocante à política de combate à lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo, as mesmas obrigações das instituições financeiras. Se buscou permitir que as unidades de inteligência financeira dos Estados possam ter acesso a dados de endereço e identidade dos titulares de carteiras virtuais, em busca da minoração do anonimato (item 9).

Com a implementação do *5MLD* nos estados integrantes da União Europeia, se almeja a aproximação das políticas locais de combate à lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo por meio de moedas virtuais, a fim de que se consiga reduzir o anonimato dos envolvidos nas transações e, via de consequência, se tenha maior controle dos valores movimentados por meio de moedas virtuais. A nova diretiva, reconhecendo o caráter transfronteiriço dos ativos virtuais, se preocupa com a coordenação internacional para assegurar um ambiente normativo que permita o desenvolvimento de adequados instrumentos estatais de controle.

De toda forma, como apontado no estudo, também produto do Parlamento Europeu, intitulado *Virtual currencies and terrorist financing: assessing the risks and evaluating*

responses (EUROPEAN PARLIAMENT, 2018), o 5MLD não previu a extensão dos deveres de prestação de informações às corretoras virtuais (*exchanges*) que convertam uma moeda virtual em outra moeda virtual, de modo que esta lacuna permite que sejam feitas transações sem a necessidade de transmissão de informações dos envolvidos às autoridades dos Estados que integram o sistema europeu que, em um posterior momento, podem ser convertidas em dinheiro real. Assim, escapa ao monitoramento estatal a conversão dos envolvidos em uma operação, por exemplo, de conversão de *bitcoin* em outra criptomoeda que, posteriormente, pode ser convertido em moeda nacional.

3.4 Recomendações de regulação do GAFI

O Grupo de Atuação Financeira – GAFI (conhecido também através da sigla *FATF* – *Financial Action Task Force*) é uma entidade intergovernamental internacional criada em 1989, a partir de uma iniciativa dos países integrantes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), com fim de atuação na produção de políticas voltadas ao combate da lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outras ameaças aos sistemas financeiros dos países. Para tanto, o GAFI expede recomendações orientando os países quanto à regulação interna, chegando, hoje, ao número de 40.

No tocante às moedas virtuais, o GAFI produziu o documento *Virtual Currencies – guidance for a risk-based approach* (GAFI, 2015), publicado em junho de 2015, no qual interpreta o conteúdo de suas recomendações às moedas virtuais.

Recomendação 1: orienta os países a conduzir uma avaliação coordenada dos riscos de produtos e serviços envolvendo moedas virtuais, estimulando cooperação entre os setores público e privado para assistir as autoridades competentes e empreender a regulação de plataformas de conversão de moedas virtuais e moedas estatais.¹⁹

Recomendação 2: sugere que países considerem a formação de grupos de trabalho entre agências com a inclusão dos responsáveis pela elaboração de políticas, da agência nacional de inteligência financeira, e das autoridades de

¹⁹ Recommendation 1: advises countries to conduct a coordinated risk assessment of VC products and services, ensure cooperation between public and private sectors to assist competent authorities, and undertake the regulation of exchange platforms between convertible VCs and fiat currency.

persecução penal para desenvolver e implementar políticas e regulações efetivas.²⁰

Recomendação 14: estimula os países a registrarem ou licenciarem pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem aos serviços de transferência de valor, englobando entidades que promovam a conversão de moedas virtuais e moeda estatal.

Recomendação 15: orienta países a identificar e avaliar os riscos envolvendo novos produtos, incluindo moedas virtuais. Além disso, estimular as instituições financeiras locais a tomar as medidas apropriadas para lidar e mitigar esses riscos antes do lançamento de novos produtos ou do desenvolvimento de novas tecnologias.²¹

Recomendação 26: sugere que os países devem garantir que as corretoras de moedas virtuais estejam sujeitas à regulação e supervisão adequadas. Os países devem também corrigir estruturas legais como medida necessária para garantir a efetividade de medidas de regulação de moedas virtuais e mecanismos de pagamentos descentralizados no combate a lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.²²

Recomendação 35: Sugere que países exijam o licenciamento de corretoras de moedas virtuais, com previsão de medidas de identificação do cliente e de registro de transações.

Recomendação 40: prevê que países providenciem medidas efetivas e eficientes de cooperação internacional para ajudar outras jurisdições no combate à lavagem de dinheiro e ao terrorismo, envolvendo moedas virtuais.²³

As recomendações do GAFI têm clara preocupação em impedir a utilização dos serviços de criptomoedas em ferramentas de lavagem de dinheiro. Assim como no âmbito da União Europeia, há especial atenção à conversão dos ativos virtuais em moedas reais dos Estados, sendo incentivada a regulação da matéria para a adoção de medidas que permitam o controle dos envolvidos nessa operação.

Outro ponto de atenção do GAFI são as corretoras virtuais (*exchangers*), em razão de serem os meios pelos quais são feitas as transferências de criptomoedas entre grande parte dos

²⁰ Recommendation 2: suggests that countries consider inter-agency working groups with the inclusion of policy-makers, the national FIU, supervisors and LEAs to develop and implement effective policy and regulation.

²¹ Recommendation 15: advises countries to identify and assess ML/TF risks surrounding new products, including VCs, and that local financial institutions take appropriate measures to manage and mitigate these risks before launching new products or developing new technologies.

²² Recommendation 26: suggests countries should ensure convertible VC exchanges are subject to adequate regulation and supervision. Countries should also amend legal frameworks as needed to ensure effective AML/CFT regulation of decentralised VC payment mechanisms.

²³ Recommendation 40: requires countries to provide efficient and effective international cooperation to help other jurisdictions combat ML, associated predicate offences and TF, involving VCs.

usuários do *bitcoin*, sendo ponto fulcral para controle das informações a adoção de políticas que permitam identificar os usuários envolvidos nas operações.

Por fim, o GAFI também incentiva o aperfeiçoamento de instrumentos de cooperação jurídica internacional como medida essencial do implemento de políticas de combate à lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas, em razão da transnacionalidade do alcance da tecnologia.

3.5 Regulação do *bitcoin* no Brasil

No Brasil há muito o que se caminhar para a correta compreensão da tecnologia das moedas virtuais, suas potencialidades e transformações sociais. Atualmente não há nenhum marco legal regulatório. SILVA JÚNIOR (2018) já alertava acerca de outras lacunas na disciplina de delitos financeiros envolvendo lavagem de dinheiro, ao tratar da responsabilidade do agente financeiro.

Do ponto de vista tributário, de acordo com entendimento da Receita Federal, incide imposto de renda sobre eventual ganho de capital auferido com a compra e venda de *bitcoins*, sendo obrigatória sua declaração no imposto de renda. Além disso, através da Consulta Pública nº 06/2018, de outubro de 2018, a Receita Federal trouxe à discussão projeto de Instrução Normativa voltado à coleta de informações das operações com criptoativos, aí se incluindo o *bitcoin*.²⁴ Ao final do procedimento, foi editada a Instrução Normativa nº 1.888, de 03.05.2019, que prevê a obrigatoriedade de prestação de informações de operações realizadas com criptoativos ao Fisco. No aludido documento, criptoativo é definido como (art. 5º, I):

a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.

²⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Consulta Pública RFB n. 06/2018**. Brasília, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-06-2018.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

Por sua vez, *exchange* é (art. 5º, II):

a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Pelo regramento fazendário, as corretoras virtuais com domicílio no país deverão informar todas as operações que realizarem. Além disso, as pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no Brasil, usuárias diretas das moedas virtuais, também deverão prestar informações das operações que realizarem: (i) com a participação de uma sediada no exterior; ou (ii) sem a intervenção de uma corretora virtual (*exchanger*), a partir do valor de R\$ 30.000,00, mensalmente considerado.

Ainda que se trate de disposição normativa de interesse eminentemente arrecadatário, o instrumento da Receita Federal prevê a obrigação do fornecimento de informações referentes a valores e carteiras envolvidas nas transações (art. 7º), dados essenciais ao implemento de políticas de combate à prática de lavagem de dinheiro.

No campo legal, em que pese a indicação de pesquisa estrangeira no sentido de que a Lei nº 12.865/2013 teria disciplinado as moedas virtuais no Brasil (RAMASASTRY, 2014), o Bacen editou o Comunicado nº 31.379, de novembro de 2017, no qual informa que o conceito de moeda eletrônica²⁵, prevista na referida lei, não se confunde com moeda virtual.²⁶

Assim, atualmente, as corretoras virtuais (*exchangers*) funcionam no país sem que delas seja exigida autorização estatal ou quaisquer obrigações de prestação de informações sobre seus clientes e operações. Até a edição da Instrução Normativa nº 1.888 da Receita Federal não havia qualquer regulação sobre o tema, conforme informação do próprio Bacen em seu *site*²⁷.

²⁵ Segundo a Lei nº 12.865/2013, em seu art. 6º, VI, moedas eletrônicas são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

²⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fnormativos%2Fbusca%2Fnormativo.asp%3Fnumero%3D31379%26tipo%3DComunicado%26data%3D16%2F11%2F2017>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

²⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Moedas Virtuais**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fbc_atende%2Fport%2Fmoedasvirtuais.asp%3Fidpai%3DFAQCIDADA0>. Acesso em: 25 jan. 2019.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.303/2015 que “dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central”, cujo Parecer apresentado na Comissão Especial, em 13.12.2017²⁸, conclui que “naquilo que diz respeito às moedas virtuais, digitais ou criptomoedas, decidimos nos posicionar pela proibição de emissão em território nacional, bem como de vedar a sua comercialização, intermediação e mesmo a aceitação como meio de pagamento para liquidação de obrigações no País”.

Não bastasse a posição pelo banimento das moedas virtuais, pelo Parecer apresentado, seria criado, ainda, um novo tipo penal criminalizando a realização de operações com moedas virtuais no território nacional.²⁹ Do Parecer se extrai o profundo desconhecimento do legislador pátrio acerca da tecnologia das moedas virtuais e dos esforços regulatórios de outros países e do GAFI. Ao tempo da conclusão deste artigo, restava pendente a análise de pedido de realização de audiência pública no bojo do processo legislativo.³⁰

²⁸ Projeto de Lei n. 2.303, de 2015. Autor: Deputado Aureo. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Disponível em:

<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1632751&filename=Parecer-PL230315-13-12-2017>. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁹ Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Incide na mesma pena quem, sem permissão legal, emite, intermedeia troca, armazena para terceiros, realiza troca por moeda de curso legal no País ou moeda estrangeira, moeda digital, moeda virtual ou criptomoeda que não seja emitida pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º Não incorre na conduta prevista no § 1º deste artigo aquele que emite, intermedeia troca, armazena para terceiros ou que realiza troca por moeda de curso legal no País em ambiente restrito, na rede mundial de computadores, na forma de sítio ou aplicativo, ambos sob a responsabilidade do emissor, com a finalidade exclusiva de aquisição de bens ou serviços próprios ou de terceiros.

§ 3º Quem aceita ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos no caput deste artigo incorre na pena de detenção, de quinze dias a três meses, ou multa.

³⁰ Projeto de Lei nº 2.303/2015. Autor: Aureo - SD/RJ. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

4 CONCLUSÃO

Não é mais possível ignorar a mudança trazida pelo *bitcoin*. Hoje, sem a participação do Estado ou de um banco, é possível a transmissão de valores diretamente entre seus usuários, de qualquer parte do planeta. A criminalidade também percebeu as funcionalidades dessa tecnologia e tem feito uso dela para a prática de crimes de lavagem de dinheiro.

O *bitcoin* rompe com todo o aparato de enfrentamento da lavagem de dinheiro decorrente das recomendações do GAFI e de tratados internacionais, na medida em que permite a transferência quase que instantânea de valores, com alcance global, diretamente entre as partes, dispensando a intervenção de um terceiro, seja o Estado ou um banco.

Não se mostra produtor o enfrentamento dos crimes de lavagem de dinheiro, praticados com a utilização de *bitcoin*, a partir da simples criminalização do uso do criptoativo. O *bitcoin* não é ilegal por si próprio, já que não ameaça o monopólio estatal da emissão de moeda, nem se confunde com moeda falsa. A ilicitude ocorre quando é empregado como instrumento no processo de disrupção da origem ilícita de patrimônio amealhado com a prática de infração penal anterior. É para essas situações que as autoridades devem se atentar e dirigir seus esforços.

A política de banimento do *bitcoin*, além de ineficaz, dado o caráter descentralizado, difuso e transnacional do criptoativo, não é a medida, do ponto de vista de controle penal, mais adequada, devendo ser buscada sua regulação de modo que seja efetivado o implemento de medidas hoje exigíveis das instituições financeiras às corretoras virtuais (*exchanges*), responsáveis pela conversão dos valores digitais em moedas soberanas, sendo, assim, o grande elo entre os criptoativos e as moedas estatais. Protocolos de registro das operações e de comunicação às autoridades governamentais são ferramentas essenciais no combate ao crime de lavagem de dinheiro. No entanto, tal processo deve ser feito com amplo debate, do qual participem agentes do Estado, desenvolvedores de tecnologia e usuários, a fim de que seja conferida legitimidade e aplicabilidade efetiva.

A efetiva tutela dos interesses em jogo exige atuação do legislador ordinário. O Congresso Nacional tem a oportunidade de, no bojo do Projeto de Lei nº 2.303/2015, alinhar a legislação interna aos modernos trabalhos da União Europeia e às novas orientações do GAFI,

entidade cujo objetivo, não nos esqueçamos, é justamente atuar contra a prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Estender às *exchanges* a obrigatoriedade de medidas de controle e registro das operações e dos clientes às *exchanges* (políticas de *KYC – Know Your Customer*, e *CDD – Customer Due Diligence*), com o reforço dos protocolos no caso de clientes que indiquem alto risco, o monitoramento das transações e os relatórios de transações suspeitas (*Suspicious Activities Report – SAR*), além do investimento em ferramentas de cooperação jurídica internacional são essenciais para a formação de um ambiente sadio para o desenvolvimento das potencialidades do *bitcoin*, com a devida proteção dos bens jurídicos tutelados pelo arcabouço de enfrentamento dos crimes de lavagem de dinheiro.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALERIGI JR, Alberto. **Bitcoins ganham espaço na compra de imóveis de alto valor no país**. Época. 2017. <<https://epocanegocios.globo.com/Mercado/noticia/2017/12/epoca-negocios-bitcoins-ganham-espaco-na-compra-de-imoveis-de-alto-padrao-no-pais.html>>

AUSTRALIA GOVERNMENT. ***Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing (Prescribed Foreign Countries) Regulations 2018***". Disponível em <<https://www.legislation.gov.au/Details/F2018L00277>>

BARBOSA, Kleyson. **Mistérios da Deep Web, parte 1: o que é a Deep Web?**. MUNDO ESTRANHO, 4 de julho de 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/misterios-da-deep-web-parte-1-o-que-e-a-deep-web/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BLUNDELL-WIGNALL, Adrian. ***The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology***. OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions, n. 37, 2014. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5jz2pwjd9t20-en>>. Acesso em: jan. 2019.

BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea. ***Bitcoin: A primer for policymakers***. Mercatus Center: George Mason University. 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/269707314_Bitcoin_A_Primer_for_Policymakers>. Acesso em: 21 jan. 2019.

CASEY, Michael, J. VIGNA, Paul. "The Age of Cryptocurrency: How Bitcoin and Digital Money Are Challenging the Global Economic Order". E-book edition. 2015.

CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Versão eletrônica.

COMISSÃO EUROPEIA. *Fintech – Task Force on Financial Technology*. 28.03.2017. Disponível em <https://ec.europa.eu/newsroom/fisma/item-detail.cfm?item_id=56443&utm_source=fisma_newsroom&utm_medium=Website&utm_campaign=fisma&utm_content=Task%20Force%20on%20Financial%20Technology&lang=en>

_____. *Plano de Ação para a Tecnologia Financeira: rumo a um setor financeiro europeu mais competitivo e inovador*. 08.03.2018. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6793c578-22e6-11e8-ac73-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_2&format=PDF>

DABROWSKI, Marek. JANIOWSKI, Lukasz. EUROPEAN PARLIAMENT. *Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead*. Monetary dialogue July 2018. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf>

DIRECTIVES. *Official Journal of the European Union*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Virtual currencies and terrorist financing: assessing the risks and evaluating responses*. Maio de 2018. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU\(2018\)604970_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU(2018)604970_EN.pdf)>.

FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. *History of anti-money laundering laws*. 2019. Disponível em <<https://www.fincen.gov/history-anti-money-laundering-laws>>

_____. *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*. 18.03.2013. Disponível em <<https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-persons-administering>>

FINTRAC – FINANCIAL TRANSACTIONS AND REPORTS ANALYSIS CENTRE OF CANADA. *FINTRAC Advisory regarding Money Services Businesses dealing in virtual currency*. 2014. Disponível em <<http://www.fintrac.gc.ca/new-neuf/avs/2014-07-30-eng.asp>>

GRUPO DE ATUAÇÃO FINANCEIRA – GAFI. *What is money laundering?*. 2019. Disponível em <<http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>>

_____. *Virtual Currencies. Guidance for a risk-based approach*. 2015. Disponível em <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf>>

HAYNES, Paul; O'BROLCHÁIN, Fiachra; REIJERS, Wessel. *Governance in Blockchain. Technologies & Social Contract Theories*. ISSN 2379-5980.

HIGGINS, Stan. "Silk Road operator Ross Ulbricht sentenced to life in prison". Coindesk. 29.05.2015. Disponível em <<https://www.coindesk.com/ross-ulbricht-sentenced>>

ISHIDA, Masahiko. MEARS, Edward. TAKEDA, Ryutaro. **Japan regulatory update on virtual currency business**. DLA Piper. 2017. Disponível em <<https://www.dlapiper.com/en/japan/insights/publications/2017/12/japan-regulatory-update-on-virtual-currency-business/>>

LOC – THE LAW LIBRARY OF CONGRESS. **Regulation of Cryptocurrency Around The World**. Global Legal Research Cente., Junho de 2018. Disponível em <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-world-survey.pdf>>

MANKIW, N. Gregory. **Macroeconomia**. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. 8. ed. 2018. Edição eletrônica.

MEREDITH, Michael; TU, Kevin V. **Rethinking Virtual Currency Regulation in the Bitcoin Age** (August 22, 2014). Washington Law Review, v. 90, p. 271-347, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2485550>>.

RAMASASTRY, Ana. **Bitcoin: If You Can't Ban It, Should You Regulate It? The Merits of Legalization**. Verdict: Legal Analysis and Commentary From Justia. 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://verdict.justia.com/2014/02/25/bitcoin-cant-ban-regulate>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SILVA JÚNIOR, Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da. **Responsabilidade do agente financeiro no crime de lavagem de dinheiro, willfull blindness e o domínio do fato**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS. Vol. 5. n. 1. 2017.

SULLIVAN, Noel. **Gresham's Law, Fact or Falsehood?** Student Economic Review, v. 19, 2005.

TAPSCOTT, Alex e TAPSCOTT, Don. **Blockchain Revolution**. ISBN 97811101980156. edição digital. 2016.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Founder of Liberty Reserve Pleads Guilty to Laundering More Than \$250 Million through His Digital Currency Business**. 29.01.2016. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/pr/founder-liberty-reserve-pleads-guilty-laundering-more-250-million-through-his-digital>>

TOZETTO, Cláudia. **Caixa eletrônica de bitcoins movimentou R\$ 180 mil em dois meses**. Veja. 2014. <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/caixa-eletronico-de-bitcoins-movimentou-r-180-mil-em-dois-meses/>>

TU, Kevin V. **Regulating the new cashless world**. Alabama Law Review, v. 77, n. 93, 2013. Disponível em: <<https://www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2065/Issue%201/2%20Tu%2077-138.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

UNITED STATES MINT. *Liberty Dollars Not Legal Tender, United States Mint Warns Consumers*. 14.09.2006. Disponível em <<https://www.usmint.gov/news/press-releases/20060914-liberty-dollars-not-legal-tender-united-states-mint-warns-consumers>>

UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *US v Liberty Reserve et al.* 2014. Disponível em <[https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/cybercrime/crimetype/usa/2014/us v liberty reserve et al..html](https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/cybercrime/crimetype/usa/2014/us_v_liberty_reserve_et_al..html)>

WEISER, Benjamin. *Ross Ulbricht, creator of silk road website, is sentenced to life in prison*. The New York Times, 29.05.2015. <<https://www.nytimes.com/2015/05/30/nyregion/ross-ulbricht-creator-of-silk-road-website-is-sentenced-to-life-in-prison.html>>

YERMACK, David. *Is Bitcoin a real currency? An economic Appraisal*. Working Paper. n. 19747. Dec. 2013.

MATERNIDADE E PRISÃO: PESQUISA EMPÍRICA NO TJSP APÓS O HC COLETIVO 143.641 DO STF

Motherhood and prison: empirical research in the tjsp after the collective hc 143,641 of the supreme court

CHRISTOPHER ABREU RAVAGNANI

Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Professor de Direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda

JOSIELLY LIMA ITO

Graduanda em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda de Ituverava-SP

BRUNO HUMBERTO NEVES

Graduado em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda de Ituverava-SP

Resumo: O presente trabalho teve por objeto de estudo a aplicabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo número 143.641. Para tanto, utilizou-se a metodologia empírica de abordagem qualitativa, em decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que versavam sobre pedidos de prisão domiciliar para presas gestantes e mães de crianças. A análise dos acórdãos permitiu a conclusão de que o indeferimento da prisão domiciliar, que seria exceção conforme a decisão da Suprema Corte, tornou-se regra.

Palavras-chave: Maternidade; Supremo Tribunal Federal; Prisão domiciliar.

Abstract: The paper aims to study the applicability of the decision of the Federal Supreme Court in Habeas Corpus collective number 143,641. For that, we used an empirical methodology of qualitative approach, in decisions of the Court of Justice of São Paulo that dealt with requests for house arrest for pregnant prey and recent mothers. The analysis of the judgments allowed the conclusion that the rejection of house arrest, which is the exception according to the Supreme Court, has become the rule.

Keywords: Motherhood; Supreme Court; House arrest.

1 INTRODUÇÃO

Os estabelecimentos prisionais brasileiros sejam eles provisórios ou para o cumprimento definitivo da pena não são ambientes propícios para os seres humanos - mormente para as mães - pois essas mulheres possuem postulados constitucionais violados. Com a finalidade de resguardar os direitos das mães de crianças e gestantes presas cautelarmente, a Defensoria Pública da União impetrou o Habeas Corpus coletivo nº 143.641, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), para fins de reparar a mencionada violação.

No dia 20 de fevereiro de 2018, o STF decidiu, por maioria de votos, conceder o Habeas Corpus coletivo nº 143.641 para determinar a substituição, em todo território nacional, das prisões cautelares por domiciliar de gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade ou de pessoas com deficiência.

Contudo, apesar da concessão da ordem, o STF possibilitou na decisão a manutenção da prisão em 3 (três) situações, quando o crime imputado seja cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, desde que devidamente fundamentadas.

Neste sentido, a fim de verificar a aplicabilidade da referida decisão, optamos pela metodologia empírica de abordagem qualitativa nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que versavam sobre pedidos de prisão domiciliar para presas grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade incompletos, conforme a determinação trazida pelo Habeas Corpus coletivo nº 143.641.

O recorte temporal da pesquisa compreendeu o período de julho a dezembro de 2018. Para fins de filtrar as decisões de segundo grau que tinham por objeto a concessão de prisão domiciliar decorrente da maternidade pleiteando a aplicação do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, utilizamos a ferramenta de busca do site do TJSP com as seguintes expressões de busca: “prisão domiciliar” e “gravidez”. Neste recorte foram encontrados 168 *Habeas Corpus* que tinham por objeto a concessão de prisão domiciliar às presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos, nos termos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641.

Portanto, analisamos se a referida decisão do STF vem sendo cumprida pela magistratura paulista, levando-se em consideração que foi emanada uma ordem da mais alta

instância do Poder Judiciário e todas as instâncias têm o dever de cumpri-la, salvo nas hipóteses excepcionadas na decisão, porém que necessitam ser devidamente fundamentadas para fins de denegação da ordem.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS EM FACE DA MATERNIDADE NA PRISÃO

Neste momento, discorrer-se-á sobre três princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana, individualização da pena e limitação de penas cruéis – os quais são, diuturnamente, violados pelo encarceramento da mulher, máxime as gestantes e mães de recém-nascidos.

A prisão preventiva, ao confinar mulheres – grávidas, lactantes, puérperas, com filhos menores ou deficientes – em estabelecimentos prisionais precários tira delas o acesso a programas de saúde, pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, tendo em vista que isso afeta a capacidade de aprendizagem e socialização, ocasionando assim uma transferência da pena da mãe para o filho. (BOITEUX; FERNANDES; PANCIERI, 2017).

Desse modo, o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal é violado, pois quando a mãe encarcerada “exerce” a maternidade dentro do cárcere, há um compartilhamento da prisão, de modo que os filhos vivenciam todas as dores e traumas resultantes do encarceramento, os quais lhes marcam a vida.

No período de 2000 a 2016 a população carcerária feminina aumentou 525%, ou seja, 40,6 mulheres encarceradas para cada 100 mil, o que faz com que o Brasil ocupe o 3º lugar no ranking mundial de encarceramento “perdendo” apenas para a China e Estados Unidos, respectivamente. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Assim, a população prisional cresceu, mas os estabelecimentos que abrigam as detentas não.

Além disso, a superlotação carcerária provoca violação dos limites estabelecidos normativamente pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 88, que institui que cada presa tem direito a 6 metros quadrados de cela, mas na prática acaba tendo apenas 70 centímetros nas

prisões mais superlotadas. Quando tem! Vive-se a era do grande encarceramento. A "indústria de controle" assumiu papel de "indústria de extermínio", porque não só não polui, como "higieniza" as ruas, visto que se transformou em um remédio competente a curar todos os males. (ROSA; KHALED JÚNIOR, 2018).

Com efeito, em 2016, apenas 55 unidades, ou seja 16%, em todo país declararam apresentar celas ou dormitórios para gestantes e 50% das gestantes estão em unidades que possuem celas adequadas para recebê-las; em relação aos berçários e/ou centro de referência materno-infantil, somente 14% das unidades femininas ou mistas contam com referida acomodação, sendo que esses espaços são destinados aos bebês de até 02 anos de idade; já as unidades mistas ou femininas que possuem creches, são capazes de receber apenas 3% das crianças acima de 02 anos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Neste sentido, referidas situações violam o princípio constitucional da limitação de penas cruéis, insculpido no artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e", e o princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, III, ambos da Constituição Federal. Além do cenário apresentado, existem outras circunstâncias em que a dignidade da mulher e a vedação de penas cruéis são profanadas, quais sejam, alimentação inadequada, ausência de itens básicos de higiene, máxime em razão da fácil proliferação de doenças e a falta de acompanhante durante o parto.

Nesse contexto, as penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos de gente e o que mais se aproxima do título do holocausto é a estrutura punitiva. Segundo Casara (2018), em razão do modelo de Auschwitz não ser levado a sério faz com que a população festeje a violação dos direitos fundamentais e isso torna-se um forte indício para que a barbárie se repita.

Batista (2008), ao analisar o processo de prisionalização nos Estados Unidos, Europa e Brasil, questiona o motivo de a grande massa carcerária estar composta pela juventude negra, isto é, a juventude latino-americana, e agora, com essa nova onda, a juventude árabe. Isso se dá pela criação de uma mentalidade punitiva, de uma cultura punitiva, que vai ser resolvida através da pena, diminuindo a maioridade penal, aumentando o tempo de prisão e escondendo o tempo todo que o sistema penal é uma máquina de seletividade.

Consolidou-se, assim, sustenta Andrade (2013), uma identificação dos estereótipos de criminalidade, predominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial, numa sociedade cada vez mais comandada pelo poder do espetáculo midiático. A construção desses

perfis pertencentes a “grupos de risco” viabiliza que esses indivíduos sejam neutralizados pelo maior período possível a partir da aplicação da pena privativa de liberdade, eis que são facilmente identificados e classificados pelos agentes do sistema punitivo. (WERMUTH, 2017).

O fortalecimento desse discurso punitivo no Brasil está, segundo Boiteux (2015), na militarização do “combate” às drogas, na violência policial, no aumento de penas e principalmente na imposição em massa da pena de prisão. Conforme preconiza Khaled Junior (2018), o Estado esquia-se dos investimentos sociais necessários e tal fato faz com que o direito penal sirva de remédio apto para curar todos os males, mas a prisão não ressocializa, ela dessocializa, pois é impossível querer uma ressocialização através da exclusão e isolamento.

Sendo assim, as prisões brasileiras são destinadas a destruição do outro, quase tudo tem como resposta o encarceramento. Ter as prisões como único meio alternativo não resolve problemas, cria outros. (CARVALHO, 2014). Para um Estado de direito, as mazelas se apresentam nas prisões desenfreadas das mulheres as quais são as mais vulneráveis na dinâmica do crime - alvo fácil da criminalização - e sofrem as consequências das condições estruturais do sistema social apresentando, dessa forma, as colunas estruturais de um Estado Penal e não de um Estado Democrático de Direito. (AMPARO; SANTANA, 2018).

Desse modo, constata-se que em face do encarceramento *à la* brasileira, os princípios constitucionais são violados constantemente, não só das mulheres, mas da população carcerária em geral. O nosso Sistema de Justiça Criminal é uma máquina de seletividade, masoquista e sádico que não hesita em reduzir o outro a um mero objeto, gerando assim um ciclo vicioso de sofrimentos autodestrutivos.

Logo, é necessário dar um tratamento justo aqueles que estão dentro do sistema penitenciário, bem como proporcionar assistência aos egressos. Deve-se modificar a forma que se vê os menos favorecidos na sociedade capitalista competitiva brasileira. A prisão deve, de fato, ser a *última ratio* à luz do Sistema de Justiça Criminal. Não se pode esperar que uma pessoa que foi tratada como um animal no sistema carcerário saia de lá recuperada de seus erros.

Portanto, analisar-se-á na seção seguinte o acórdão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, a abrangência da aplicação e as possibilidades de indeferimento da mencionada ordem.

3 O HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI Nº 13.769 DE 2018

A Defensoria Pública da União impetrou perante o STF o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos de idade ou deficientes. (BRASIL, 2018).

De acordo com o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, órgão responsável por redigir o recurso, a finalidade do *Habeas Corpus* coletivo é tutelar os direitos de mulheres submetidas ilegalmente ao encarceramento e que não desfrutam do devido acesso à justiça, mas que compartilham o mesmo *status*. Deferir um recurso a uma, duas ou a algumas mulheres é criar uma abominável forma de discriminação. (BRASIL, 2018).

Os motivos que ensejaram a interposição do referido *Habeas Corpus* coletivo foi o fato de que no dia 18 de dezembro de 2018, o ministro Gilmar Mendes concedeu a Adriana Alcelmo mulher de Sérgio Cabral - ex-governador do Rio de Janeiro - prisão domiciliar para substituir sua prisão preventiva e utilizou como fundamento a circunstância de Adriana possuir filhos e ser absolutamente preocupante a prisão de mulheres grávidas ou com filhos menores de 12 anos de idade, razão a qual determinou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de não acarretar punição excessiva à mulher ou às crianças. (BRASIL, 2017).

Neste sentido, no dia 20 de fevereiro de 2018, o Ministro relator Ricardo Lewandowski, Ministro Celso de Mello, Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Edson Fachin, integrantes 2ª (segunda) turma do STF, decidiram, por maioria de votos, conceder *Habeas Corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de todas as mulheres presas, em todo o território nacional, desde que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos ou de pessoas com deficiência. Outrossim, os ministros estenderam a ordem, de ofício, para as adolescentes sujeitas às medidas socioeducativas, em idêntica situação. (BRASIL, 2018).

Nessa toada, a decisão foi oficiada aos presidentes dos tribunais estaduais e federais, e da Justiça Militar Estadual e Federal, para que no prazo de 60 dias aplicassem a determinação imposta. Porém, caso haja o descumprimento do referido acórdão, a ferramenta adequada a ser utilizada é o *Habeas Corpus* - remédio constitucional que resguarda os direitos fundamentais passíveis de constrangimento ilegal -, ou mesmo a via recursal.

Apesar do parecer favorável, a Suprema Corte definiu 3 (três) situações em que a substituição da prisão cautelar das mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade pela domiciliar comporta denegação: crimes praticados mediante violência ou grave ameaça a pessoa, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, desde que devidamente fundamentadas. (BRASIL, 2018).

Com efeito, após a concessão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal, entrou em vigor a Lei n. 13.769 de 2018 com o fito de estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. (BRASIL, 2018).

Neste sentido, a Lei n. 13.769 de 2018 alterou o Código de Processo Penal, para fins de acrescentar o art. 318-A, regulando a hipótese de substituição da prisão preventiva pela domiciliar às gestantes presas que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o delito não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa (inciso I), bem como o crime não tenha por sujeito passivo seu filho ou dependente (inciso II). (BRASIL, 2018).

Outrossim, a Lei n. 13.769 de 2018 incluiu o art. 318-B ao Código de Processo Penal, para dispor que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL, 2018).

Nota-se que a referida legislação explicitou as exceções previstas pela Corte Suprema para inadmitir a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e não tratou, expressamente, da possibilidade de negativa da prisão domiciliar em razão de “situações excepcionalíssimas” admitidas no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, ao retirar a denominada “situação excepcionalíssima” admitida no remédio heroico concedido pelo Supremo Tribunal Federal, o legislador restringiu a possibilidade de subjetivismo por parte do julgador ao apreciar as hipóteses concretas envolvendo prisões preventivas de gestante presa ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Neste sentido, será analisado na seção seguinte o cumprimento da ordem de *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do Supremo Tribunal Federal pela magistratura paulista, através dos *Habeas Corpus* impetrados perante o TJSP, que tenham por objeto os requisitos previstos na decisão da Suprema Corte.

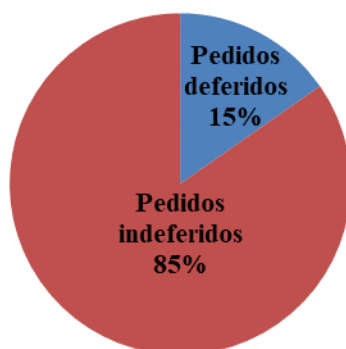
4 ESTUDO EMPÍRICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para fins de constatar a aplicabilidade da decisão proferida no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF, procedemos a colheita de dados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no período de julho a dezembro de 2018, meses esses subsequentes ao deferimento da decisão, através das seguintes expressões de busca: “prisão domiciliar” e “gravidez”.

O recorte da pesquisa apresentou 168 (cento e sessenta e oito) *Habeas Corpus* que tinham por objeto a concessão de prisão domiciliar às presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos, nos termos dos parâmetros definidos no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF.

Nesse sentido, o Gráfico 01, a seguir descrito, expõe o percentual de *Habeas Corpus* que foram deferidos e indeferidos em favor das presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos, no período de julho a dezembro de 2018, conforme os requisitos estabelecidos no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF.

Gráfico 01 - Percentual de *Habeas Corpus* dos meses de julho a dezembro de 2018 do TJSP, tendo como objeto o *Habeas Corpus* nº 143.641 do STF.



Fonte: Gráfico elaborado pelos autores baseado em dados retirados do site do TJSP (2018).

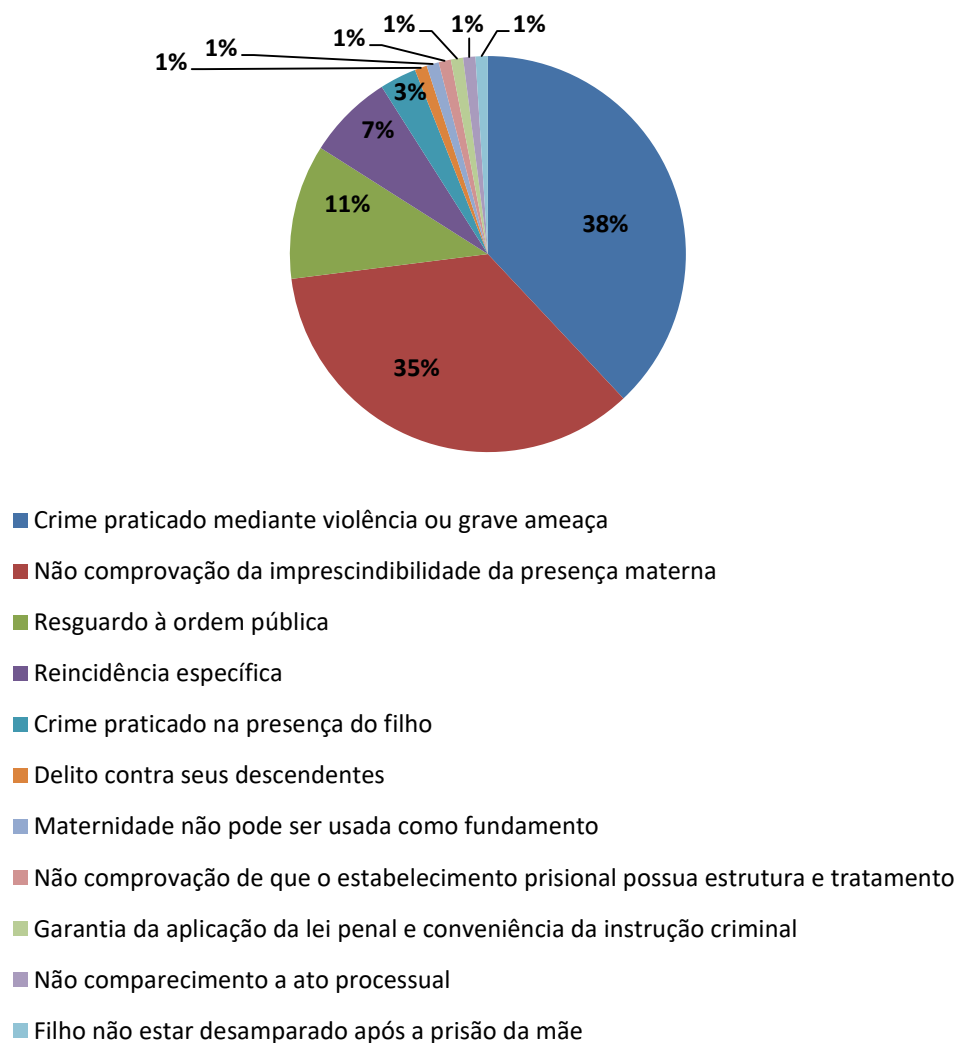
Como se vê, foram analisados um total de 168 (cento e sessenta e oito) *Habeas Corpus*, sendo que apenas 26 (vinte e seis) pedidos foram deferidos e 142 (cento e quarenta e dois) indeferidos. Assim, após os dados analisados no Gráfico 01, ficou demonstrado que a magistratura paulista demonstra relutância em conceder a prisão domiciliar às mães ou gestantes encarceradas, pois apenas 15% (quinze por cento) dos *Habeas Corpus* impetrados foram deferidos.

As decisões que denegaram os pedidos de *Habeas Corpus* impetrados perante o TJSP eram modelos de adesão, as quais somente modificaram o número do processo, o nome das partes e o conteúdo fático, todavia, com relação aos fundamentos jurídicos permaneceram idênticas as demais câmaras criminais.

As possibilidades de indeferimento dos pedidos que foram apresentadas no acórdão pelos ministros do STF deveriam ser aplicadas como exceção para a manutenção da prisão, pois a regra é que todas as mulheres encarceradas gestantes, lactantes ou com filhos menores de 12 anos incompletos, tenham suas prisões domiciliares concedidas.

O Gráfico 02, a seguir descrito, expõe uma análise minuciosa dos pedidos que foram indeferidos nos *Habeas Corpus* interpostos no TJSP e que se utilizaram da possibilidade genérica “situações excepcionais” apresentada no acórdão do *Habeas Corpus coletivo* nº 143.641 para negarem a concessão da prisão domiciliar às presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade.

Gráfico 02 - Percentual de *Habeas Corpus* indeferidos perante o TJSP em razão de "situações excepcionais".



Fonte: Gráfico elaborado pelos autores baseado em dados retirados do site do TJSP (2018).

No que diz respeito aos pedidos indeferidos por crime praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa – legendado no gráfico com a coloração azul escuro – representam 54 (cinquenta e quatro) *Habeas Corpus*. Os *Habeas Corpus* indeferidos tiveram como fundamento a exceção prevista no *Habeas Corpus* nº 143.641 referente aos delitos cometidos mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a qual impossibilita, presente esse requisito, a concessão da prisão domiciliar. Referida exceção, como visto, também é prevista no art. 318-A, inciso I, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.769 de 2018, tratando-se, portanto, de uma situação excepcional à concessão da prisão domiciliar.

No tocante aos pedidos indeferidos em razão da não comprovação da imprescindibilidade da presença materna – legendado no gráfico com a coloração vermelho escuro – representam 50 (cinquenta) *Habeas Corpus*. É nítido e cristalino que a presença da mãe na vida e no desenvolvimento do filho é de extrema importância e não é algo que necessita ser comprovado nos autos. A subjetividade da expressão imprescindibilidade, conforme adverte Braga e Franklin (2016), é um fator que contribui para que não haja um critério rígido que determine o que pode se considerar imprescindível e o que não é, dando arbítrio ao julgador para conceder a prisão domiciliar unicamente nos casos em que lhe “parecer correto”.

No que se refere aos pedidos indeferidos em razão do resguardo à ordem pública – legendado no gráfico com a coloração verde escuro – representam 16 (dezesesseis) *Habeas Corpus*. Mais uma vez os julgadores se utilizaram das "situações excepcionalíssimas", exceção abordada no acórdão do recurso coletivo, como fundamento para manter as mães e gestantes encarceradas. Ora, admitir a fundamentação vazia da garantia da ordem pública para justificar a prisão, é dizer que a prisão cautelar será admitida sempre que for conveniente ao julgador, o que esvazia plenamente os direitos e garantias fundamentais relacionados à liberdade.

No tocante aos pedidos indeferidos em razão da presa ser reincidente específica – legendado no gráfico com a coloração roxo escuro – representam 09 (nove) *Habeas Corpus*. O fundamento jurídico da reincidência, por si só, também não é fundamento idôneo para a denegação da prisão domiciliar, posto que demonstraria um juízo antecipado da culpa, o que fere de morte o princípio da presunção de inocência, demonstrando-se, mais uma vez, que ao permitir as "situações excepcionalíssimas", a manutenção no cárcere se torna regra.

Quanto aos pedidos indeferidos em razão do crime ter sido cometido dentro da residência da presa e na presença dos filhos – legendado no gráfico com a coloração azul claro – representam 05 (cinco) *Habeas Corpus*. De acordo com os estudos e dados apresentados anteriormente, o único risco que ficou demonstrado na relação mãe e filho é referente ao afastamento materno. É apenas mais uma fundamentação vazia e desconexa para indeferir os pedidos e se aproveitar da brecha, ou seja, exceção, que a Suprema Corte possibilitou para a manutenção do cárcere.

No que se refere ao pedido indeferido em razão do delito ter sido cometido contra seu descendente – legendado no gráfico com a coloração laranja – representa 1 (um) *Habeas*

Corpus. Verifica-se que essa fundamentação foi prevista expressamente no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF como um óbice para fins de impedir a concessão da ordem. Desse modo, no recorte de 168 (cento e sessenta e oito) *Habeas Corpus*, apenas um único pedido comporta possibilidade real de indeferimento.

Com efeito, no que diz respeito aos pedidos indeferidos em razão da maternidade não poder ser lançada para justificar a concessão da prisão domiciliar – legendado no gráfico com a coloração azul – representam 2 (dois) *Habeas Corpus*. Ora, se o objetivo do recurso coletivo é tutelar os direitos e garantias fundamentais das mulheres presas, bem como dos seus filhos, compelir essas mulheres a não lançarem a maternidade como motivo para a concessão da prisão domiciliar, significa desprezar totalmente o objetivo do *Habeas Corpus* coletivo.

Em relação ao único pedido indeferido em razão da não comprovação de que o estabelecimento prisional não possui estrutura e tratamento para a presa gestante - legendado no gráfico com a coloração vermelha - conforme exposto nas seções anteriores, é de repercussão mundial a situação degradante em que essas mulheres vivem, mormente as gestantes, de modo que não é um fato que precisa ser provado pelas pacientes. A razão do indeferimento está abarcada nas "situações excepcionalíssimas" e que são utilizadas para manter as mulheres encarceradas.

Do mesmo modo, os pedidos indeferidos em razão da não concessão para a garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal – legendados no gráfico com a coloração verde claro – representam 02 (duas) decisões, as quais são inidôneas para fins de justificação da prisão das gestantes ou mães de crianças menores de 12 anos de idade. O fundamento utilizado para denegarem os *Habeas Corpus* se enquadram nas "situações excepcionais" mencionadas no recurso coletivo da Corte Suprema, permitindo o subjetivismo do julgador para a manutenção da prisão cautelar.

Por outro lado, em relação ao pedido indeferido por desídia da paciente em não comparecer aos atos processuais e não ter informado corretamente o endereço - legendado no gráfico com a coloração roxo claro – representa 1 (um) *Habeas Corpus* indeferido. Mais uma vez, ocorre novamente a inversão da exceção trazida pelo acórdão da Suprema Corte, posto que bastaria a aplicação e fiscalização da prisão domiciliar para reparar a referida situação.

No que diz respeito ao pedido indeferido em razão da criança não estar desamparada após a prisão da mãe - legendado no gráfico com a coloração azul pastel - representa 1 (um)

Habeas Corpus. É mais uma fundamentação vazia e retórica, tendo em vista que a presença materna é imprescindível para o sadio desenvolvimento da criança.

Desse modo, conforme os dados analisados, os indeferimentos dos *Habeas Corpus* impetrados perante o TJSP – excetuado a primeira (crimes praticados mediante violência ou grave ameaça) e a sétima legenda (delito praticado contra seus descendentes) – utilizaram-se da exceção genérica “situações excepcionalíssimas”, constante do acórdão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 para aplicá-la como regra.

Logo, se a decisão do STF era dar efetividade ao desencarceramento das gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade ou responsável por pessoa com deficiência, ao prever a hipótese genérica "situações excepcionalíssimas" de manutenção da prisão cautelar, possibilitou ao subjetivismo dos julgadores as hipóteses de concessão da ordem.

Daí que Streck e Oliveira (2012) estão corretos ao sustentar que nenhuma prisão pode ser decretada somente com base na gravidade do crime, há também a necessidade de outro fundamento jurídico concreto e não apenas político, econômico ou moral. Em um Estado Democrático de Direito, toda a privação de liberdade deve ser minuciosamente fundamentada pela autoridade, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, pedra de toque do Estado Constitucional.

Nesse contexto, as prisões cautelares possuem tamanha abstração que qualquer um pode ter sua prisão decretada seja qual for o delito imputado. Prende-se com base na retórica vazia e mediante aplausos do povo, de modo que sociedade almeja que os cidadãos encarcerados fiquem nas piores condições possíveis, pois, caso contrário, há a sensação de “impunidade”. (CARVALHO, 2013).

Nesta quadratura, cabe o alerta feito por Casara (2017) ao tratar da influência da mídia nas decisões arbitrárias, configurando o que denomina o autor um verdadeiro Processo Penal do Espetáculo. Não basta proferir um despacho mal fundamentado e que viola os direitos básicos e fundamentais do indivíduo, é preciso ainda expor o que foi decidido para que tal fato seja aplaudido, aceito, difundido e ampliado pelo povo. Cada vez mais caminha-se rumo ao autoritarismo. (CASARA, 2017).

Desta maneira, o Poder Judiciário deve se distanciar das tensões políticas e ideológicas, pois a voz das ruas e do povo não podem ser elementos constitutivos de uma decisão judicial. A decisão que se deixa ser levada pela força das redes sociais e do senso

comum é equivocada e, se for tomada e não agradar a opinião pública, o magistrado que a proferiu é inimigo do povo. (BELLO, 2018).

Seja qual for a demonstração de poder, se não existe limites torna-se antidemocrático, seja o poder exercido pelo Estado ou por particulares, há a necessidade de limitação, pois é indispensável para a efetivação de um Estado Democrático. (CASARA, 2018).

O sistema penal, portanto, conforme bem expõe Karam (2011), não alivia as dores de quem sofre perdas causadas por pessoas que eventualmente desrespeitam e agredem seus semelhantes, ao contrário, o sistema penal manipula essas dores para viabilizar e legitimar o danoso poder punitivo. Nem o Estado e seus servidores respeitam as "regras do jogo", fazendo com que o sistema não funcione e mais do que buscar o reconhecimento de novos direitos humanos, a luta é pela sua efetiva aplicação. (RAVAGNANI; GOMES; NEVES, 2018).

Por fim, anterior ao *Habeas Corpus* coletivo, existiam outras medidas que poderiam ser aplicadas pelos julgadores em benefícios das gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos, tais como as Regras de Bangkok, Estatuto da Primeira Infância, o Pacto de São José da Costa Rica, o artigo 318 do Código de Processo Penal e a própria Constituição Federal, que consagra por fundamento a dignidade da pessoa humana, termo quase em desuso diante do contexto de ódio instalado em *Terrae Brasilis*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos dados do sistema de Justiça Criminal é elementar para averiguar a realidade do sistema prisional e demonstrar as violações de direitos fundamentais sofridas pela população carcerária, mormente as presas durante o período de gestação e amamentação, em decorrência do ambiente insalubre e inapropriado que são as prisões brasileiras.

De um modo geral, constatou-se que embora existam outros institutos que tratam da mesma matéria, fez-se necessário a impetração de um recurso coletivo com o intuito de efetivar os direitos fundamentais sonegados das presas gestantes e mães de filhos de até 12 anos de idade. Entretanto, se anteriormente a decisão do STF as normas existentes não eram aplicadas e efetivas, posterior ao *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, as violações aos direitos fundamentais das presas e consequentemente dos seus filhos continuam práticas rotineiras.

O estudo empírico realizado no TJSP para averiguar o cumprimento da ordem da Corte Suprema, ofereceu suporte para detectar a resistência da magistratura paulista em conceder a prisão domiciliar às presas gestantes e mães de filhos de até 12 anos de idade, de modo que a manutenção da prisão, que era para ser exceção, tornou-se regra.

Os fundamentos jurídicos dos pedidos denegatórios são abstratos, desconexos, vazios e retóricos, portanto, à margem do texto constitucional. Esses posicionamentos, máxime quando se utilizam dos fundamentos de que compete à defesa a demonstração da imprescindibilidade da presença materna, ressuscitam a aplicação do processo penal à lógica inquisitorial, cujos efeitos nocivos se apresentam diariamente.

Em face disso, ao contrário do que frequentemente (e erroneamente) é utilizado pelos julgadores, a utilização da prisão não soluciona o problema da delinquência, todavia, gera ainda mais violência no sistema carcerário, constituindo prática ultrajante e cruel sonegar direitos fundamentais das mulheres em situação de maternidade.

Neste sentido, a pesquisa demonstra que o legislador ao acrescentar o art. 318-A ao Código de Processo Penal, apesar de ainda prever duas hipóteses impeditivas de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, agiu com acerto ao retirar a hipótese genérica “situações excepcionabilíssimas” admitida no *Habeas Corpus* coletivo, posto que a Suprema Corte ao “tentar” dar efetividade à liberdade, na verdade criou um novo mantra para permitir a festejada manutenção da prisão, ao exemplo da “garantia da ordem pública” - de uso banal - utilizada para decretar a prisão ao bel prazer do julgador.

A questão a ser indagada é: qual medida precisa ser adotada para garantir os direitos fundamentais dessas mulheres? É preciso a criação de um tipo penal, já que o Direito Penal é resposta para todas as mazelas? Não basta a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana? Onde está o compromisso do Poder Judiciário? A serviço dos “homens de bem”?

6 REFERÊNCIAS

AMPARO, Taysa Matos; SANTANA, Selma Pereira. Dignidade, uma questão de justiça: a mulher, a maternidade e o cárcere. **Rev. de Criminologias e Políticas Criminais**, Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 21-44, 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/4712/pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 67, p. 335-356, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. **Boletim do Instituto de Saúde**, v. 44, p. 19-22, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/n44/n44a06.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BELLO, Ney. **O Juiz combatente: a falácia da pós-modernidade**. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/24/o-juiz-combatente-a-falacia-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BOITEUX, Luciana. Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 21, p. 1-6, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95772/brasil_reflexoes_criticas_boiteux.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Máira Costa; PANCIERI, Aline Cruvello. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do rio de janeiro. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (**Anais Eletrônicos**), Florianópolis, 2017, p. 1-13. Disponível em: <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499478926_ARQUIVO_Maternidadefazendogenero.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRAGA, Ana Gabriela. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime**: As leis do cárcere e a construção da identidade na prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. **Rev. Quaestio Iuris**, vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579>>. Acesso em: 08 jun. 2019

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN MULHERES**, 2018. Organização, Thandara Santos. Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et.al.]. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.** 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus garante prisão domiciliar a Adriana Ancelmo.** 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365175>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Penal a Martelada:** algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens. **Estado Pós- democrático:** neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. **Sociedade sem lei:** pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Revista EPOS.** Rio de Janeiro, vol. 2, nº 2, p. 1-17, jul/dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2019.

KHALED JÚNIOR, Salah. H. **Discurso de Ódio e Sistema Penal.** 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018.

RAVAGNANI, Christopher Abreu.; GOMES, Luíza Gomes Campos Batista; NEVES, Bruno Humberto. O dolo eventual dos atores processuais em decisões penais arbitrárias. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 2, p.235-252, nov. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/87902/51578>. Acesso em: 28 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes; KHALED JÚNIOR, Salah. H. **In dubio pro hell:** profanando o sistema penal. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto:** as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PRISÕES DE SEGURANÇA MÁXIMA: origem histórica e discussões atuais

SUPER MAXIMUM-SECURITY PRISONS: historical origin and current discussions

RAYNEIDER BRUNELLI DE OLIVEIRA FERNANDES

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Analista Judiciário da Seção Judiciária do Paraná.

Resumo: As penitenciárias de segurança máxima (*supermax*) surgiram nos Estados Unidos durante a década de 1980, e possuem como características essenciais o modelo de concentração e o isolamento individual prolongado. Peças-chave da agenda de endurecimento contra o crime (“*tough on crime*”), esses estabelecimentos penais são questionados em relação às condições de confinamento dos presos, aos critérios de admissão, à eficácia no controle do mau comportamento carcerário e no tocante à justiça dos procedimentos de inclusão e transferência. Em breve análise, explora-se o contexto histórico que desencadeou o advento dos presídios *supermax*, além de discussões travadas na literatura jurídica e na jurisprudência estrangeiras referentes à temática.

Palavras-chave: Prisões de segurança máxima. Prisões dentro de prisões. Modelo de concentração.

Abstract: The super maximum-security prisons (*supermax*) emerged in the United States, during the 1980s, and present as their essential characteristics the concentration model and the long-term solitary confinement of inmates. Key to the tough on crime agenda, these prisons are questioned with regard to prisoners' conditions of confinement, admission criteria, effectiveness in controlling prison misconduct and the fairness of the inclusion and transfer procedures. In brief overview, it's explored the historical context that triggered the emergence of *supermax* prisons, as well as discussions in the foreign legal literature and jurisprudence related to the theme.

Keywords: Supermax Prisons. Jails within prisons. Concentration model.

1 1 INTRODUÇÃO

As penitenciárias de segurança máxima são símbolo da nova penalogia, arrefecedora dos propósitos reabilitadores do tratamento penal, que passou a prevalecer a partir da década de 1970, com o início da crise do Estado de Bem-Estar Social e da “guerra contra as drogas” (*war on drugs*).

Com o discurso de salvaguarda da segurança pública e de manutenção da ordem e disciplina do sistema carcerário, as prisões de segurança máxima surgiram para abrigar os presos mais problemáticos, chamados de “piores dos piores” (*worst of the worst*).

Esses estabelecimentos, de origem estadunidense, são questionados quanto ao seu custo-benefício do ponto de vista social e econômico. Sob a perspectiva jurídica, discute-se a constitucionalidade das condições de confinamento e a correção dos procedimentos de inclusão e transferência.

Justifica-se o presente trabalho pelo baixo interesse da ciência da direito na construção de uma análise teórica sistemática sobre as prisões de segurança máxima, que poderia auxiliar na compreensão desse fenômeno. Igualmente, não se têm notícias da existência de estudos empíricos sobre as condições de confinamento em presídios de segurança máxima brasileiros, evidenciando a duração da custódia, a frequência dos motivos ensejadores da inclusão e análises comparativas do histórico criminal dos presos.

Apesar de tais penitenciárias abrigarem menos de 1% da população carcerária, eles exercem um papel simbólico e ideológico relevante para a cultura de controle de delito contemporânea. Pouco se sabe sobre a eficácia desse tipo de tratamento penal, embora informações anedóticas sejam comuns.

A presente pesquisa teórica trilha a vertente jurídico-sociológica, propondo-se a compreender o objeto de estudo no ambiente social mais amplo¹. Discute-se, em análise sintética, o papel das penitenciárias federais no controle do delito. Para tanto, apresenta-se o

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22.

contexto histórico de surgimento desses estabelecimentos penais, bem como as controvérsias sobre as condições de confinamento na literatura jurídica norte-americana.

2 HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DOS PRESÍDIOS DE SEGURANÇA MÁXIMA

Historicamente, sempre houve “prisões dentro de prisões” porque existem pessoas dentro do ambiente carcerário que incitam perturbações, atos de violência, tentativas de fuga e atacam os presos mais fracos. Ordem e segurança são objetivos prioritários de qualquer presídio. Por isso, administradores de unidades prisionais separam fisicamente dos demais reclusos esses internos que adotam comportamento antissocial. Nos últimos anos, principalmente a partir da década de 1970, essas providências têm sido tomadas seguindo um procedimento pautado no contraditório².

Perfilhando a agenda de endurecimento contra o crime (*tough on crime*), muitos países têm construído prisões, cujos custos de construção e de operação são acima da média, com o propósito específico de encarcerar pessoas sob condições extremamente rígidas, em isolamento prolongado e com severas restrições a interações sociais. Tal política decorre da mudança identificada no modo de tratamento dos presos problemáticos, que migrou do modelo de dispersão, consubstanciado na tentativa de evitar que presos desordeiros se agregassem/organizassem, para o modelo de concentração, baseado na criação de unidades específicas para lidar com essa categoria de internos. A premissa do modelo de concentração é que a população carcerária em geral será mais fácil e seguramente gerida se os reclusos problemáticos são completamente removidos³. Pensa-se que, além de diminuir os problemas de outros presídios, o modelo de concentração assume papel dissuasório no sistema como um todo, desestimulando o cometimento de delitos dentro do ambiente carcerário⁴.

² RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons**: Overview and General Considerations. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, 1999, 35 p.

³ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons**: Overview and General Considerations. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, 1999, 35 p.

⁴ BAUMGARDNER, Marisa M. **Supermax Confinement**: A Descriptive and Theoretical Inquiry. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011, fls. 7-8.

O modelo de concentração foi experimentado, inicialmente, nas penitenciárias de Auburn, Nova York (1821), do Leste da Pensilvânia (1829) e de Alcatraz, na Baía de São Francisco (federalizada em 1934 e desativada em 1963).

Com o tempo, Alcatraz (*'The Rock'*) passou a abrigar criminosos notórios que se provaram intratáveis em outras penitenciárias, como Robert Stroud (conhecido como *'Bird of Leavenworth'*); escapistas, como Frank Morris; gângsters, a exemplo de Al Capone e Machine Gun Kelly; e, ocasionalmente, espiões, como Morton Sobel. O custo financeiro elevado de operação e manutenção da prisão de Alcatraz e a filosofia da reabilitação, que era a preferida à época, fizeram com que o *Federal Bureau of Prisons* desacreditasse o modelo de concentração como solução recomendável para lidar com os presos tidos como “piores”⁵.

A prisão de Alcatraz, na Baía de São Francisco reunia duas características fundamentais do modelo das atuais *supermax*: 1) o isolamento individual prolongado e; 2) o modelo de concentração, que é a criação de unidades específicas para lidar com certos tipos de presos⁶.

A primeira *supermax* norteamericana, em Marion, Illinois, foi construída com o objetivo de substituir a Penitenciária de Alcatraz. Contudo, como não estava completamente edificada quando Alcatraz foi desativada, o *Federal Bureau of Prisons* dispersou os presos pelo sistema prisional federal.

O modelo de dispersão foi adotado por vinte anos, com oscilação da política de endurecimento das regras carcerárias. A Penitenciária de Marion, em 1979, foi a primeira a receber a classificação nível 6 – até então o patamar máximo do *Federal Bureau of Prisons* era o nível 5 – e sua nova missão era prover segregação de longo prazo para presos do sistema federal que: (i) tivessem ameaçado ou agredido outros custodiados ou agentes públicos; (ii) possuíssem armas letais ou drogas perigosas; (iii) perturbassem a ordem operacional do presídio; (iv) escapassem ou tentassem escapar usando de violência ou armas letais. Malgrado, o propósito de implantar em Marion um intenso sistema de vigilância não foi facilmente atingido. Entre fevereiro de 1980 e junho de 1983, houve 14 tentativas de fuga, 10

⁵ KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? *Punishment & Society*, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

⁶ BAUMGARDNER, Marisa M. *Supermax Confinement: A Descriptive and Theoretical Inquiry*. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011, fls. 7-8.

rebeliões, 54 ataques a presos e 28 a agentes públicos, 8 homicídios de custodiados por colegas de prisão. Nesse contexto de escalada da violência, em 1983, após o assassinato dos agentes penitenciários Kluts e Hoffman, em 22 de outubro, Marion entrou em *status* de isolamento permanente (*lockdown*), e foi definitivamente retomado o modelo de concentração⁷.

Em entrevista realizada em 1984, Roy King descreve que a equipe de funcionários de Marion relatou que estava frustrada com o sistema disciplinar existente, porque não dispunham de sanções que pudessem surtir efeitos em presos que tinham pouco a perder. Na ocasião, foi contada a história de um supremacista branco, condenado a múltiplas sentenças de prisão perpétua, que se gabava dizendo que o preço por matar um preso negro era a estada de 60 dias na cela solitária (*the hole*). Os custodiados, por outro lado, apesar de não negarem a violência instalada no presídio, culpavam os funcionários, que era vistos como caipiras sulistas (*southern red-necks*), de reiteradas provocações. Sentiam que tinham sido injustamente punidos por atos alheios e reclamavam das novas regras, mais restritivas, de funcionamento do local⁸.

O modelo de concentração impacta os agentes penitenciários das prisões de segurança máxima, elevando o nível de stress e de tensão da equipe de funcionários, pois ela tem a missão de lidar diariamente com os presos de pior reputação, o que costuma ser um desafio. Há, ainda, a chance de desenvolvimento da chamada “síndrome nós/eles” (*we/they syndrom*), tornando a relação com os presos adversarial, marcada por dominação e, em contrapartida, resistência⁹.

A escalada da violência durante as décadas de 1980 e 1990 disseminou o modelo de Marion (“*marionization*”), de modo que, em 1997, já havia 55 prisões *supermax* operando nos Estados Unidos. Em 1998, 20.000 presos estavam alocados em estabelecimentos de segurança máxima¹⁰.

⁷ KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? **Punishment & Society**, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

⁸ KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? **Punishment & Society**, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

⁹ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, 1999, 35 p.

¹⁰ STOHR, Mary; WALSH, Anthony; HEMMENS, Craig. **Corrections: a text/reader**. 2. ed. Los Angeles, Londres: Sage, 2012, p. 239-240.

O *National Institute of Corrections* conduziu pesquisa, em 1997, sobre as prisões de segurança máxima nos estados de Minnesota, Arizona, Califórnia, Colorado, Illinois, Nova Iorque, Pensilvânia, Texas e Virgínia e traçou o perfil geral desses estabelecimentos: (i) acomodação que é fisicamente separada, ou ao menos segregável, de outras unidades e instalações, na qual (ii) um ambiente controlado focado em questões de segurança, por meio da segregação individual e movimentação restrita, é destinado a (iii) presos que foram identificados em um processo (de cunho mais administrativo que disciplinar) como necessitados de tal controle com base em seu comportamento violento e disruptivo em outros presídios¹¹.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal brasileira expõe que os estabelecimentos penais da União se destinam a abrigar uma categoria especial de presos. O Decreto n. 6.877/2009 elenca as hipóteses de inclusão no Sistema Penitenciário Federal, assentando que o preso deve possuir ao menos uma das características enumeradas no art. 3º.

Nos Estados Unidos, os critérios de admissão em presídios de segurança máxima dos Estados Unidos não são uniformes, mas, normalmente, englobam o comportamento violento reiterado, o risco de fuga, a participação em rebeliões, a ameaça à segurança institucional e a participação em facções criminosas¹².

Apesar de os custodiados das penitenciárias de segurança máxima serem chamados de “piores dos piores”, nem todos eles foram alocados nessas prisões em razão de mau comportamento carcerário. Alguns são presos provisórios e estão ali em razão do histórico criminal, normalmente ligado a facções criminosas¹³.

Riveland define *supermax* como unidade de custódia altamente restritiva inserida numa instalação segura que isola presos da população carcerária em geral e de uns dos outros, em razão de crimes graves, reiterado comportamento agressivo/violento, risco de fuga, e da incitação ou ameaça de incitação da perturbação da ordem prisional. O autor constatou que a qualificação *supermax* nem sempre designava o mesmo tipo de unidade prisional ou o mesmo

¹¹ KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? **Punishment & Society**, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

¹² BUTLER, H. D.; GRIFFIN, O. H.; JOHNSON, W. W. What Makes You the “Worst of the Worst?” An Examination of State Policies Defining Supermaximum Confinement. **Criminal Justice Policy Review**, v. 24, issue 6, p. 676-694, 2013.

¹³ TOCH, Hans. Sequestering gang members, burning witches, and subverting due process. **Criminal Justice and Behavior**, v. 32, n. 2, p. 274-288, feb. 2007.

regime de encarceramento. A pesquisa revelou que algumas *supermax* abrigavam somente presos que não poderiam ser controlados pelas regras gerais de segregação; outras são extensão de estabelecimentos penais comuns. Algumas agências preveem programas de transição que oferecem privilégios semelhantes àqueles disponíveis para a maioria da população carcerária. Concluiu que: i) não há uma definição universal do que são as prisões *supermax* e sobre quem deveria ser alocado nelas; ii) algumas jurisdições usam instalações de segurança máxima de forma intercambiável com a segregação disciplinar e/ou administrativa; iii) os processos de admissão e liberação referentes às *supermax* não são uniformes, inclusive em relação à autoridade competente para tomar a decisão final; iv) o tempo de permanência nas unidades também varia, sendo que em algumas jurisdições existe prazo pré-determinado e em outras não. À vista dessa assimetria, Riveland questiona se valeria à pena arriscar a expansão critérios de admissão para além do que seria absolutamente necessário e propõe a realização de análise custo-benefício para avaliar melhor os ganhos derivados dos presídios de segurança máxima¹⁴.

3 DISCUSSÕES ATUAIS SOBRE AS PRISÕES DE SEGURANÇA MÁXIMA

Regimes disciplinares diferenciados e presídios concebidos para presos perigosos e desordeiros são fontes de controvérsia no campo da execução penal há algum tempo. De um lado, defende-se a necessidade de tais unidades devido à dificuldade de manter a ordem em estabelecimentos superlotados e à forte atuação de facções criminosas. De outro, sugere-se que tais mecanismos são cruéis e desumanos, suscetíveis de abusos e causam danos aos custodiados.

Anteriormente ao advento dos presídios de segurança máxima, cada estabelecimento penal tinha sua própria cela solitária (*segregated confinement*), a qual era vista pela Suprema Corte como parte da experiência prisional (*Hewitt v. Helms*, 1983). Pensava-se que a

¹⁴ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons**: Overview and General Considerations. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, 1999, 35 p.

segregação e a privação fariam com que os desviados entrassem na linha, mas, ao invés disso, alguns se transformaram em líderes da criminalidade¹⁵.

O confinamento em presídios de segurança máxima representa o que Kurki e Morris descreveram como uma “nova forma de dupla incapacitação”: não somente isolar os presos do resto da sociedade, mas também separa-los do ambiente carcerário convencional¹⁶.

Essas políticas públicas se fazem particularmente relevantes quando uma insegurança mais geral, derivada da precariedade das relações sociais e econômicas na sociedade pós-moderna, é difusamente experimentada¹⁷. A punição não deve ser compreendida como mera consequência do delito, até porque a própria existência do crime depende do contexto fático subjacente.

No contexto estadunidense, diversos autores assumem que, por sua natureza, o encarceramento em prisões *supermax* obstrui a ressocialização, a provisão de comodidades/serviços aos seus internos e inibe a sociabilidade de tais pessoas¹⁸. Outros teóricos sustentam que o confinamento em presídios de segurança máxima pode causar ou intensificar doenças mentais. Craig Haney, que realizou pesquisa na Penitenciária de Pelican Bay, constatou significativos efeitos psicopatológicos resultantes do confinamento prolongado. O autor descreve que, em síntese, a literatura médica aponta que o isolamento solitário involuntário, com duração de superior a dez dias, já ocasiona efeitos psicológicos negativos, como depressão, raiva descontrolada, hipertensão, pensamentos e comportamentos suicidas e alucinações¹⁹.

A política de endurecimento (*get tough*) advoga por uma prisão “sem frescuras”. Tais presídios deveriam prover menos serviços (educacionais, de assistência à saúde e recreativos), estimular o confinamento solitário e enfatizar a função aflitiva da pena. Não existem, porém,

¹⁵ HARTMAN, Kenneth E. Supermax Prisons in the Consciousness of Prisoners. **The Prison Journal**, v. 88, n. 1, p. 169-176, mar. 2008.

¹⁶ KURKI, L.; MORRIS, N. Supermax prisons. **Crime and Justice**, n. 28, p. 385-424, 2001.

¹⁷ GARLAND, David. **La cultural del control**: crimen y ordem social en la sociedade contemporánea. Tradução de Máximo Sozzi. Barcelona: Gedisa editorial, 2005, p. 225.

¹⁸ Cf.: RHODES, L. A. **Total confinement**: Madness and reason in the maximum-security prison. Los Angeles: University of California Press, 2004. LOVELL, D.; JOHNSON, L. C.; CAIN, K. C. Recidivism of supermax prisoners in Washington State. **Crime and Delinquency**, n. 53, p. 633-656, 2007.

¹⁹ Cf.: HANEY, Craig. Mental Health Issues in Long-Term Solitary and “Supermax” Confinement. **Crime and Delinquency**, v.49, n.1, p. 124-156, jan. 2003.

evidências empíricas de que prisões “sem frescuras” são mais efetivas na redução do mau comportamento carcerário²⁰.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou a ADI n. 4.162, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que questiona a validade do Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela Lei n. 10.792/2003.

Nos Estados Unidos, a *U.S. District Court of the Northern District of California*, no julgamento do caso *Madrid v. Gomez* (1995), presidido pelo Juiz Thelton Henderson, avaliou a constitucionalidade das condições de confinamento e as práticas operacionais da Penitenciária Estadual Pelican Bay (*Pelican Bay State Prison*).

Na ação coletiva (*class action*), alegava-se abuso de poder, acesso inadequado a tratamento de saúde, condições de vida desumanas, exposição de risco a agressões por outros presos, acesso inadequado ao Judiciário e falha na separação dos membros de gangues²¹.

A decisão documentou a ocorrência de uma série de violações no estabelecimento penal, incluindo a prática de alocação de presos com doenças psíquicas em isolamento, com acesso mínimo a tratamento psiquiátrico, além de um “código de silêncio”, que vigorava para esconder alegações de uso abusivo da força. À vista dessas circunstâncias, a Corte determinou a remoção das pessoas com doenças psiquiátricas da Penitenciária Estadual Pelican Bay e ordenou que o *California Department of Corrections* elaborasse um plano para adequar (*compliance*) a instituição às normas constitucionais que proíbem punições cruéis e incomuns. Entretanto, o órgão jurisdicional concluiu que as condições básicas de encarceramento da Penitenciária Estadual Pelican Bay eram constitucionais, valendo-se do raciocínio adotado no precedente da Suprema Corte *Farmer v. Brennan* (1994). Pondera Keramet Reiter que a Penitenciária Pelican Bay havia sido instalada em 1993, de modo que, quando do julgamento do caso *Madrid v. Gomez*, não era possível avaliar todos os efeitos do isolamento prolongado. Ademais, existiria diferença substancial em relação à situação fática que ensejou o entendimento fixado no caso *Farmer v. Brennan*, o qual dizia respeito à omissão/indiferença

²⁰ FRENCH; Sheila A.; GENDREAU, Paul. Reducing prison misconducts: What Works! **Criminal Justice and Behavior**, v. 33, n. 2, p. 185-218, 2006.

²¹ BAUMGARDNER, Marisa M. **Supermax Confinement: A Descriptive and Theoretical Inquiry**. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011, fl. 46.

deliberada de agentes estatais às vulnerabilidades, sobretudo à violência sexual, que uma mulher transgênero se sujeitaria em uma unidade prisional masculina²².

Apesar das críticas, o precedente *Madrid v. Gomez* consolidou a visão de que as condições gerais de confinamento das prisões *supermax* são compatíveis com a proibição de penas cruéis e incomuns da oitava emenda da constituição estadunidense. É interessante notar que dispositivos de tratados e convenções internacionais ratificados pelos Estados Unidos, que trazem uma ampliação do âmbito de proteção da 8ª emenda para também banir tratamentos penais de tortura, desumanos e degradantes, não tem surtido qualquer efeito, guiando-se os administradores públicos pela jurisprudência nacional e pela vontade popular²³.

Atualmente, existe volumosa literatura estrangeira apontando que o confinamento em presídios de segurança máxima pode causar danos à saúde mental dos presos, acarretando perda de habilidades sociais e de autocontrole²⁴, em virtude de fatores como ausência de contato humano significativo, poucas interações sociais, ociosidade e procedimentos ostensivos de vigilância. Obviamente, há pessoas que, por serem mais resilientes, não sofrem danos psicológicos em razão dessa experiência, mas isso não exclui nem diminui os efeitos adversos do isolamento. Em *Ruiz v. Johnson* (1999), julgado pela *US District Court for the Southern District of Texas*, foi registrado que a cultura do sadismo continuava a permear o sistema prisional, tendo custodiados mentalmente adoecidos sido trancados em ambientes insalubres, sujos de fezes e urina, sem que lhes fosse provido qualquer tratamento psiquiátrico²⁵.

O entendimento de que tais estabelecimentos penais não são apropriados para abrigar pessoas com doenças psiquiátricas foi reiterado no caso *Jones' El v. Berge* (2001), julgado pela *U.S. District Court for the Western District of Wisconsin*. Em *Wilkinson v. Austin* (2005), envolvendo a Penitenciária Estadual de Ohio, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o preso possui o direito constitucional de se insurgir contra a sua inclusão nessa unidade prisional porque ela impõe condições mais restritivas do que em qualquer outra prisão de

²² REITER, Keramet. *Supermax Administration and the Eighth Amendment: Deference, Discretion, and Double Bunking*, 1986–2010. **UC Irvine Law Review**, v. 5, p. 89-152, abr. 2015.

²³ KING, Roy D. *The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem?* **Punishment & Society**, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

²⁴ RHODES, Lorna A. *Pathological Effects of the Supermaximum Prison*. **American Journal of Public Health**, v. 95, n. 10, p. 1692-1695, 2005.

²⁵ HANEY, Craig. *A culture of harm: Taming the Dynamics of Cruelty in Supermax Prisons*. **Criminal Justice and Behavior**, v. 35, n. 8, p. 956-984, aug. 2008.

Ohio. Na ocasião, o tribunal entendeu que o procedimento adotado pelas autoridades estaduais era compatível com a 14ª emenda da constituição. O caso *Wilkinson v. Austin* (2005) remetia a *Sandin v. Conner* (1995), no qual a Suprema Corte assentou que existe interesse de liberdade (e o devido processo legal é necessário) quando a pena ou as condições de seu cumprimento exorbitam aquilo que é normalmente esperado da sentença²⁶.

Hans Toch²⁷ enxerga que o procedimento de inclusão em prisões *supermax* de pessoas apontadas como membros de gangues assemelha-se ao *Malleus Maleficarum*, o manual de caça às bruxas compilado pelos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger entre 1484 e 1487. Toch explica que os argumentos para a classificação/identificação de membros de gangues (o que suscitaria a inclusão em prisões *supermax*) e para a condenação de bruxas seguem os raciocínios semelhantes:

(a) Bruxas e membros de gangues desenvolvem suas predações de forma secreta, de modo que é árduo a qualquer observador reunir provas convencionais sobre suas atividades. Em *Malleus Maleficarum*, o manual pregava que a certeza seria inatingível e que as testemunhas deveriam ser tratadas com extrema confidencialidade, haja vista o risco considerável de retaliação, uma vez que bruxas são seres perigosos. Em *Koch v. Stewart* (2002), julgado pelo Tribunal de Apelações do 9º Circuito, os administradores dos presídios alegaram que seria injusto exigir provas específicas do envolvimento na associação criminosa porque as gangues, por sua natureza, são secretas, os seus integrantes não precisam cometer atos evidentes para atingir seus objetivos, e as condutas relacionadas à facção são difíceis de provar porquanto os seus componentes intimidam uns aos outros.

(b) Os inquisidores tinham a responsabilidade de acumular provas conjecturais e avaliar a adequação do material reunido. Na atualidade, a documentação das evidências relacionadas à filiação a gangues é levada a cabo por investigadores institucionais ou grupos/coordenadorias de inteligência, os quais são presumidamente mais familiarizados com o lado sórdido das organizações criminosas. Na prática, a pessoa incumbida desse serviço de inteligência se transforma num repositório de rumores, palpites e fofocas. Tal como o inquisidor, o agente público é forçado a recorrer a informantes anônimos cujas motivações

²⁶ BAUMGARDNER, Marisa M. **Supermax Confinement: A Descriptive and Theoretical Inquiry**. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011, fl. 46.

²⁷ TOCH, Hans. Sequestering gang members, burning witches, and subverting due process. **Criminal Justice and Behavior**, v. 32, n. 2, p. 274-288, feb. 2007.

são questionáveis. O *expert* ainda pode se basear em observações casuais no pátio do presídio e em fragmentos de elementos obtidos por meio de buscas e apreensões nas celas.

(c) Na construção da acusação contra bruxas e membros de associações criminosas, um critério determinante que compõe a narrativa é o papel e a posição do indivíduo na comunidade. As bruxas eram pessoas isoladas, pouco estimadas pelos seus vizinhos. Os inquisidores estavam conscientes de que raramente alguém testemunharia sem inimizade, porque as bruxas eram odiadas por todos. Contrariamente, presos despertam suspeita em razão de demonstrações de sociabilidade. Por exemplo, no caso *Koch v. Stewart* (2002), um custodiado do Arizona foi apontado como membro da irmandade ariana (*Aryan Brotherhood*) em virtude de uma fotografia, uma lista confiscada na cela e de ter sido visto socializando com membros da gangue. Com o avanço da informática, foi criado, no Arizona, um sistema de quantificação dos estigmas (tatuagens, listas de associados, correspondências etc.) para a verificação das suspeitas. Em *Malleus*, Kramer e Sprenger rotineiramente ordenavam que as residências de suspeitos fossem vistoriadas em busca de elementos de convicção; num estágio mais avançado da investigação de bruxaria, os corpos das acusados eram depilados e meticulosamente examinados em busca de objetos escondidos e marcas de nascença.

(d) Os julgamentos de bruxaria e a inclusão em prisões de segurança máxima assemelham-se por consubstanciar procedimentos mais simplificados, expeditos, que oferecem garantias processuais mínimas ao acusado. Em *Wilkinson v. Austin* (2005), a Suprema Corte Americana endossou a prática sustentando que fornecer um breve resumo da base factual para a revisão de classificação e permitir ao recluso uma oportunidade de refutação é suficiente para salvaguardar o preso de ser confundido com outro ou escolhido por motivo insuficiente.

Keramet Reiter, também enxergando limitações ao princípio do contraditório nos procedimentos de inclusão em presídios de segurança máxima, detectou a existência, na prática, do “*princípio da deferência judicial*” às autoridades penitenciárias tanto em relação às alegações de fato quanto às condições restritivas do cárcere da *supermax* de Pelican Bay. No início, o magistrado dava às autoridades administrativas o benefício da dúvida, implicitamente reconhecendo os desafios que enfrentam na gestão da prisão. Posteriormente,

passou a “presumir a correção” das afirmações a respeito da periculosidade do custodiado e da necessidade de imposição de medidas restritivas²⁸.

Em suma, os presídios de segurança máxima constituem temática que, apesar de negligenciada, ostenta amplo potencial exploratório, pendendo de aprofundamento o debate de uma série de questões sociais, jurídicas, políticas e econômicas a respeito desses estabelecimentos.

4 CONCLUSÕES

Os presídios de segurança máxima não são meras fortalezas de concreto e ferro, incrementadas por uma parafernália de dispositivos tecnológicos de vigilância e por procedimentos de segurança intransigentes.

Justamente por apresentarem altos de custos de construção e operação, abrigam menos de 1% da população carcerária. Porém, desempenham papel simbólico, ideológico e dissuasório significativo no sistema como um todo, atuando na tarefa de manutenção da ordem e disciplina dos cárceres.

Símbolos da política de endurecimento contra o crime, os presídios de segurança máxima são frequentemente questionados sob as perspectivas social, econômica, política e jurídica quanto às suas características essenciais (isolamento individual prolongado e severas restrições a interações sociais) e em relação aos seus procedimentos de admissão (fundados em elementos probatórios nem sempre corroboráveis). Em conclusão, perscrutar as penitenciárias de segurança máxima é basilar para a compreensão da penalogia contemporânea. Há muito para ser aprendido e discutido.

²⁸ REITER, Keramet. Supermax Administration and the Eighth Amendment: Deference, Discretion, and Double Bunking, 1986-2010. *UC Irvine Law Review*, v. 5, p. 89-152, abr. 2015.

5 REFERÊNCIAS

BAUMGARDNER, Marisa M. **Supermax Confinement: A Descriptive and Theoretical Inquiry**. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011.

BUTLER, H. D.; GRIFFIN, O. H.; JOHNSON, W. W. What Makes You the “Worst of the Worst?” An Examination of State Policies Defining Supermaximum Confinement. **Criminal Justice Policy Review**, v. 24, issue 6, p. 676-694, 2013.

FRENCH; Sheila A.; GENDREAU, Paul. Reducing prison misconducts: What Works! **Criminal Justice and Behavior**, v. 33, n. 2, p. 185-218, 2006.

GARLAND, David. **La cultural del control: crimen y ordem social en la sociedade contemporánea**. Tradução de Máximo Sozzi. Barcelona: Gedisa editorial, 2005, p. 225.

GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HANEY, Craig. A culture of harm: Taming the Dynamics of Cruelty in Supermax Prisons. **Criminal Justice and Behavior**, v. 35, n. 8, p. 956-984, aug. 2008.

HANEY, Craig. Mental Health Issues in Long-Term Solitary and “Supermax” Confinement. **Crime and Delinquency**, v.49, n.1, p. 124-156, jan. 2003.

HARTMAN, Kenneth E. Supermax Prisons in the Consciousness of Prisoners. **The Prison Journal**, v. 88, n. 1, p. 169-176, mar. 2008.

KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? **Punishment & Society**, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

KURKI, L.; MORRIS, N. Supermax prisons. **Crime and Justice**, n. 28, p. 385-424, 2001.

REITER, Keramet. Supermax Administration and the Eighth Amendment: Deference, Discretion, and Double Bunking, 1986–2010. **UC Irvine Law Review**, v. 5, p. 89-152, abr. 2015.

RHODES, L. A. **Total confinement: Madness and reason in the maximum security prison**. Los Angeles: University of California Press, 2004.

LOVELL, D.; JOHNSON, L. C.; CAIN, K. C. Recidivism of supermax prisoners in Washington State. **Crime and Delinquency**, n. 53, p. 633-656, 2007.

RHODES, Lorna A. Pathological Effects of the Supermaximum Prison. **American Journal of Public Health**, v. 95, n. 10, p. 1692-1695, 2005.

RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, 1999, 35 p.

STOHR, Mary; WALSH, Anthony; HEMMENS, Craig. **Corrections: a text/reader**. 2. ed. Los Angeles, Londres: Sage, 2012.

TOCH, Hans. Sequestering gang members, burning witches, and subverting due process. **Criminal Justice and Behavior**, v. 32, n. 2, p. 274-288, feb. 2007.

A POSSIBILIDADE DA TRANSEXUAL FEMININA FIGURAR COMO POLO PASSIVO NA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO

*THE POSSIBILITY OF THE FEMALE TRANSEXUAL FIGURE AS A PASSIVE
POLE IN THE FEMINICIDE QUALIFIER*

ITALO SCHELIVE CORREIA

Professor do curso de Direito da Universidade
Estadual do Tocantins (Unitins), departamento de
prática jurídica.

GIOVANNA PIAZZA PINHEIRO

Advogada, bacharel em Direito pelo Instituto de
Pesquisa Objetivo (IEPO)

Resumo: O gênero feminino conferiu às mulheres um caráter de subversão em razão da opressão. O feminicídio surge como a forma máxima de violência contra a mulher e reforça a existência de ideais patriarcais que conferem à mulher situação de risco apenas por sua condição de mulher. A edição da Lei nº 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) surgiu como um marco para coibir a opressão, qualificando o homicídio motivado pelo gênero e dando visibilidade a estes assassinatos, de modo a buscar a erradicação da violência contra a mulher. No entanto, surgiu espaço para discussão acerca de que sujeitos seriam abarcados pela proteção do gênero feminino conferida pela lei e quais critérios devem ser analisados para um indivíduo ser considerado “mulher”, se transexuais femininas podem ou não figurar no polo passivo do crime em comento. Deste modo, através de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e jurídicas, analisou-se as correntes existentes sobre o assunto, ponderando os critérios biológicos, psicológicos e jurídicos do que é considerado “mulher” para fins aplicação da Lei. Em análise aos conceitos de “gênero”, “identidade de gênero” e “transexual”, bem como dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e da Liberdade, concluiu-se que a Lei visa proteger o gênero feminino e deve considerar além dos critérios biológicos para conferir tal proteção.

Palavras-chave: Proteção de gênero; Feminicídio; Transexual.

Abstract: The female gender gave women a subversion character due to oppression. Femicide emerges as the ultimate form of violence against women and reinforces the existence of patriarchal ideals that place them in risky situations only because of what they are. The sanction of the law numbered 13.104/2015 as known as “Femicide Law” in Brazil, has emerged as a boundary to curb oppression, qualifying gender-motivated homicide and bringing these murders to light, in order to seek an eradication of this violence against women. However, opportunities to discuss about which subjects would be covered by the protection of the feminine gender, conferred by the law and what criteria should be analyzed for an individual to be considered "woman" have arisen, also, if female transsexuals may or may not appear in the passive pole of the crime in

discussion. Thus, by means of doctrinal, jurisprudential and juridical researches, the existing currents on the subject were analyzed, pondering the biological, psychological and juridical criteria of what is a "woman", for law application purposes. Analyzing "gender", "gender identity" and "transsexual" concepts, as well as the constitutional principles of Human Dignity, Isonomy and Freedom, it was concluded that the law aims to protect the feminine gender and should consider beyond the biological criteria to assure such protection.

Keywords: Gender protection; Feminicide; Transsexual.

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero tão latente no Brasil remonta a existência de um ideal patriarcal existente na sociedade, construído historicamente de modo a colocar mulheres em situação de submissão aos homens. Demonstrada em agressões e lesões à esfera máxima de subjugação feminina, ocorrido pelo menosprezo ao gênero feminino. O feminicídio qualifica o crime previsto no artigo 121 do Código Penal, garantindo visibilidade aos crimes cometidos em razão do gênero. Ocorre que, a Lei não é clara ao descrever o que seria levado em consideração a proteção da “mulher” para ser possível figurar no polo passivo da qualificadora em questão. Perante o exposto, o presente estudo visa o esclarecimento do significado de ser mulher, analisando a possibilidade desta lei proteger também as transexuais femininas dada a complexidade do conceito de gênero e a abrangência do que é ser mulher na sociedade.

A partir do levantamento bibliográfico jurisprudencial e pesquisas na internet, o estudo tem como objetivo analisar os conceitos de gênero, sexualidade, identidade de gênero, e a construção social dos papéis femininos que as colocou em patamar de submissão aos homens. Questionando então a aplicabilidade da qualificadora de feminicídio à pessoa transexual, levando em consideração a violência de gênero que é o principal foco do aludido diploma legal.

De início, o estudo traz as ideias de gênero, identidade de gênero e demais conceitos acerca da sexualidade humana. Trata ainda do gênero enquanto construção social, enfatizando que não se trata de um conceito fixo e imutável, demonstrando como o meio em que o indivíduo está inserido influencia para a construção de tais papéis. Trazendo a definição de transexualidade e cisgeneridade, remetendo à identidade de gênero, principal fator para determinar se o indivíduo deve ser visto e tratado como homem ou mulher perante a sociedade.

Na sequência, têm-se o mais importante deste presente estudo, que discorre sobre a subjugação feminina e o seu resultado na sociedade em índices de violência, de modo que se fez necessária a criação da qualificadora de feminicídio para combater-la. Este traz também considerações sobre a lei em comento, as hipóteses em que ocorrerá materialidade delitiva da

qualificadora e discute o que será considerado como “mulher” para fins de aplicação da lei, analisando posições doutrinárias a respeito e os princípios constitucionais cabíveis para tal análise.

Foi apresentado o posicionamento do poder judiciário acerca da proteção de gênero, trazendo casos concretos sobre o assunto e como a jurisprudência tem se comportado a respeito do tema, tendo como base os direitos conferidos às transexuais femininas na obtenção do registro civil e a aplicação da Lei Maria da Penha em seu favor.

Por fim, em análise aos conceitos de “gênero”, “identidade de gênero” e “transexual”, bem como dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e da Liberdade, concluiu-se que a Lei visa proteger o gênero feminino e deve considerar além dos critérios biológicos para conferir tal proteção.

2 GÊNERO E IDENTIDADE

As definições de sexo e gênero, apesar de andarem juntas, têm significados distintos. O “sexo” é tido como característica biológica do corpo, limitando-se ao órgão sexual de cada indivíduo e às características genéticas de seu organismo; “gênero”, por outro lado, abrange ideias que se expandem a uma construção ideológica e social do ser, trata-se da personalidade e das influências culturais geradoras da dicotomia masculino/feminino (NICHOLSON, 2000).

Em sua obra, Stuart Hall (2006) discorre sobre a identidade e sua formação, colocando-a como objeto do mundo em que o indivíduo está socialmente inserido:

(...) a identidade é formada na "interação" entre o eu e a sociedade. O sujeito ainda tem um núcleo ou essência interior que é o "eu real", mas este é formado e modificado num diálogo contínuo com os mundos culturais "exteriores" e as identidades que esses mundos oferecem (HALL, 2006, p.11).

A partir do momento em que há a imposição do masculino e feminino, ou seja, a necessidade em se encaixar em algum desses papéis, a formação social do indivíduo o leva a isso, atribuindo a si a identidade de gênero com a qual se identifica, partindo do que é atribuído ao papel masculino e feminino na sociedade. A identidade de gênero é, portanto,

aquela incorporada pelo sujeito para sua própria satisfação e realização, estando diretamente relacionada com o modo com o qual aquele se apresentará na sociedade.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em nota informativa que trata sobre questões transgêneras, conceituou a identidade de gênero como a experiência da pessoa com seu próprio gênero, podendo este divergir do sexo biológico.¹ Nesse sentido, entende-se que a identidade de gênero não está necessariamente vinculada ao sexo biológico de cada um, mas sim à forma que o indivíduo se reconhece perante a sociedade, dentro dos padrões de gênero socialmente estabelecidos. Segundo Money e Ehrhardt (1972), citados por Fausto-Sterling (2001, p.15), a identidade de gênero se trata da convicção interior de se identificar como homem ou mulher e a forma em que isso se externa através de comportamentos. Trata-se da experiência da pessoa com o gênero a que se entende como pertencente.

2.1 A construção social do gênero

Como afirma a historiadora Joan Scott (1995) as abordagens utilizadas pela maioria dos historiadores sobre gênero se dividem em duas categorias distintas: uma descritiva, que se refere à existência de fenômenos ou realidades sem interpretar, outra é de ordem causal, que elabora teorias sobre a natureza dos fenômenos e realidades, buscando interpretar como eles tomam a forma que têm.

Ainda segundo a autora, gênero é um termo utilizado para designar as relações sociais segundo os sexos. Isto é, uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. “O uso do “gênero” coloca a ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade” (SCOTT, 1995, p. 76).

A sua maior contribuição no que se refere à definição do que é gênero pode ser explicada da seguinte forma:

Minha definição de gênero tem suas partes e várias subpartes. Elas são ligadas entre si, mas deveriam ser analiticamente distintas. O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças

¹ Esta nota faz parte da campanha Livres & Iguais, que luta pelo reconhecimento legal da identidade de gênero e o fim do preconceito contra as pessoas trans.

percebidas entre os sexos e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder (JOAN SCOTT 1995, p.7).

Nos anos 60, cientistas sociais iniciaram debates com objetivo de quebrar os conceitos de determinismo biológico. Samantha Buglione (2007) corrobora com esse pensamento, exarando em sua obra o binarismo masculino-feminino como construção social. A categoria gênero foi produzida basicamente pelos cientistas sociais a partir dos anos 60-70, com o objetivo de evidenciar as determinações ou estereotipações do masculino e do feminino. Joan Scot, historiadora americana, afirma que a sociedade pensa o mundo a partir da distinção entre as diferenças biológicas de fêmeas e machos. Porém, as características de um e outro são construídas socialmente. A categoria analítica de gênero apresenta que os papéis sociais são construções históricas e sociais e não resultado linear da biologia. A significação do ser homem e ser mulher é determinada pela natureza e norma de que mulher é igual a feminino e homem igual à masculino, isso é uma construção social. Simone de Beauvoir, na sua célebre frase, já evidenciava que *não se nasce mulher, torna-se mulher*. Gadamer afirma, ainda, que o processo civilizatório do ser humano inicia no útero. É ali que valores, significados e características começam a ser dados. Mesmo não estando na natureza as características, os valores históricos que são atribuídos ao feminino e ao masculino buscam no argumento da natureza sua legitimação – é a ideia do natural que essas diferenças se fundamentam. Ou seja, uma construção social e histórica é tomada como algo inato, um fato natural, biológico (SAMANTHA BUGLIONE 2007, p.144).

Em análise ao discurso filosófico num geral, nota-se que a ideia de pessoa está sempre vinculada ao contexto social em que ela se encontra, estando a pessoa ligada ao meio em que vive (BUTLER, 2017). Compreende-se então que o gênero é construído socialmente, sendo objeto da cultura, das pessoas e do meio.

No que se concerne ao construtivismo social, Lauretis (1994) defende que:

O sistema sexo-gênero, enfim, é tanto uma construção sociocultural quanto um aparato semiótico, um sistema de representações que atribui significado (identidade, valor, prestígio, posição de parentesco, status dentro da hierarquia social etc.) a indivíduos dentro da sociedade. Se as representações de gênero são posições sociais que trazem consigo significados diferenciais, então o fato de alguém ser representado ou se representar como masculino ou feminino subentende a totalidade daqueles atributos sociais (LAURETIS 1994, p.212).

O gênero é, então, construído desde o nascimento do ser humano, em consequência das vivências e sofrendo influências do meio em que está inserido. O indivíduo já adentra na sociedade com os pré-conceitos do que é ser homem e o que é ser mulher, tendo atribuídos os papéis cabíveis a cada um. À mulher cabem os deveres de cuidado e maior sensibilidade, ao homem é atribuída a imagem de domínio e a obrigação, na maioria das vezes, somente financeira com a família. Esses papéis são sempre reforçados em várias esferas da sociedade, pela mídia, na educação, na política (o sufrágio masculino universal), por exemplo.

Isso é muito perceptível quando se observa a divisão sexual do trabalho, por exemplo, que por muito tempo e até hoje permanece – as disposições sociais que exigem que os pais trabalhem e as mães cuidem da maioria das tarefas da casa e do cuidado dos filhos. Mas claramente essas divisões não estão restritas somente ao núcleo familiar. O importante destacar aqui é que essas significações dos gêneros são tidas como consensuais em toda a sociedade e não como se fossem um conflito, justamente.

Os papéis culturais femininos e masculinos são diariamente reafirmados pela sociedade, seja a partir de comportamentos, seja por novelas, livros, revistas, propagandas, filmes, séries e músicas. Tem-se como exemplo a canção² da banda Supercombo (2014) “Que a vida é como mãe/Que faz o jantar e obriga os filhos a comer os vegetais/Pois sabe que faz bem/E a morte é como pai/Que bate na mãe e rouba os filhos do prazer de brincar/Como se não houvesse amanhã”. Desde a infância é visível a divisão que é imposta entre o que é ser homem e mulher, de brincadeiras na escola a cortes de cabelo as crianças já são educadas para separar o que se refere a menino e a menina, o que pode e não pode com relação ao gênero que lhe é conhecido.

A vinculação dos papéis sociais de gênero masculino e feminino ao sexo biológico é tão latente que leva homens gays a serem reconhecidos como femininos e mulheres lésbicas como masculinas, por não seguirem com as convenções sociais e heterossexuais atribuídas ao gênero. É o que se pode verificar nas palavras de Louro (1997, *apud* MAC AN GHAILL, 1996):

(...) é crucial manter uma conexão não-causal e não redutiva entre gênero e sexualidade. Exatamente devido ao fato de a homofobia operar muitas vezes através da atribuição aos homossexuais de um gênero defeituoso, de um gênero falho ou mesmo abjeto, é que se chama os homens gays de

² Amianto - Supercombo

“femininos” ou se chama as mulheres lésbicas de “masculinas” (LOURO 1997, APUD MAC AN GHAILL, 1996, p.198).

Por isso que quando a heterossexualidade é colocada enquanto *padrão* da sociedade, qualquer atitude que não se vincula diretamente a ela é vista como transviante e até mesmo subversivo. É por essa razão que a prática homossexual foi vista por muitos anos como enfermidade, pois é fundada na identificação do homossexual com a natureza feminina (COSTA, 1996).

Para Simone de Beauvoir (1967, p.9), “não se nasce mulher, torna-se mulher”. A autora defende a ideia de que o gênero nada mais é que uma construção social, sofrendo interferências da sociedade e da subjetividade do meio em que vive o indivíduo para a formação de sua personalidade. O gênero é, então, consolidado pela socialização e construído pelos indivíduos dentro do contexto em que estão inseridos.

2.2 Transexualidade e identidade de gênero

A ideia de gênero como construção social é evidenciada pela existência e contraposição dos conceitos de transexualidade e cisgeneridade, os quais se embasam na identidade “apresentada” pelo indivíduo. A cisgeneridade é o considerado “normal” pela sociedade. O termo cisgênero deriva do latim *cis* e diz respeito à pessoa que se identifica com o sexo biológico. Trata-se do indivíduo cuja identidade de gênero corrobora com a genética.

Em contrapartida, a transexualidade diz respeito ao indivíduo que se identifica como sendo de sexo diverso do seu biológico, nas palavras de Ramsay (1998, p. 31) “é o sentimento de infelicidade ou depressão com o próprio sexo”. Segue o mesmo pensamento Jesus (2012), ao dizer que:

Pessoas transexuais geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem “corrigir” isso adequando seu corpo à imagem de gênero que têm de si. Isso pode se dar de várias formas, desde uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos (JESUS, 2012, p.15).

Trata-se da incompatibilidade entre sexo e gênero, onde o indivíduo entende ser parte de gênero distinto daquele que lhe foi concebido no nascimento. Reforça a ideia de que gênero é construção social e que o indivíduo assume o papel do gênero a que se sente

pertencente na sociedade dentro da binariedade heterossexual em que os conceitos se baseiam (ARÁN, 2016).

Para Maria Helena Diniz (2015, p.283), trata-se da “condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto”.

Também conhecida como Síndrome da Disforia do Gênero, a transexualidade é catalogada como patologia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sob a rubrica F-64. É conhecida pela OMS como o grupo de indivíduos cujos quais, mesmo clinicamente normais, se identificam com sexo divergente ao que nasceram (OMS, 1990).

Cumprе ressaltar, ainda, que o conceito de transexual diverge com o de homossexual vez que aqui não são tratados aspectos de orientação sexual, mas sobre como o indivíduo se reconhece com seu próprio gênero (MAKSOUND et al, 2014). E nesse mesmo sentido é o entendimento de Ana Paula Ariston Barion Peres (2001) que afirma serem os transexuais pessoas “amaldiçoadas pelo aparato sexual errado”, deslocadas do próprio corpo.

A homossexualidade diz respeito ao interesse do indivíduo com o outro, trata-se de pessoas que sentem atração e querem se envolver com pessoas do mesmo sexo. O transexual, por outro lado, se identifica com sexo diverso daquele que nasceu, trata-se da forma que o indivíduo sente em seu interior com relação a si mesmo.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015):

O transexual não pode ser confundido com o homossexual, bissexual, intersexual (também conhecido como hermafrodita) ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 183)

Em suma, a transexualidade nada mais é que a incompatibilidade entre o sexo biológico e a forma que o indivíduo se identifica socialmente. Apesar de anatomicamente ser parte de um sexo, identifica-se com outro, a identidade de gênero diverge do que seu corpo expressa, o que o Conselho Federal de Medicina conhece por “desvio psicológico permanente de identidade sexual”.

3 VIOLÊNCIA E SUBJUGAÇÃO DO GÊNERO FEMININO

O patriarcalismo se fez predominante nas relações de gênero, interferindo diretamente na subjugação do feminino em detrimento ao masculino, colocando a mulher em patamar inferior ao homem. Saffioti (2015, p.47) define o patriarcado como “o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens”.

Para Scott (1995, p.78) “o patriarcado é uma forma de organização social onde suas relações são regidas por dois princípios basilares: as mulheres são hierarquicamente subordinadas aos homens, e os jovens estão subordinados hierarquicamente aos homens mais velhos, patriarcas da comunidade”.

Não é preciso ir muito longe tampouco voltar muito no tempo para trazer exemplos do patriarcado na sociedade. No ordenamento jurídico brasileiro, em um tempo não muito distante, ele se fez presente colocando mulheres em nível de submissão a homens. No Código Civil de 1916, que vigorou até o início dos anos 2000, eram inúmeros os dispositivos que colocavam a mulher em ponto de inferioridade. Em seu artigo 6º, era dada a incapacidade relativa a mulheres casadas enquanto durasse a sociedade conjugal; nos moldes do artigo 393, se a mulher se casasse de novo, perderia o direito sobre os filhos tidos no casamento anterior; no artigo 233 restava clara a posição do homem como chefe da família, sendo atribuída a ele a chefia da sociedade conjugal bem como a administração dos bens da família, mesmo que os particulares da mulher antes do casamento (BRASIL, 1916).

Saffioti (2015, p. 51), por sua vez, afirma que “um dos elementos nucleares do *patriarcado* reside exatamente no controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa a seu marido”.

A ideia de posse dada e perpetuada ao homem faz com que seja comum sentirem-se no direito de atentar contra mulheres quando estas não cumprem o papel que a elas é imposto socialmente. Diariamente mulheres são capas de manchetes por serem assassinadas por seus maridos, o feminicídio é uma realidade recorrente. Segundo o Mapa da Violência do Homicídio de Mulheres (2015), de 4.762 homicídios de mulheres no Brasil, 50,3% foram cometidos por um familiar, sendo 33,2% deste número cometidos por parceiros ou ex-parceiros, totalizando um número de 4 mortes diárias.

Em uma pesquisa levantada sobre a violência feminina, Saffioti (2015), demonstra-se que 19% das mulheres alegam por livre e espontânea vontade que já sofreram em um determinado momento (ou em vários momentos) algum tipo de violência ou agressão física e/ou psicológica da parte de homens. Assim, parte desses 19%, sendo 16% por violência e agressão física, 2% por violência psicológica e 1% por assédio sexual.

A realidade brasileira não comporta a grande demanda de casos de violência doméstica e familiar. Mesmo havendo uma proteção legislativa, esta não consegue atender a todos os casos. De acordo com tabela retirada do Mapa da Violência do Homicídio de Mulheres (WAISELFIZ, 2015), o Brasil ocupa o 5º lugar no ranking de homicídio de mulheres entre 83 países do mundo.

Estes índices demonstram a situação de vulnerabilidade em que mulheres se encontram no país e no mundo. Apesar dos avanços legislativos com fim de erradicar a violência contra mulheres, as estruturas sociais ainda se encontram embasadas em um modelo que oprime mulheres mesmo após a denúncia, tentando responsabilizá-las pela situação. Segundo Rovinski (2004):

As mulheres, quando realizam sua denúncia defrontam-se com estruturas sociais e institucionais despreparadas para recebê-las. [...] De modo geral, a impotência das instituições para dar uma solução ao problema desqualifica o sofrimento relatado e há uma tentativa de responsabilizar a própria vítima pelos fatos que está vivendo (ROVINSKI, 2004, p.65).

Algumas situações evidenciam que a violência está ligada diretamente com a questão do preconceito, como cita Ritt (2010):

Em relação à violência contra a mulher e à violência doméstica, há uma explicação suplementar para a sua grande ocorrência no Brasil. Ela não está ligada somente à lógica da pobreza ou à desigualdade social e cultural. A violência doméstica contra a mulher está ligada diretamente ao preconceito, à descriminalização e ao abuso de poder que possui o agressor com relação a vítima. A mulher, em razão de suas peculiaridades, complexão física, idade e dependência econômica, está numa situação de vulnerabilidade na relação social (RITT, 2010, p.39).

É possível, ainda, perceber a subjugação feminina na linguagem informal utilizada para referir-se a relações sexuais: a mulher tem o papel de “*dar*” e o homem de “*comer*”. Este detém uma posição ativa e dominadora e enquanto mulheres são apenas passivas de sua vontade (PARKER, 1993).

Juntamente com o conceito de “patriarcado” existe o “sexismo” como culpado da subjugação feminina, reforçando a ideia de uma relação de dominação-subordinação entre homens e mulheres (SAFFIOTI, 2015).

Então, mais que tudo isso é compreender que a diferenciação entre as pessoas por meio do gênero historicamente legitima o controle e o poder sobre a vida das mulheres. O afastamento das mulheres das esferas de poder, o controle sobre o casamento, a impossibilidade de anulação ou dissolução do casamento por muitos séculos, a proibição do aborto, a definição de quem luta no exército na guerra entre tantos outros casos são exemplos de exercício deste controle por parte do Estado à vida das mulheres. Colocar estas diferenciações em questão pode ameaçar o sistema por inteiro.

Só podemos escrever a história desse processo se reconhecermos que “homem” e “mulher” são ao mesmo tempo categorias vazias e transbordantes; vazias porque elas não tem nenhum significado definitivo e transcendente; transbordantes porque mesmo quando parecem fixadas, elas contêm ainda dentro delas definições alternativas negadas ou reprimidas (SCOTT, 1995, p.28).

A subjugação do feminino fez necessária a intervenção estatal de modo a garantir a igualdade e tentar erradicar a opressão de gênero através de ações afirmativas que visam coibir a violência.

3.1 Lei nº 13.104/2015 – lei do feminicídio

O feminicídio consiste no homicídio de uma mulher apenas pelo fato de ser mulher. Trata-se de crime qualificado pela opressão de gênero, onde o agente tira a vida da pessoa pela sua condição feminina. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (2013) definiu o feminicídio como:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. (CPMI-VCM, 2013)

Trata-se da opressão do gênero feminino de forma escancarada, reforçando a presença das relações patriarcais e da existência de um estereótipo de subjugação feminina que fora construído com o passar do tempo. Mostra que há vulnerabilidade das mulheres em função do seu gênero, subjugadas pelo homem, sendo sujeitadas a situações de risco que, nesses casos extremos, gera o fim da própria vida.

A Lei do Feminicídio surgiu como resultado do levantamento realizado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM) que, de março de 2012 a julho de 2013 investigou as políticas para enfrentamento da violência contra a mulher em todos os estados brasileiros e Distrito Federal. Esta CPMI agiu de modo a investigar a aplicação da Lei Maria da Penha, coletando informações junto ao Governo dos Estados, Tribunais de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública, para assegurar a implementação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.

Um dos principais marcos para elaboração da Lei foi a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (2011), elaborada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, cuja qual estabeleceu uma política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher que corroborou com a criação de medidas para tal.

A Lei buscou inspiração em tratados e convenções internacionais, tendo como principais referências a *Convenção Intramericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher* (1948), a *Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (CEDAW) (1979), e a *Convenção Intramericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra Violência* (1994), sendo esta última realizada em Belém do Pará, e definindo o que deve ser tratado como violência contra a mulher:

Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Artigo 2 Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (BRASIL, 1994).

Foi no ano de 2015 que, motivados pelos altos índices de violência contra a mulher, o Congresso Nacional aprovou, e a presidenta da República sancionou a Lei nº 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, que tipificou e inseriu o crime no rol de qualificadoras do homicídio e, consequentemente, ao dos crimes hediondos, com a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:(...) § 2º Se o homicídio é cometido: (...) VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.(...)§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima (BRASIL, 2015).

Depreende-se do dispositivo legal que nem todo homicídio contra mulher será enquadrado como feminicídio, uma vez que para que haja incidência da qualificadora a conduta deve ser praticada por violência doméstica ou familiar, ou pela discriminação de gênero, não bastando que a vítima do crime seja do gênero feminino. Nas lições de Gonçalves (2016), o delito deve ser motivado pela condição de sexo feminino da vítima.

Rogério Cunha (2016, p.63) ensina que “A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade”. Bittencourt (2016) frisa ainda que a criação da qualificadora foi baseada na proteção do gênero feminino, sendo aplicada em caso de homicídio motivado por razão de gênero.

Para garantir a efetiva proteção do gênero e separar dos demais o que seria homicídio por razões de gênero – *feminicídio* – o legislador trouxe duas ocasiões em que ocorrerá a tipificação em questão, sendo: (i) violência doméstica ou familiar; (ii) menosprezo ou discriminação pela condição de mulher (BITTENCOURT, 2016).

No que diz respeito ao inciso I, que trata da violência doméstica e familiar, são reconhecidas assim aquelas descritas no art. 5º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), que diz, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o

espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Rogério Cunha (2016, p.64) aduz ainda que a violência não deve ocorrer necessariamente sob a cumulatividade do âmbito doméstico e do ciclo familiar, não havendo óbice de que ocorram de forma independente, ou seja, apenas no âmbito doméstico por alguém que não tenha vínculo familiar, ou fora do ambiente doméstico, mas por alguém do âmbito familiar. Bittencourt (2016) traz como exemplo desta hipótese o caso de pessoa estranha à relação familiar que coabita com o agressor, bem como o caso de empregados que prestam serviços recorrentes à família, ambos podem figurar no polo passivo do crime, mesmo sem que haja concorrência de violência doméstica e familiar.

Cumprе ressaltar que para ser tipificado o crime de feminicídio nos termos do inciso I, a agressão deve ocorrer com base no gênero feminino, de modo que o fato da vítima ser esposa, companheira, filha e afins não se trata de requisito único para qualificação do homicídio, devendo a conduta ser praticada também pela opressão de gênero. A definição de violência doméstica e familiar dada pela Lei Maria da Penha, e utilizada para parametrizar o inciso I da qualificadora de feminicídio, dá ênfase a proteção do gênero feminino, pois traz como requisito para que seja caracterizada a necessidade da ação ou omissão ser baseada no gênero feminino. Gonçalves (2016) traz como exemplo o seguinte caso concreto:

Em conclusão, se o marido mata a esposa porque ela não quis manter relação sexual ou porque não acatou suas ordens, ou, ainda, porque pediu o divórcio, configura-se o feminicídio. No entanto, se ele mata a esposa visando receber o seguro de vida por ela contratado, não se tipifica tal delito, e sim homicídio qualificado por motivo torpe. O crime de feminicídio pode também ser praticado contra filha, motivado, por exemplo, pelo fato dela ter saído de casa para ir a uma festa usando saia curta (GONÇALVES, 2016, n.p).

No que se concerne ao inciso II, que tipifica o feminicídio por menosprezo ou discriminação pela condição de mulher, entende-se por menosprezo o desprezo, aversão, repulsa ou repugnância pelo gênero feminino, e a discriminação como a forma diferente de tratamento para com as mulheres em função de seu gênero (GRECO, 2017). Capez (2016) dá ênfase ao machismo presente na conduta ao dizer que este “faz com que homens ignorantes se

sintam superiores às mulheres e que essa condição ainda lhes daria o direito de matar a mulher como ser inferior”.

A doutrina ainda é falha na conceituação deste inciso, visto que o legislador deu sentido amplo para menosprezo e discriminação à condição de mulher, sendo, nas lições de Cunha (2016), um tipo aberto e cabe ao julgador estabelecê-lo em caso concreto, sendo necessária a análise das circunstâncias do fato para determinar se houve incidência da qualificadora. Trata-se de qualificadora de natureza subjetiva, pois está relacionada com a esfera interna do agente (CAPEZ, 2016).

A qualificadora trouxe ainda causas de aumento de pena, majorando a sanção nas hipóteses de o crime ocorrer durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra menor de quatorze e maior de sessenta anos, ou pessoa com deficiência e na presença de ascendente ou descendente da vítima. Ressalta-se a necessidade de o agente ter conhecimento das causas de aumento de pena, por se tratar de crime doloso, já que o direito penal veda a responsabilidade penal objetiva (BITTENCOURT, 2016).

No que diz respeito ao sujeito ativo do crime, a doutrina é majoritária ao entender que o crime pode ser cometido tanto por homem quanto por mulher, uma vez que a qualificadora leva em conta apenas a condição de gênero feminino do sujeito passivo, podendo o sujeito ativo ser de gênero masculino ou feminino, havendo a incidência da qualificadora em relações homoafetivas femininas, por exemplo (GRECO, 2017). Segue o mesmo raciocínio Capez (2016, p. 89) ao dizer que “nem sempre o sujeito ativo precisa ser homem, podendo ser uma mulher também”, e Cunha (2015) reforçando que:

Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher (CUNHA, 2015)

Desta forma é também o entendimento jurisprudencial tido pelo STJ (2015):

O sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação (BRASIL, STJ, 2015)

Concernente ao polo passivo da qualificadora de feminicídio, não há entendimento pacífico acerca de quem será abarcado pela Lei, vez que o legislador não trouxe o significado

de “mulher” para fins de aplicação da Lei, cabendo esta análise ao caso concreto e a definições doutrinárias e jurisprudenciais.

3.2 O transexual como polo passivo e a proteção conferida ao gênero feminino

Durante seu processo de criação, a Lei do Feminicídio fora alvo de polêmicas no que se tange a quem poderia figurar no polo passivo da qualificadora. No Projeto de Lei nº 8345/2014, de origem do Senado Federal, constava a redação de “matar alguém por razões de gênero feminino”, assim como a redação da Lei Maria da Penha, de modo que levava em consideração não os aspectos biológicos do que é ser mulher, mas o psíquico que abrange o meio social e a forma como o indivíduo se apresenta na sociedade. Ocorre que, durante a tramitação pela Câmara dos Deputados, houve emenda que substituiu a expressão “gênero” pela expressão “sexo”, mediante pressão da bancada religiosa, para que transexuais não fossem amparados pela lei (CAVALCANTE, 2015).

Aqui, levanta-se a discussão sobre o que é ser mulher, havendo três posicionamentos relevantes no que se tange ao transexual como polo passivo do crime de feminicídio, sendo: sexo biológico, psicológico e jurídico.

Quanto ao sexo biológico, este é reconhecido como o que consta no código genético do indivíduo, o sexo de seu nascimento, é o que ensina Barros (2015):

O critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) sexomorfológico ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.); b) sexo genético ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais (XY – masculino e XX - feminino) e; c) sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculino ou feminino (BARROS, 2015, n.p).

Trata-se da identificação da mulher através da sua composição genética e cromossômica (BITTENCOURT, 2016). Por esta corrente, não se admite o transexual feminino como polo passivo no crime de feminicídio vez que, mesmo após a cirurgia, seu código genético não se altera, permanecendo biologicamente homem.

No que diz respeito ao sexo psicológico, este trata da forma com o que o indivíduo se identifica, o sexo com o qual sente pertencer, neste caso o feminino, onde mesmo biologicamente masculino, age e sente-se como mulher. É o caso dos transexuais, que tem aversão pelo sexo com o qual nasceram e assumem papéis femininos na sociedade, com ou sem reversão genital (FRANÇA, 2012).

Mello (2015) afirma que, sob o prisma psicológico, o critério biológico deve ser desconsiderado, devendo ser identificada como mulher aquelas cujo psíquico e comportamentos condizem com o feminino.

Há ainda o critério jurídico, defendido por boa parte da doutrina, que, nas palavras de Greco (2017, p. 80), reconhece como mulher “somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino”.

Segue o mesmo entendimento Cunha (2016) ao alegar que a qualificadora deve ser aplicada às mulheres assim juridicamente reconhecidas. Sob esta ótica, entende-se que, uma vez que o indivíduo foi juridicamente reconhecido como mulher, inclusive com aquisição do direito de ser reconhecido como sendo do gênero feminino em seu registro, não há óbice na aplicabilidade da Lei do Feminicídio, pois tal reconhecimento garante os mesmos direitos conferidos a mulher.

Nesse mesmo sentido, discorrem Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2015), corroborando com o pensamento de que a qualificadora do feminicídio trata da proteção do gênero feminino, devendo ser aplicada quando a violência se basear neste:

Mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5º, parágrafo único da Lei 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio (BIANCHINI e GOMES, 2015, n.p).

Sob a ótica do princípio da reserva legal, no direito penal não se admite analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do agente, logo, os autores não admitem a aplicação da qualificadora em violência contra homossexual por não se tratar de gênero feminino (BIANCHINI e GOMES, 2015).

No entanto, entende-se que a qualificadora visa tutelar a proteção do gênero feminino e, no caso dos transexuais, é totalmente cabível por não tratar-se de analogia e sim de direitos do indivíduo que é juridicamente reconhecido como mulher e deve assim ser tratado em respeito à sua dignidade, deste modo Greco (2006, p. 530):

Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal (GRECO, 2006, p. 530).

Para Bittencourt (2016), trata-se de garantia jurídica e, diante da diversificação sexual que existe atualmente, meros critérios psicológicos e biológicos não são o suficientes para dispor sobre o conceito de “mulher”, sendo o critério jurídico o único com segurança o suficiente para tal. Segundo o autor:

(...) é irrelevante que tenha nascido do sexo feminino, ou que tenha adquirido posteriormente, por decisão judicial, a condição legalmente reconhecida como do sexo feminino. Nesses casos, não cabe discutir no juízo penal a justiça ou injustiça, a correção ou a incorreção de sua natureza sexual. Cumpridas essas formalidades, a pessoa é reconhecida legalmente como do sexo feminino e ponto-final. É *mulher* e tem o direito de receber as mesmas garantias à mesma proteção legal dispensada a quem nasceu mulher (BITTENCOURT, 2016, p. 101).

Mello (2015) corrobora com tal pensamento ao expor que mulheres transexuais usam nome feminino, se comportam como mulheres e aparentam ser mulheres, buscando e, mais ainda, necessitando, serem tratadas como quaisquer outras mulheres. E ainda aduz que o crime de feminicídio não buscou qualificar a morte de mulheres, mas sim proteger o gênero feminino enquanto construção social e qualificar os homicídios cometidos por essa razão, caso contrário, puniria crime cometido contra mulher ao invés de se utilizar da expressão “por razões da condição de sexo feminino”.

Trata-se acima de tudo de preservar a garantia do indivíduo enquanto parte do gênero feminino, devendo ser garantido à este todos os direitos conferidos à mulher, inclusive sua proteção e tutela da vida.

3.2.1 Da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia e da liberdade

A teoria da hierarquia normativa explica que a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) é norma hierarquicamente superior às demais, possuindo assim, supremacia perante outras normas e atos normativos inseridos no sistema. Desta forma:

(...) o ordenamento jurídico pode ser visualizado como um complexo escalonado de normas de valores diversos, no qual cada norma ocupa uma posição intersistêmica, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos. Nessa linha de raciocínio, uma norma só será válida acaso consiga buscar seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, até que se chegue à norma última, que é a norma fundamental (KELSEN, 1995, p.248).

Sendo assim, segundo Mello (1980) a violação de um princípio constitui ato muito mais gravoso do que a transgressão de uma norma, visto que implica não somente a ofensa a um mandamento específico obrigatório, como também no desrespeito a todo o sistema normativo.

A CRFB/88 trouxe como princípio basilar e fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana que, nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2012):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET 2012, p.73).

Exprime-se do referido princípio de que cada indivíduo tem o direito de uma vida digna e, no caso dos transexuais, com respeito à sua condição de gênero. Esta garantia pode ser observada também na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (2002) que em seus artigos assegura o respeito à dignidade independente das características genéticas, *in verbis*:

Artigo 1 O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade. Artigo 2 a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna

imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade (UNESCO, 2001, n.p)

Ainda no contingente dos princípios constitucionais, tem-se o princípio da isonomia que, no art. 5º da CRFB/88 garante a igualdade de todos perante a lei, sem que haja distinção de qualquer natureza. Na sequência, em seu inciso I, garante tratativa igual entre homens e mulheres, sem discriminação de gênero.

No que se tange ao tratamento igual dado pela CRFB/88, cumpre ressaltar a existência das igualdades formal e material que, nas lições de Rios (2001):

Enquanto a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente, a igualdade na lei (igualdade material) exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face das hipóteses distintas (RIOS, 2001, p.74).

Trata-se da máxima do direito “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”, entendendo-se que os indivíduos devem ser tratados de modo que a igualdade seja garantida, mesmo que por tratativas desiguais para fins de assegurar este direito.

Ainda sobre a garantia de igualdade dada a homens e mulheres, deve ser ressaltada a abrangência de transexuais, visto que a CRFB/88, ao proibir a discriminação, garantiu a livre opção sexual sendo vedado qualquer preconceito. Desta forma é o entendimento dado pelo artigo 5º *caput* da CRFB/88 que garantiu também a liberdade sexual do indivíduo.

Desta forma, vislumbra-se pelo dispositivo constitucional a garantia de tratamento diferenciado às mulheres no que se tange ao crime de feminicídio como opressor do gênero feminino, para garantia da igualdade. Ainda no contingente aos princípios constitucionais, observa-se que a partir da isonomia e liberdade é viável a extensão da proteção de gênero aos transexuais, visto que por se reconhecerem como do gênero feminino, não devem ser tratados como homens cisgêneros.

4 A VISÃO DO JUDICIÁRIO SOBRE A PROTEÇÃO EXTENSIVA DA LEI

Analizados os posicionamentos doutrinários e as disposições legislativas acerca da tutela do gênero feminino e a possibilidade do transexual figurar no polo passivo da qualificadora, este capítulo visa demonstrar como o poder judiciário tem se comportado diante destes casos na prática e como se posiciona acerca da subjugação e opressão do gênero feminino, adotando extensivamente o conceito do termo “mulher”.

4.1 A decisão paradigma do TJ-SP

Em outubro de 2016, a mídia foi lotada por manchetes que traziam um acontecimento até então inédito. A 3ª Vara do Júri do Foro da Capital do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) aceitou a primeira denúncia de feminicídio cujo polo passivo do crime era uma transexual.

No caso em tela, a vítima era companheira do agressor há dez anos, mantendo um relacionamento e coabitando. O caso ocorreu no dia 9 de fevereiro de 2016, tendo Luiz Henrique Marcondes dos Santos, o agressor, estrangulado Michele, que foi citada com o nome utilizado enquanto mulher, e depois lhe desferido facadas e ocultado o corpo.

O Promotor de Justiça atuante da 3ª Vara do Júri ofereceu a denúncia por feminicídio fundado na violência doméstica tendo em vista a relação entre o casal e que Michele se reconhecia como parte do gênero feminino, bem como se portava como tal, *in verbis*:

Inegavelmente, a vítima se comportava como mulher, até mesmo com nome social de conhecimento notório, mantendo relação amorosa com um homem, utilizando vestes e cabelos femininos, além de já ter realizado procedimentos cirúrgicos para adequação do corpo, como a manipulação de silicone nos seios (SÃO PAULO, 2016).

Aduz ainda que a qualificadora de feminicídio visa a proteção do gênero feminino enquanto construção social, devendo ser reconhecida. A juíza titular da vara aceitou a denúncia em sua integralidade, considerando presente a materialidade delitiva do fato:

Presentes a materialidade delitiva e os indícios de autoria, bem como os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, recebo a

denúncia oferecida contra LUIZ HENRIQUE MARCONDES DOS SANTOS. (SÃO PAULO, TJSP, 2016)

O caso em tela ainda aguarda julgamento, mas a simples decisão de aceite da denúncia já consta como marco evolutivo para aceitação de transexuais como detentoras de direitos igual quaisquer outras mulheres levando em conta a sua identidade de gênero, de modo a garantir e reconhecer a proteção do gênero feminino como bem tutelado pela qualificadora.

4.2 Visão dos tribunais sobre a proteção de gênero

Diante das mazelas causadas pela opressão de gênero e da falha na legislação que ainda peca na proteção do gênero feminino como fator social e não biológico, os Tribunais têm sido de grande importância no que se tange a garantir a proteção aos transexuais.

Uma das maiores ferramentas para garantia da proteção da identidade de gênero tem sido a possibilidade de alteração do nome e gênero nos registros civis, que traz reconhecimento a este grupo que é tão vulnerável e permite o mínimo de dignidade em serem reconhecidos com o sexo cujo qual se identificam.

Deste modo o STJ, no julgamento do REsp nº 1626739/RS, garantiu a alteração do registro também para transexuais que não realizaram a cirurgia de transgenitalização. A decisão fundamentou-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afirmando que “cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas”. A presente decisão também confere aos transexuais direitos fundamentais, quais sejam:

(...)devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). Precedente do STJ (Resp: 1626739/RS 2016/0245586-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - Quarta turma, data de Publicação: DJe 01/08/2017).

Desta feita, entende-se pela supremacia da proteção de gênero conferida pelo poder judiciário, que mediante evoluções jurisprudenciais já têm reconhecido a validade da

identidade de gênero, reconhecendo juridicamente o sexo psicossocial dos indivíduos e assegurando os direitos conferidos a este.

Neste mesmo sentido, são diversos os julgamentos que se posicionam em favor da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, ferramenta jurídica de proteção do gênero feminino, aos transexuais, como este caso julgado no Tribunal de Justiça do Estado do Goiás:

Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos a cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como Alexandre Roberto Kley e tornar-se 'Camille Kley' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis!

O apego à formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não podem me impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha. (...) Diante do exposto acima, tenho com a emérita, preclara e erudita Desembargadora Maria Berenice Dias que transexuais que tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Esta magistrada não pode deixar a mulher Alexandre Roberto Kley, desabrigada em seus direitos! Não posso deixá-la à margem da proteção legal já que ela se reconhece, age íntima e socialmente como mulher (Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. Processo n.º 201103873908. Indiciado: Carlos Eduardo Leão. Vítima: Alexandre Roberto Kley. Juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães. Anápolis. Decisão em 23 de setembro de 2011, grifo nosso)

A magistrada decidiu pela aplicabilidade da Lei Maria da Penha a transexual feminina, ainda que sem alteração no registro, tendo realizado a cirurgia de transgenitalização há 17 anos. Para fundamentar sua decisão, fundamentou-se no já mencionado princípio da liberdade sexual, e aduziu que gênero é construído ao decorrer da vida e fundamenta-se no estado psicológico do indivíduo.

Posicionaram-se também os Tribunais de São Paulo e de Minas Gerais em defesa da proteção do gênero e reconhecendo a validade da Lei Maria da Penha à transexuais, na tutela do gênero feminino:

Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente.

Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher. A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS. Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000. Relatora Desembargadora Ely Amioka. 9ª Câmara de Direito Criminal. Acórdão em 08 de outubro de 2015, grifo nosso)

Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. HC nº 1.0000.09.513119-9/000. Relator: Des. Júlio Cezar Gutierrez. Julgamento em: 24 de fevereiro de 2010, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça que, em sede de julgamento do HC nº 196877, ressaltou que, além da violência doméstica e familiar contra a mulher, é necessário que esta seja motivada pelo gênero:

Não se descarta que o *telos* fundamental da Lei n.º 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o poder controlador e dominador do homem. Nesse aspecto, a regra contida no art. 5.º do estatuto legal é eloquente: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial [...]" (Superior Tribunal de Justiça. HC nº 196877. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Publicação: 23 de fevereiro de 2011)

E para reforçar a proteção de gênero conferida pelo judiciário na aplicação da Lei, insta ressaltar a negativa do TJDF em aplicar a Lei Maria da Penha em julgamento de caso que não foi reconhecida a violência baseada no gênero feminino, conforme segue a ementa:

Penal. Processo penal. Conflito de jurisdição. Crime de maus-tratos. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Inaplicabilidade da lei maria da penha ao caso dos autos. Ausência de motivação de gênero para a prática do crime. Caracterizada a infração de menor potencial ofensivo. 1. A incidência da lei maria da penha não deve ser aplicada de forma indistinta, mas sim, somente quando pressuponha uma situação de inferioridade ou vulnerabilidade ou hierarquia da vítima frente ao agressor. 2. Avaliadas as informações constantes dos autos, não se destacam elementos suficientes no sentido de se vislumbrar que as agressões sofridas pela vítima decorreram em razão do seu gênero feminino. Ao contrário: - elas derivaram das relações entre filhos e pais, que legal e moralmente deve-lhes subordinação. 3. Conflito conhecido e declarado competente o juízo do 1º juizado especial criminal de sobradinho/df para processamento do feito. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. CCR: 20130020210216 DF 0021924-47.2013.8.07.0000, Relator: João Timoteo de Oliveira, Data de Julgamento: 23/09/2013)

Diante dos julgamentos mencionados, nota-se a ampla proteção de gênero que o judiciário tem dado aos indivíduos, inclusive transexuais como detentores de direitos iguais a quaisquer outras mulheres, levando em consideração a dignidade que deve ser conferida a eles enquanto parte do gênero feminino.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo foi possível concluir que os papéis de gênero feminino são construídos de modo a colocar a mulher em caráter inferior ao homem. Através dos anos, mulheres foram subjugadas e tidas como propriedade dos homens, tendo esta subjugação apresentado reflexos até os dias atuais com a desigualdade salarial, dificuldade em atingir cargos de chefia e demais casos presentes no dia a dia.

Esta desigualdade existente entre homens e mulheres tem reflexos que perpassam o caráter biológico de ser mulher, incidindo também em pessoas cujas quais se identificam, agem, vivem e se apresentam como parte do gênero feminino, que é o caso das transexuais que, como qualquer mulher, são vítimas da opressão do gênero em suas relações.

Em análise ao texto legal da qualificadora de feminicídio, é possível aferir que o objeto de tutela a de proteção do gênero feminino, visando coibir a opressão e a violência fundada no gênero. Trata-se de regramento que assegura às mulheres enquanto mulheres a segurança de não serem mortas por motivos que se embasam nos papéis sociais que deveriam exercer na sociedade.

Mesmo se tratando de regramento novo no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar que o judiciário já tem se posicionado de modo a garantir a proteção do gênero feminino, visto que se trata de Lei que visa coibir a opressão de gênero acima de qualquer coisa. Em análise aos julgados acerca da Lei Maria da Penha, é possível observar que sua aplicação em caso de violência doméstica ou familiar em prol da defesa de transexuais tem sido recorrente, uma vez que socialmente reconhecida como mulher e dentro de uma relação intrafamiliar, devem ser conferidos os direitos de mulheres que biologicamente o são.

Na doutrina, verificou-se a existência de três posicionamentos acerca da possibilidade de transexuais serem aceitas como mulheres para fins de aplicação da Lei. Sob o critério psicológico, é possível pois uma vez que se reconheça como mulher, o transexual deve obter os mesmos direitos conferidos à estas; o critério biológico determina que jamais serão aceitas as transexuais como polo passivo da qualificadora, visto que cirurgia ou alteração registral não garantem à elas o título de mulher. O critério mais reconhecido e utilizado, no entanto, é o conhecido como jurídico, que admite esta possibilidade desde que seja efetivada a alteração registral, de modo que a sentença transitada em julgado deve refletir em todas as esferas de vivência do indivíduo, garantindo-se assim a sua dignidade. Trata-se de garantir a segurança jurídica, de modo a efetivar a tutela de direitos das transexuais reconhecidas como mulheres, pois se o judiciário assim as reconhece, não há o que se falar em negar os direitos a elas resguardados.

6 REFERÊNCIAS

ANJOS, Gabrielle dos. **Identidade sexual e identidade de gênero: subversões e permanências**. Porto Alegre: *Revista Sociologias*, ano 2, nº 4, 2000, p. 274-305.

ARÁN, Márcia. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero**. *Ágora* Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 49-63, 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982006000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25. ago. 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo Completo do Femicídio**. Editora Impetus. 2015 Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudocompleto-do-femicidio>>. Acesso em 20.ago.2019.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoescontrovertidas-da-lei-1310>>. Acesso em: 14.ago.2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20.ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Lei do Feminicídio**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 15.ago.2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20.ago.2019.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20.ago.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. CCR: 20130020210216/DF 0021924-47.2013.8.07.0000, Relator: João Timoteo de Oliveira, Data de Julgamento: 23/09/2013. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115984800/conflito-de-jurisdicao-ccr-20130020210216-df-0021924-4720138070000>>. Acesso em: 29.nov.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Processo n.º 201103873908**. Indiciado: Carlos Eduardo Leão. Vítima: Alexandre Roberto Kley. Juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães. Anápolis. Decisão em 23 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460>>. Acesso em 29.nov.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **HC nº 1.0000.09.513119-9/000**. Relator: Des. Júlio Cezar Gutierrez. Julgamento em: 24 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000**. Relatora Desembargadora Ely Amioka. 9ª Câmara de Direito Criminal. Acórdão em 08 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/03/TJSP_AcordaoMS_0810210LMPtrans.pdf>. Acesso em 29.nov.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 196877**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Publicação: 23 de fevereiro de 2011. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24160280/habeas-corpus-hc-196877-rj-2011-0027332-3-stj/inteiro-teor-24160281>>. Acesso em: 29.ago.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1626739/RS 2016/0245586-9**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - Quarta turma, data de Publicação: DJe 01/08/2017).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses**. Ed. 41. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 29.ago.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1626739 RS 2016/0245586-9**. T4 – Quarta Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1626739&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 28.ago.2019.

BUGLIONE, Samantha. **O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças in Crítica à Execução Penal**. São Paulo: Editora Lumes Juris, 2007.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar – 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal 2**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao tipo penal do feminicídio** (art. 121, § 2º, VI, do CP). Dizer Direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penaldo.html>>. Acesso em 20.ago.2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 01/99. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual**. Brasil: CFP, 1999. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>, acesso em 15.ago.2019.

COSTA, Jurandir Freire. **O referente da identidade homossexual**. In: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina Maria (Orgs.). **Sexualidades Brasileiras**. Rio de Janeiro, Relume-Dumará; ABIA; IMS/UERJ, 1996. p.63-89.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, v. 1, Editora Atlas, São Paulo, 2015

FAUSTO-STERLING, Anne. **Dualismos em duelo**. Trad.: Plínio Dentzien. Cadernos Pagu. São Paulo/Campinas: UNICAMP/ Núcleo de Estudos de Gênero. v. 17/18, p. 9-79, 2001/2.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos da Medicina Legal**. 2 ed. Guanabara Koogan, 2012.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal - Parte especial (arts. 121 a 183)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14. ed. vol II, Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. V. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HEILBORN, Maria Luiza. **Dois é par: Gênero e identidade sexual em contexto igualitário**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2004.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 248.

LAURETIS, Teresa. **A tecnologia do gênero**. In: HOLLANDA, B.H. Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: Uma perspectiva pós estruturalista**. Petrópolis – RJ: Vozes, 1997

MAKSoud, Fernanda Resende; PASSOS, Xisto Sena; PEGORARO, Renata Fabiana. **Reflexões acerca do transtorno de identidade de gênero frente aos serviços de saúde: revisão bibliográfica**. Rev. Psicol. Saúde, Campo Grande, v. 6, n. 2, p. 47-55, dez. 2014. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2014000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25.ago.2019

MELLO, Adriana Ramos de. **Breves comentários à Lei 13.104/2015**. Revista dos Tribunais. v. 958/2015, p. 273-290, ago. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230.

NICHOLSON, Linda. **Interpretando o gênero: Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 9, jan. 2000. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11917>>. Acesso em: 02.set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **10.^a Revisão da Lista de Classificação Internacional de Doenças (CID-10)**. Genebra: OMS, 1990. Disponível em: <<http://www.io.gov.mo/pt/legis/int/rec/646>>, acesso em 05.ago.2019.

PARKER, R. G. **Within four walls: Brazilian sexual culture and HIV/AIDS**. In: H. Daniel & R. Parker (Orgs.), *Sexuality, politics and AIDS in Brazil: In another world?*. London: Falmer, 1993.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: O Direito a uma nova Identidade Sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIMENTA, Guilherme. **Justiça aceita denúncia de feminicídio de mulher trans e decidirá se acusado vai a júri popular**. JOTA, 2016. Disponível em: <<https://jota.info/justica/justica-aceita-denuncia-de-feminicidio-de-mulher-trans-e-decidira-se-acusado-vai-juri-popular-10102016>>. Acesso em: 28.out.2018.

RAMSAY, Gerard. **Transexuais: perguntas e respostas**. São Paulo: Edições GLS, 1998.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Cap. 2, p. 63-82.

RITT, Caroline F., **A violência doméstica contra a mulher compreendida como violência de gênero: uma afronta aos direitos humanos e fundamentais**. In: CARDOSO, Lúcia H. (Org.). *Violência doméstica e gênero: um recorte no universo feminino santa-cruzense*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

ROVINSKI, Sonia L. R. **Dano Psíquico em Mulheres Vítimas de Violência**. Rio de Janeiro, 2004.

SAFFIOTI, Heleith. **GÊNERO, PATRIARCADO E VIOLÊNCIA**. 2^aed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. *Educação e Realidade*. Porto Alegre, v.20, n.2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SENADO FEDERAL. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher. Relatório Final**. Brasil, 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 20.nov.2018.

SUPERCOMBO. **Amianto**. In.: Amianto. Elemess, c2014.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática**. Brasil: Edições Unesco, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 20.ago.2019

WASELFIZ, J. J. **Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Flacso do Brasil/Cebela, 2015.

LOBOS E OVELHAS: ENCRUZILHADA ENTRE REPRIMENDA PENAL, ELIMINAÇÃO DO OUTRO E DIGNIDADE HUMANA

WOLVES AND SHEEP: CROSSED BETWEEN CRIMINAL KNOWLEDGE, ELIMINATION OF OTHER AND HUMAN DIGNITY
LOBOS Y OVEJAS: CRUCE ENTRE LA REPRIMENDA PENAL, ELIMINACIÓN DEL OTRO Y LA DIGNIDAD HUMANA

VALTECINO EUFRÁSIO LEAL

Professor, servidor público e pesquisador. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP.

Resumo: O objetivo deste artigo é questionar se a aplicabilidade da reprimenda penal possui o fim exclusivo de controle e pacificação social, ou se tem como pano de fundo a eliminação do outro, o infrator, do pacto de convivência comunitária. Minha hipótese é a de que a evolução da sociedade em classes, fixou mecanismos penalizadores que privilegiam possuidores de inteligências ou de riquezas medianas e excluem seres vulnerabilizados, que por não se adaptarem às normas positivadas, ficam mais suscetíveis às perseguições e sanções penais. Far-se-á também rápida digressão acerca das raízes históricas da aplicabilidade da pena, a fim de demonstrar a ambivalência da humanidade no curso dos séculos, em dois polos necessariamente excludentes, um dominante e outro dominado, numa tensão quase permanente pela manutenção do poderio e pela sobrevivência.

Palavras-chave: Exclusão. Pena. Moral. Dignidade humana.

Resumen: El propósito de este artículo es cuestionar si la aplicabilidad de la reprimenda criminal tiene el único propósito del control social y la pacificación, o si tiene como trasfondo la eliminación del otro, el infractor, del pacto de vida comunitaria. Mi hipótesis es que la evolución de la sociedad en las clases ha establecido mecanismos de penalización que privilegian a los poseedores de inteligencias o riquezas promedio y excluye a los seres vulnerables que, debido a que no se adaptan a las normas positivas, son más susceptibles a la persecución criminal y las sanciones. También se hará una breve digresión sobre las raíces históricas de la aplicabilidad del castigo para demostrar la ambivalencia de la humanidad a lo largo de los siglos, en dos polos necesariamente excluyentes, uno dominante y otro dominado, en una tensión casi permanente para el mantenimiento del poder, y para sobrevivir.

Palabras clave: Exclusión. Pena. Moral. Dignidad humana.

Abstract: The purpose of this article is to question the applicability of the criminal reprimand that has the sole purpose of social control and pacification, or has as background the blockade of another, or offender, public living pact. My hypothesis is that the evolution of class society, fixes penalty mechanisms that have intelligence

privileges or median wealth and excludes vulnerable beings that do not conform to positive norms, are more susceptible to criminal prosecution and sanctions. A brief digression will also be made into the historical roots of the applicability of punishment in order to demonstrate the ambivalence of humanity over the centuries, in two necessarily excluding poles, one dominant and the other dominated, in an almost permanent tension for the maintenance of power and for survival.

Keywords: Exclusion. Criminal sanction. Moral. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste artigo é questionar se a aplicabilidade da reprimenda penal possui o fim de controle e pacificação social, ou se oculta como pano de fundo o mero isolamento e eliminação de pessoas infratoras (representadas como os outros) do pacto de convivência comunitária. A hipótese principal procura confrontar períodos de evolução da sociedade, em grupos excludentes que tradicionalmente se opõem e os mecanismos estatais penalizadores instituídos pelo lado hipoteticamente dominante.

Procura-se questionar se esses mecanismos tendem a privilegiar e a preservar status de classe daqueles detentores de riquezas e/ou seres dotados de inteligências medianas e, ao mesmo tempo, têm aptidão para exclusão daqueles seres vulnerabilizados que, por não se adaptarem às normas positivadas e à subsunção ao modelo de vida editado por correntes do tecido social que se justificam em teses de justiça colidentes, criam regras de convivência particulares que os fazem comportar-se em desacordo com preceitos penais incriminadores genéricos.

Amplia-se o diálogo para teses de violações com escolhas que ainda não experimentaram o limiar de uma ebulição, mas que simbolizam uma cultura do tudo ou nada, em mentes que visualizam a exclusão e a desesperança na vida em sociedade. Essa tensão, não raramente, gera instabilidades e resultados indesejáveis e imprevisíveis, tanto pela negação do outro, endemonizado por sua condição de lobo, como pela ausência de parâmetros válidos para análise da justiça nos dois polos.

Far-se-á também breve narrativa acerca das raízes históricas da aplicabilidade da pena, a fim de demonstrar a cisão da humanidade no curso dos séculos, em dois grupos, um dominante e outro dominado, na luta desigual pela manutenção do poderio e pela sobrevivência.

E, por último, abre-se a argumentação para a dialética, numa inversão das representações sociais, onde os lobos da gestão, ante suas ações precursoras da constituição de um modelo de exclusão, no limiar do aumento da insatisfação em grupos vulnerabilizados, levam os cordeiros a insurgirem-se ora no papel de culpados pela quebra do contrato social, ou enquanto apostadores na criação de zonas de conflito onde a cortina de fumaça neutraliza

os diálogos eficazes, como se nesta última opção, as lentes focassem para oportunidades de justiça distributiva coativa, na via de sobrevivência dos aflitos.

2 A SAGA DA SOBREVIVÊNCIA E A PENA COMO MAL NECESSÁRIO

Se no primeiro quartel do terceiro milênio, na maioria das nações, não mais existe absolutismo no poderio de governança, ele não se enxerga quanto ao poderio econômico e/ou de controle nas sociedades. Não é difícil constatar que o monopólio e a administração de fato dos rumos dos Estados, privilegiou dois grupamentos sociais mais específicos, ao longo dos séculos, o primeiro exclusivo dos senhores de algum tipo de riqueza, ainda que mediana; e o segundo, inerente às pessoas de perspicácia, inteligência ou capacidade de gestão num grau relativamente superior, em relação aos humanos das massas, sejam elas integrantes do primeiro grupo ou migradas de camadas sociais menos favorecidas economicamente, mas que, premiadas por influxos biopsicológicos naturais, também assumiram papéis de protagonismo, socialmente.

Na evolução histórica do Direito, a fim de regular a vida em comunidade, no decorrer dos séculos passados, a melhor conformação dos grupos dominantes, se erigiu no mando pela lei posta e os incrementos punitivistas, constituíram, de fato, via razoável de controle ou de regulação efetiva, com aptidão para refrear ímpetos, definir liberdades e permitir escolhas, tudo a tangenciar a vontade da maioria, como se, num piscar de olhos, a ágora retornasse aos embates democráticos, modificada e admitida a partir de uma decisão assemblear escrita ou de um ordenamento jurídico cogente.

Mas, se isso foi um mal necessário, outra decorrência se materializou na necessidade de escolhas racionais plasmadas na definição daqueles papéis sociais desenhados por Aristóteles¹, Platão² e Montesquieu (1979)³ e ainda vigentes no modelo de tripartição sustentado pelo último, nas funções denominadas de legisladoras, executoras e aplicadoras do

¹ ARISTÓTELES. A política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

² PLATÃO. A República. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

³ MONTESQUIEU, Charles Louis Secundat. Do espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

direito. Esse avançar estabeleceu a regra implícita de submissão da maioria, aos ditames de homens e mulheres, sejam eles dotados de valores morais, decorrentes de privilégios puramente biológicos ou possuidores de algum poderio econômico que privilegie a preparação e a capacidade de administrar exigida para a assunção e o exercício de algumas das funções inerentes a esses poderes.

Dentro desse panorama, o importante e talvez mais relevante papel nas sociedades do século XXI, consiste no não-Direito, que tem se explicado pelo poderio econômico, perante a capacidade de domínio em diversas áreas, por parte dos empreendedores que oferecem lugares sociais, onde a maior parcela de integrantes das comunidades se estabelece e obtém renda, por meio de ocupações ou empregos. Como regra de convivência corriqueira, esses outros lobos da seleção natural dominam e as ovelhas submetem-se.

Os contornos desse quadro não se assentam na pretensão de se delimitar cláusulas fechadas de interpretação, diante da existência de uma gama de profissões ou de ocupações sociais que também favorecem a rotatividade na democracia desenvolvimentista, mas pelo que se pretende deduzir, o esboço é suficiente para nortear reflexões sobre paradoxos de convivência e para a compreensão da emergência da situação de crise que se pretende esboçar mais adiante.

É de se enfatizar, porém que para a harmônica convivência social, a carta política e as leis penais de uma nação, estabelecem um sistema fechado de condutas típicas e as respectivas penas, cujo arcabouço tem no Brasil um exemplo marcante e, não raramente, são fixados parâmetros normativos de imputação, punição e execução penal, predominantemente, pela percepção e qualidades biopsicológicas do grupo com aptidão para controlar e gerir o interesse geral. Ao lado disso, o rol desses direitos e garantias, a exemplo daqueles estampados no sistema brasileiro, promete guiar-se por faróis de tratados humanistas, prestações cidadãos e felicidade implícita, como se fosse possível abraçar o povo das fronteiras de todas as nações, com culturas e avanços globalizantes não alcançados ou vivenciados pela maioria, num sonho pueril quase jesuítico. Contudo, sequer os direitos sociais mais essenciais para o viver dignamente são outorgados de fato aos bilhões de seres segregados em lugares de exclusão. O que se relega nessa vagueza entre o Direito e o não-Direito é o alimentar-se de angústias e violações e isso faz emergir valorações morais perigosas e quotidianas, nessa gente, imersa em postulados de inconformismo.

Assim, tangenciadas as certezas, subjacentes à cultura da vulnerabilidade, aos subempregos, à pobreza, os grupos irredimidos que se veem injustiçados, despertam, se organizam e passam a lutar, ao seu modo, contra o autismo da chamada ordem social-econômica cogente. Além do mais, no Brasil, a máxima popular de que a prisão se aplica preponderantemente para os três pês⁴, ainda é uma acepção válida, apesar de algumas melhoras pós Operação Lava Jato. Em argumentação decorrente desta Operação, no julgamento do HC de n. 152.752 do Paraná, em 04.04.2018, o Ministro Gilmar Mendes⁵ enfrentou discussão em viés social equivalente e pontuou:

Eu trabalhei no mutirão – vinte e duas mil pessoas – e eram de réus pobres, não eram de réus ricos, não eram de bandidos internacionais. Não! Eram de réus pobres, aqueles que nós visitávamos, pessoas que ficaram pobres e presos. Não sei se eram pretos, não sei se eram putas, como se consegue dizer, mas ficavam presas 12 anos, 14 anos, presos provisoriamente. Quem foi lá discutir isso fui eu! Vinte e duas mil pessoas foram libertadas!

No mesmo julgado acima, o Ministro Luís Barroso⁶, em linha mais pedagógica, manifestou-se sobre essa eleição de um modelo pelo sistema punitivo brasileiro e salientou, que no país, se “[...] tornou muitíssimo mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que prender um agente privado que desviou 10, 20, 50 milhões. Esta é a realidade do sistema penal brasileiro, ele é feito para prender menino pobre e não consegue prender essas pessoas que desviam, por corrupção e outros delitos, milhões de dinheiros, que matam as pessoas.”

⁴ Há alguns anos o subprocurador da República Wagner Gonçalves, em entrevista, já dizia que “a prisão no Brasil foi feita para os três 'pês': 'preto, pobre e prostituta'.” Ver: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/802697/subprocurador-da-republica-cadeia-no-brasil-e-para-preto-pobre-e-prostituta>

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 152.752. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 27.06.2018, p. 129. Brasília, DF, 27 Jun. 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> . Acesso em 30 ago.2019. No mesmo julgamento, conforme assentado à página 12, o Ministro Luís Barroso, já havia se posicionado no mesmo sentido, com uma indignação que saltou aos olhos, ao asseverar: “[...] este não é o país que eu gostaria de deixar para os nossos filhos: um paraíso de homicidas, estupradores, corruptos. Eu me recuso a participar, sem reagir, de um sistema de justiça que não funciona. E quando funciona é para prender menino pobre, geralmente primário e de bons antecedentes.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 152.752. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 27.06.2018, p. 165. Brasília, DF, 27 Jun. 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> . Acesso em 30 ago.2019.

Para confirmar a tese acima trazida por ministros do STF e outros estudiosos e para determinar quem são os presos brasileiros e a superlotação carcerária, a análise do quadro e figuras a seguir do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN⁷, são relevantes.

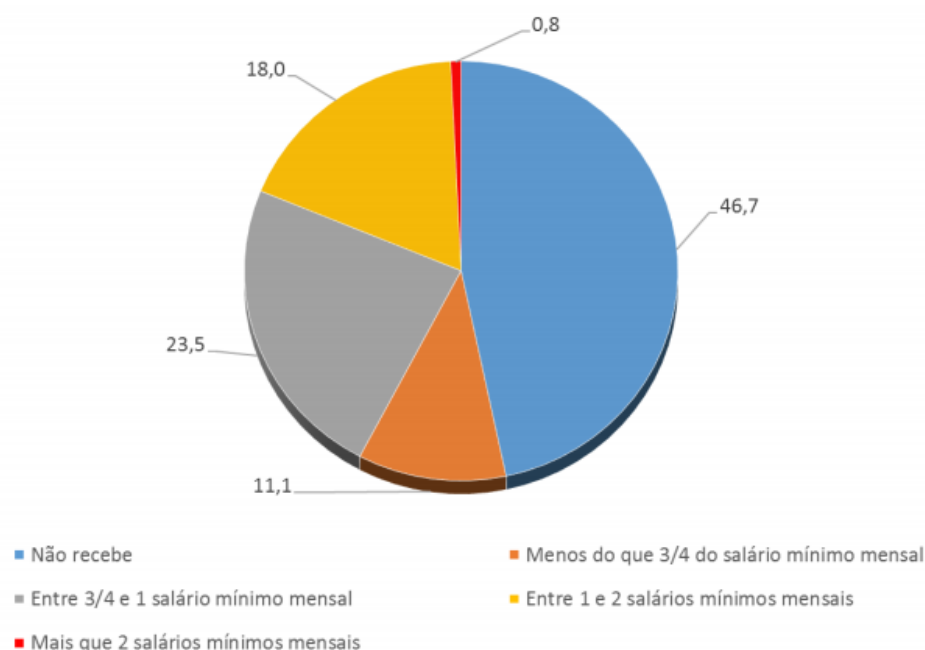
Quadro 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil junho de 2017

Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens*	19.735
Total de Vagas	423.242
Déficit de vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017; IBGE, 2017. * Dados referentes a dezembro de 2016.

Do modo como apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional com o quadro acima, é indiscutível e evidente a superlotação carcerária, uma vez que a taxa de ocupação dos presídios é de 171% (cento e setenta e um por cento). O gráfico a seguir apresentado, também copiado diretamente do site do referido Departamento, deixa entrever outra situação emergente.

⁷ Quadro disponível no endereço eletrônico: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 06 set.2019.

Gráfico 29. Remuneração recebida pelas pessoas privadas de liberdade em atividades laborais

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Pelo simples exame do referido gráfico, denota-se que 46,7% da população carcerária não possui renda e o restante, quase absolutamente, tem renda inferior a dois salários-mínimos mensais e portanto, é possível deduzir que se fala de pessoas pobres na simples acepção da palavra e essa constatação ratifica as falas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes e Luís Barroso, por ocasião do julgamento do HC de n. 152.752, anteriormente mencionado. Com o quadro abaixo também se confirma também que a grande maioria dos presos, são pessoas pardas ou pretas (índice superior a 60%). Esse índice só não é superior devido à miscigenação do povo brasileiro, notoriamente em face de predomínio da população regional de pele/etnia da cor branca em Estados de grande demografia como São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Todavia, em algumas unidades federativas, a exemplo do Acre, Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Pará, Pernambuco, Sergipe e Tocantins, mais de 80% da população carcerária tem a cor da pele parda ou preta.

Quadro 10. Etnia /cor das pessoas privadas de liberdade por UF

Percentual de pessoas privadas de liberdade por faixa etária e UF						
UF	cor de pele/etnia Branca	cor de pele/etnia Preta	cor de pele/etnia Parda	cor de pele/etnia Amarela	cor de pele/etnia Indígena	cor de pele/etnia não informado
AC	6,87	9,20	80,16	3,24	0,18	0,35
AL	15,04	20,89	62,96	0,00	0,04	1,08
AM	14,79	5,45	69,57	0,45	0,12	9,62
AP	8,52	16,71	60,09	0,53	0,46	13,68
BA	9,89	25,10	62,61	0,16	0,17	2,06
CE	11,66	10,68	56,05	0,95	0,46	20,21
DF	15,68	24,74	56,65	0,46	0,10	2,37
ES	20,98	21,55	52,58	2,84	0,04	2,02
GO	22,03	19,16	55,45	0,70	0,02	2,64
MA	14,64	30,28	46,14	1,76	0,14	7,04
MG	25,70	22,40	44,59	1,63	0,19	5,49
MS	34,64	10,31	51,98	0,56	1,77	0,74
MT	17,06	15,61	63,25	0,55	0,05	3,48
PA	14,82	19,09	63,46	2,13	0,18	0,32
PB	16,99	13,60	50,79	0,29	4,53	13,80
PE	14,91	15,97	64,42	1,55	0,09	3,06
PI	15,34	11,08	53,85	0,39	0,08	19,26
PR	62,72	8,50	26,65	0,52	0,04	1,57
RJ	25,49	27,02	46,24	0,07	0,01	1,18
RN	17,09	10,64	54,01	0,03	0,00	18,24
RO	16,04	13,30	64,21	1,19	0,21	5,04
RR	6,73	13,53	57,02	0,00	4,26	18,46
RS	66,73	12,68	19,55	0,47	0,49	0,07
SC	59,32	11,08	24,66	2,58	0,02	2,35
SE	8,85	13,18	71,19	0,75	0,00	6,03
SP	42,50	15,33	41,09	0,14	0,01	0,93
TO	16,85	18,55	64,30	0,00	0,00	0,31
Brasil	34,38	16,83	44,83	0,65	0,21	3,10

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Dessa maneira, a partir dos dados estatísticos apresentados, reforça-se o argumento da cisão das sociedades em dois mundos e como corolário, há necessidade da procura de meios para superação dessa encruzilhada. Aliás, as escolhas, numa nação, cooperam para inclinar moralmente o grupo que se vê subjugado, rumo à concepção de que seus integrantes ou muitos deles, são vítimas da impossibilidade ou da inviabilidade de concessões pelos lobos dominantes e os papéis de ataque e defesa, em alguns recantos sociais, vêm se polarizando ainda mais. Nesses lugares, que são muitos, as ovelhas do sistema resolvem se comportar como lobos e o conflito entre as duas verticalizações de justiça, ganha protagonismo. Para os novos lobos, alguns deles estigmatizados por correntes doutrinárias, como inimigos do Estado

por correntes doutrinárias⁸, o fim da pena, consistente no receio da prisão e das superlotações carcerárias, ou mais ainda, até o medo da morte, são ignorados. O que passa a dar sustentabilidade aos pilares desses seres, na perspectiva de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá⁹, numa vertente funcionalista mais inflexível, é o ataque ao direito social, e na hermenêutica sistêmica, perderiam eles os status de cidadãos, por se comportarem em guerra aberta contra o Estado. Mas há tese adjacente e o benefício que os não-cidadãos passam a imaginar é a sobrevida, a busca por algum ambiente de dominação e perante a inversão de valores e a metamorfose, as novas ovelhas assimilam o medo e o temor dos perigosos confrontos e da evolução dos grupos criminosos organizados.

Inserido no contexto desta concepção jurídico-doutrinária, instala-se o estado de guerra e ataque de todos contra todos e o perigo recorrente do conviver em sociedade, pela violência em si mesma, alavancada por roubos, corrupções, tráficos de drogas, assassinatos e outros delitos de igual ou inferior patamar, como conseqüência, grassa a rivalidade e surgem gladiadores por todos os lados¹⁰. Polos ambivalentes na relação de poder, constroem a defesa de seus modelos de justiça. A criminalidade intensifica-se; a superlotação e sucateamento de presídios se consolida; e a eliminação de inocentes entremeados nos embates, torna-se regra. No meio do confronto, ocorre a pulverização demasiada da legislação punitivista como tábua de respiro que muito pouco resolve. Enfim, chega-se à crise social perigosa e de difícil equalização. Promessas governamentais de tolerância zero e de adoção da teoria do direito penal do inimigo se inserem no cenário salvacionista.

No modelo imaginado, bem representado pela realidade brasileira, tanto na via original do direito posto que tudo deveria resolver, como na mão oblíqua de violação ao sistema, outro ponto de relevo dessa fábula, se delineia no escrutínio do hábito social dos lobos e ovelhas. Porquanto, no comportamento de caça e emboscada, há a prevalência de um núcleo inflexível, ostensivo e inclemente do predador, dependente exclusivamente da eliminação da presa, que se subjugua, em regra, como o elo mais fraco, vulnerável e dominado, mas essencial para completar o ciclo da cadeia natural.

⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁹ Idem (p. 25).

¹⁰ HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril cultural, 2005, p. 57.

Por esses recortes, se antevê e se pressupõe que a evolução da sociedade em classes e seus discursos ideológicos penalizadores, secundam ou tendem a privilegiar, por mera cultura de inteligência lógica, os possuidores de riquezas e/ou de inteligências medianas e, de alguma maneira, esse comportamento exclui da proteção social garantista, os seres vulnerabilizados, não adaptados à corrida capitalista e desconfiados das normas positivadas. Há nessa digressão, uma conquista de *status*, sobre aqueles que devem se subordinar e nessa leitura, “a conquista é uma aquisição; o espírito de aquisição traz consigo o espírito de conservação e de uso, e não o de destruição”¹¹. Por esse pensar, se é preciso conquistar lugares ou direitos, mais essencial ainda é compreender que a destruição de uma ou de outra bandeira, pela força, jamais será a solução. Ao mesmo tempo, não é sequer imaginável eliminar um ou outro direito de levante contra o Estado de coisas que nos é desfavorável. Jean-Jacques Rousseau¹², reafirmou a tese de que “os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia”. É urgente, portanto, refletir sobre nossas atitudes e tolerâncias e ponderar se elas têm alguma harmonia com o respeito ao próximo, ou se apenas somos passageiros do trem da realização e numa alegoria platônica¹³, nosso objetivo consiste apenas em dobrar as resistências daqueles que desejamos ver como meros prisioneiros, incapazes de conversar uns com os outros, em habitações subterrâneas ou cavernas com rara projeção de luz.

Retomando a argumentação pertinente à fábula que se apresenta, empiricamente se sabe que longe dos ambientes acadêmicos, ela simboliza a realidade, relida e reinterpretada pelos cidadãos, em duas vertentes distintas, a dos homens que se intitulam como bons, os pensadores, criadores e gestores dos Estados e a dos homens estigmatizados, os ruins e violadores das leis postas.

Nesse antagonismo, há ainda, para além do viés científico, outra metáfora gizada entre o real e a representação da criminologia midiática, que acentua a tensão entre lobos e ovelhas. Não se pode garantir um percentual seguro de verdade aos dados criminais divulgados pela imprensa brasileira, mas ao modo como se noticia regularmente, aos cidadãos, é plausível o

¹¹ MONTESQUIEU, Charles Louis Secundat. Do espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 150.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 31.

¹³ PLATÃO. A República. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 270.

recrear de ataques por criminosos perigosos, a qualquer hora, em lugares específicos de grandes centros como São Paulo – SP e Rio de Janeiro – RJ. Alguns minutos de televisão em determinados horários ou o acesso a endereços eletrônicos de notícias, são suficientes para inferências dessa natureza. Nesse contexto, "as palavras dos mortos" de Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁴, sugerem um novo despertar e indagações sobre as verdades e mentiras que a mídia publiciza. No contracenar com investigações acadêmicas, embora estas últimas, em regra, representem uma terra do nunca, pela enorme distância de suas defesas, das massas, denota-se que a interpretação equivocada de fatos divulgados, longe da realidade em si mesma, dificulta a busca de soluções simplistas para problemas criminais aparentemente mais complexos e piora o conflito entre dois lados, declaradamente em guerra. Ainda, conforme o citado penalista argentino, a mídia, em suas características próprias, nos últimos anos, tem sobrelevado, em grande soma, o chamado neopunitivismo dos Estados Unidos. Ao somar-se a isso a vulnerabilidade de pessoas em exclusão permanente, o funcionalismo sistêmico e as superlotações carcerárias, remanescerá o progressivo risco para a dignidade humana, nesse acultramento a uma autopoiese quase medieval de "caça às bruxas", ao arranjar formas de auto-organização, todavia, com enormes deficiências para lidar com suas próprias mazelas.

Por certo, há vantagens no argumento de que o crime publicizado rende boas matérias televisivas ou eletrônicas, mas também não é inverídico o fato da notícia tal como divulgada, fixar padrões equivocados de interpretação, na leitura de que as endemias sociais são de difícil, quiçá impossível solução. E nesse estado de coisas, o digladiar entre dois lados protagonistas, pioram as violações e os padrões de comportamento entre aqueles que se veem em refugos comunitários de exclusão, e a camada que se movimenta na defesa da segurança coletiva dos "benfeitores sociais".

O caos, no conflito acima, ainda não experimentou o limiar da efervescência, mas fixou a contracultura do tudo ou nada, em mentes cuja espiral comportamental, concebem como justo, agirem ao seu estilo, seja contra a exclusão ou a desesperança na vida feliz prometida em sociedade, mas não se pode olvidar que, globalmente, sinais de intolerância e de irresignação já são descortinados em movimentos coletivos quase padronizados, numa demonstração de caminho sem rumo da cisão sobredita. São migrações de grandes grupos

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos - Conferências de Criminologia. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 303-304.

havidas recentemente na América Central¹⁵, na Europa¹⁶ e até mesmo entre Venezuela e Brasil¹⁷; há dominação de áreas específicas, por grupos criminosos, seja em nichos vulnerabilizados nas grandes metrópoles ou em presídios; ocorrem movimentos organizados para invasões de propriedades alheias; as organizações criminosas atuantes no descaminho cíclico, no terrorismo, no tráfico de drogas, de pessoas ou de armas, em assaltos e outras modalidades criminosas, estruturam-se e mantêm núcleos de difícil combate; as grandes corrupções são alavancadas e envolvem em sua base de sustentação, membros de facções criminosas, políticos e empresários, etc.

E tudo isso, inclusive a beligerância entre opositores, tem como finalidade última, a busca da vida feliz, divulgada e supervalorizada pelos meios contemporâneos de divulgação e pelas redes sociais, num lançar de luzes para as ilusões e sonhos que o capital introjeta nos corações humanos. Nas portas das realidades, perante a completa impossibilidade dos bens de consumo, como meta de felicidade, serem alcançados por todos, o ápice da crise recrudescer.

3 O CONFRONTO DE TESES ENTRE CLASSE DOMINANTE E DOMINADA

O sentido multifacetado do viver e conviver em sociedade pretendeu oferecer contornos de harmonia, desde que os Estados assumiram o controle de governança. A partir de então, os dominantes desse poderio político, reiterar-se, são aqueles que hipoteticamente se acham dotados de reservas de legitimidade moral e em regra, o aparato coercitivo se dá por homens e mulheres com olhares e perspicácia acima dos atributos presentes no denominado

¹⁵ Conforme notícia do El País, milhares de pessoas, em janeiro de 2019, esperavam no norte do México para entrar nos Estados Unidos. O endurecimento da política migratória do governo de Trump deixou evidentes as muitas carências e dificuldades nas áreas fronteiriças, especialmente para o presidente mexicano López Obrador. Ver: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/08/internacional/1546973709_738315.html.

¹⁶ Com a Primavera Árabe e as revoltas da Tunísia em 2010, os sírios se viram inspirados e boa parcela da população começou a pedir mudanças no país. Com a repressão por Bashar al-Assad, a guerra civil se instalou na Síria e nos anos que se seguiram, muitos cidadãos migraram para outras nações, inclusive para o Brasil. Zelaya (2018, p. 97) assinala que é importante uma separação entre o humanitário e o político em questões como essas. Aduz também que em casos tais, há uma necessidade das pessoas se mostrarem como vítimas para serem reconhecidas como cidadãos.

¹⁷ Conforme pesquisa de Souza e Silveira (2018), até junho de 2017, entre Boa Vista e Pacaraima, no Estado de Roraima, havia cerca de 30.000 venezuelanos imigrantes a espera de entrada definitiva no Brasil.

homem médio. Assim se estabeleceu o que Pierre Clastres¹⁸ denominou de “[...] instrumento que permite à classe dominante exercer sua dominação violenta sobre as classes dominadas”. O referido pensador defendeu com atemporalidade que para se chegar a essa evolução estatal, existiu, de fato, a divisão da sociedade em classes antagônicas, onde o elo prevalecente é a relação de exploração. Ou seja, a sociedade se organiza fundamentalmente por opressores capazes de explorar os oprimidos, ante o monopólio da violência física e psicológica legitimada pelo ordenamento jurídico e por ditames constitucionais econômicos liberais, por meio de um Estado democrático de direito.

Essa é uma das faces com aptidão para explicar o apogeu do capitalismo e do neoliberalismo. Como corolário desse *laissez faire* de modernidade tardia, levar a vida com direitos e garantias, em nações como o Brasil, pressupõe a defesa, por parte de quem de fato alcançou um lugar social, da usufruição de seus bens e riquezas e exercício de seus direitos e deveres na sociedade, sem violação por parte de outrem. Ao mesmo tempo, não os alcançar, confere aos demais membros das coletividades, a sensação inversa de injustiçamento, indiferença e indignidade.

4 A ELIMINAÇÃO DO OUTRO, A SOBREVIVÊNCIA E A JUSTIÇA

Não é a pretensão desta pesquisa, explicar a origem causal dos males que levam o homem a eliminar outros e menos ainda, apontar saídas para essa crise milenar. Roma e seus Césares erraram? Veneza e Gênova eram imunes à dominação? A coalização entre potências na segunda guerra mundial se deu em prol da humanidade? Políticas estatais anti-imigração são aceitáveis? O *brexit* inglês almeja soluções humanas adequadas para o reino unido? Não. Não existem respostas prontas para esses questionamentos!

O que se sabe é que homens e mulheres dotados de vantagens econômicas ou de inteligência, tendem a substituir as vozes das coletividades, ainda que tenham representatividade limitada e são levados a escolher a partir de seus próprios pensares e

¹⁸ CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado, investigações de antropologia política. Trad. de Bernardo Frey. Porto: Afrontamento, 1979, p. 197.

filosofias. Desejar ou aguardar que o parlamentar, o magistrado, o governante, o grande empresário ou o ser de média inteligência e dotado de boa capacidade de gestão, ajam contra o que mais valorizam, tais como o progresso e o bem-estar pessoal, é uma utopia. Defender que as ações desses seres aconteçam essencialmente em favor das grandes massas, é ao mesmo tempo, pensar na tolerância da justa distribuição de rendas, na saúde, na educação para todos, na ideal distribuição de bens, dentre outros. Mas também é acreditar que o grupo privilegiado deva renunciar a seus encastelamentos. Numa nação nitidamente capitalista, é vital conceber que os lobos devem se recusar a abater ovelhas, simplesmente porquê há algum equívoco nisso e a via da reformulação do modelo de acesso ao poder e aos bens, deve ampliar as melhoras nas oportunidades para que homens e mulheres de imersos em mundos de pobreza, venham a assumir lugares de gestão e de escolhas dos rumos coletivos. Num país socialista, o desacerto também seria uma rota segura, pelo fato inexorável de que os lobos representariam apenas uma pequena classe especial e os cordeiros, em seu estado de exclusão endêmica, jamais poderiam se insubordinar.

Se o cenário seguir em acentuada clivagem, persistirá a lógica do distanciamento moral entre quem se posiciona como senhor dos rumos das comunidades, ditando regras de convivência e aqueles humanos que se agrupam e praticam violação à lógica dessa organização estatal. Em tese, os gestores, legisladores e outros agentes de poder representam o interesse geral peculiar a um regime democrático e seriam titulares das bandeiras do bem e da justiça. No entanto, a acepção de bem, virtude e justiça, conforme advertido por Amartya Sen¹⁹ e Michael Sendel²⁰, são metaforizadas por grupos situados em polos distintos e nas realidades antagônicas, só quem está situado numa das extremidades, possui razões e valorações indutoras do tudo ou nada.

Para Amartya Sen²¹, na convivência humana, há “[...] razões de justiça plurais e concorrentes, todas com pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – uma

¹⁹ SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Deninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

²⁰ SENDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Martins e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

²¹ SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Deninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 43.

das outras”. Reflete também o citado economista²², sobre o bem pessoal interpretado a partir da capacidade e da escolha de uma pessoa para “[...] fazer coisas que ela tem razão para valorizar”. Na linha defendida pelo eminente pensador, há um escrutínio de justiça particular que se amolda além da exteriorização da liberdade de expressão. Assim, quem se vê em lugares de exclusão, pode, em algum momento de escolha racional, comportar-se ao ataque, na esperança de livrar-se dos grilhões que o atormentam.

Michael Sendel²³, em reflexão similar, aduz que a justiça envolve virtude e escolha e que “[...] meditar sobre a justiça parece levar-nos inevitavelmente a meditar sobre a melhor maneira de viver”. Em variados casos concretos, o doutrinador apontado procura simbolizar a ideia de que na vida em sociedade, tudo depende do olhar sobre a situação fática hipotética e que nem sempre, a justiça é ideal só para um dos lados que se opõem.

Nesse contexto, sobretudo ao tangenciar a finalidade primária da pena, consistente no caráter punitivo, com imposição do medo geral da reprimenda, é razoável a tese de que o grupo dominante é inevitavelmente a representação hobbesiana dos lobos que se impõem e aplicam leis que eles próprios instituíram. Essa concepção pode ser inferida do seguinte magistério de John Rawls²⁴, “A justiça de leis e políticas deve ser avaliada desta perspectiva. Propostas de projetos de lei são julgados do ponto de vista de um legislador representativo que, como de costume, não conhece os dados particulares sobre si mesmo”. A abrangência e atemporalidade da teoria rawlsiana define bem as perspectivas e diretivas para definição de infrações e sanções penais, peculiarmente, se os parâmetros de propositura, aprovação, execução e aplicação são estabelecidos por aqueles que não possuem os mesmos sentimentos de justiça e moral, dos populares ou pessoas pobres, estes últimos, em regra, os destinatários dos efeitos finais do sistema punitivo. Se há posições originais²⁵ absolutamente diferentes, isso confere parâmetros para o questionamento de validade da norma pelo grupo marginalizado. Logo, para um princípio de justiça ser aceito, deve-se pressupor uma “situação

²² SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Deninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 265.

²³ SENDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Martins e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 18.

²⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 215.

²⁵ Para John Rawls, “[...] as premissas incorporadas na descrição da posição original são premissas que de fato aceitamos. Ou, se não aceitamos, talvez possamos convencer-nos a fazê-lo mediante o raciocínio filosófico.” Idem, p. 24.

inicial de igualdade”²⁶. A interligação desses fundamentos, no viés ensaístico desta defesa, fomenta tanto o ataque pelos titulares da abstração estatal, como também a defesa e se há a finalidade precípua de tornar a convivência em sociedade possível e harmônica, em modelos como o brasileiro, isso, notoriamente, resulta ineficaz e mais ainda, introjeta nas comunidades submetidas ao regime, a certeza de que as luzes não serão alcançadas por estas últimas. E assim, estabelece-se um tipo de ritual social, midiaticizado por superlotações carcerárias, alto índice de reincidência criminal e abandono de vidas de pessoas pobres no cárcere, com infratores a encenar a representação de cordeiros do sistema.

A escuridão e as luzes nas encruzilhadas das duas frentes de embate, equivalem à reprodução das cenas do filme *Matrix*²⁷, onde Neo e seus coadjuvantes simbolizam bem o que vivemos. Estamos literalmente dentro de uma ficção, em busca de soluções que possam nos restituir a alguma realidade. Ora atacamos, ora somos atacados e não há um final à vista que pareça adequado. Se não dá para eliminar as ações dos lobos da jornada, menos ainda é possível imaginar que as ovelhas devam perecer e sobreviver sem a plausibilidade de um amanhã seguro.

5 A SEMÂNTICA DA DIGNIDADE HUMANA PENSADA PENALMENTE

Refletir acerca da pena enquanto castigo, conforme as razões trazidas por Michel Foucault²⁸, foi sempre a ideia principal dos modelos eleitos para a infligência que inicialmente era espetacular e aflitiva. Com o Código Criminal de 1830, o iluminismo e o utilitarismo benthaniano passaram a influenciar hermenêuticas favoráveis ao ideal humanitário.

Immanuel Kant²⁹ melhorou esse cenário ao teorizar que o direito não deve se distanciar da ética. Sua contribuição, que se irradiou ao longo dos séculos subsequentes ao iluminismo, tinha em conta a diferença entre o preço de uma coisa e a dignidade do ser humano. As reflexões filosóficas de ordem moral e metafísica, compelem nossas inteligências a

²⁶ Ibidem, p. 24.

²⁷ THE MATRIX. Estados Unidos, 1999.

²⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 11.

²⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda., 2007, p. 23.

questionar até onde a gente deve agir por boa vontade, pelo dever ou apenas pelo desejo de fazer a coisa certa?³⁰ Uma das respostas pode situar-se na virada de comportamento. Fazer o bem apenas por algum desejo ou vontade tem algum valor, mas do ponto de vista moral, agir por dever, ainda que contra nossas paixões, é o correto. Se o imperativo categórico fosse nosso princípio de moralidade e o direcionamento para a autodeterminação nas relações humanas, deveríamos agir, hipoteticamente, com uma conduta que “[...] representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com outra finalidade”³¹.

Preceitos e conselhos morais dessa ordem, no entanto, não obedecem a leis universais. Na discussão dicotômica entre classes que punem e as que são punidas, há hipótese paradoxal de não observância do imperativo categórico. Em tempos recentes, tendências e atitudes bem definidas de segregação e eliminação do outro, nesse ponto, sem valor moral válido, foram praticadas mundo afora. Na França, em 2012, o melhor exemplo foi a escolha anti-imigrante e de xenofobia, por parte dos eleitores que elegeram Marine Le Pen. Conforme Aline Burni³², naquelas eleições, os votantes de Marine Le Pen tinham orientações conservadoras, xenófobas e eurocéticas e estas orientações exerceram impacto na decisão eleitoral. Noutros países, a realidade da eleição de dirigentes que se alinham com programas de governo conservadores, revela uma tendência mundial e isso aconteceu com a vitória de Trump, nas eleições dos EUA em 2016 e com a eleição de Bolsonaro, no Brasil, em 2018. Na Inglaterra, em 2019, foi escolhido como primeiro-ministro, Boris Johnson do Partido Conservador. Tudo isso corrobora sistematicamente a tese de que, bem ou mal, o dualismo defendido nesta pesquisa, no campo político e certamente na área penal, ainda persistirá.

Como antevisto, a dimensão da dignidade humana, enquanto garantia de ordem fundamental em inúmeras cartas políticas, inclusive na constituição brasileira de 1988, no contexto prático, não tem uma significação tão elevada. Ainda se procura por cenários de paz ou de concessões humanas sem violações e a ambivalência penal entre lobos e ovelhas não

³⁰ Essa perspectiva pode ser abstraída das reflexões e inúmeros casos reais trazidos e debatidos em SENDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Martins e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda., 2007, p. 50.

³² BURNI, Aline. *Extrema direita e os “perdedores da globalização”*: análise do voto em Marine Le Pen nas presidenciais francesas de 2012. I Seminário Internacional de Ciência Política. UFRGS. Porto Alegre, setembro de 2015. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/BURNI-Aline.pdf>. Acesso em 09 set.2019.

foge dessa regra. Em análises científicas equivalentes, estudiosos noutras nações, asseguram não existir contemplação tão longe da realidade brasileira e a maioria das pessoas submetidas a regimes de prisão, são homens e mulheres pobres. A pesquisa de Mirko Bagaric³³, se orienta por esse eixo:

Poverty is a significant problem in the United States and Australia. In the United States, 15% of the population live in poverty. "In Australia, the portion of the community that lives in poverty is slightly less, namely 12.8%. There have been numerous studies that demonstrate a direct link between poverty and crime and consequently higher imprisonment rates for the poor. The relevant crime statistics that are the most wide-ranging and regularly updated do not directly map poverty and imprisonment.

Sinaliza a referida investigação que a pobreza é um problema significativo nos EUA, onde 15% da população vive nessa condição. Na Austrália, o índice é de 12,8%. O alerta também se dá para o fato de muitos estudos indicarem uma conexão direta entre o crime e a pobreza, com alta taxa de detenção de pessoas pobres.

No melhor panorama possível, seja no Brasil ou noutras nações, o que pode ser catalisado é que a hegemonia do modelo capitalista e neoliberal é um caminho sem volta, mas fixou rupturas e injustiças. Todavia, aqui chegamos e não desejamos regredir, ainda que a verdade signifique a inviabilidade de se proporcionar bens riquezas a todos, uma vez que exatamente na detenção maior das rendas por alguns poucos e a exclusão da maioria, é que reside a sustentabilidade do sistema. Enquanto as regras do jogo seguem seu curso, o que mais importa é o despertar e a reflexão sobre os fetiches que devem ser evitados e as vias que hão de ser eleitas, para a equalização das disputas e minimização das diferenças. Não se pode permitir e se conceder tudo aos dominantes e tampouco se pode permitir que os vulneráveis permaneçam para sempre em seus lugares de exclusão. Não é minimamente plausível a previsão de tolerância zero em relação às condutas violadoras da ordem penal, se o quadro normativo, de alguma maneira, facilita ou favorece a maldade de segregações e de amontoados humanos, predominantemente para seres naufragados pela exclusão neoliberal, aos quais remanescem o dever de subordinação ou a alternativa de se rebelarem.

³³ BAGARIC, Mirko. Rich offender, poor offender: why it (sometimes) matters in sentencing. LAW & INEQ. Vol. 33, 2015. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol33/iss1/1>. Acesso em 05 set.2019, p. 5 e 6.

6 CONCLUSÕES

Somos todos como Neo e seus aliados da trilogia Matrix. Como eles, estamos ainda na caverna Platônica a olhar fixamente para a luz, mas sem saber ou conhecer o que existe lá fora. Levar nossas vidas, encapsulados e dormentes, enquanto a luta entre lobos e cordeiros, acontece, como num novo Matrix, é o perigo real que haveremos de enfrentar cedo ou tarde, pois não se conhece de fato, quem pratica o bem ou qual lado, ao final, sucumbirá, mas é fato incontestável que as perdas são para todos.

É notória a existência de um vácuo totalizante a colapsar a rede de promessas humanitárias globais, que se estende em vontades humanas bipartidas entre os que criam, executam e aplicam as leis e aqueles que as violam, ao longo dos séculos. Se ninguém deve infringir a norma positivada, sob pena de responder por seus atos, não é razoável e proporcional apenas assistir aos ataques de grupos vulnerabilizados e submetê-los ao cárcere, com a ideiação de que serão recuperados, se isso resulta numa falácia. É urgente uma reinicialização de nossas promessas de humanismo. Se há ofensa a valores morais, o violar da lei pode ser a única tábua para o exercício de submissão à sorte, enxergada por aqueles viventes aculturados à exclusão e naufragados em ilhas onde a lei da infração penal representa apenas uma cena dos lobos, para impedir que eles, enquanto ovelhas, sobrevivam.

Essa ambivalência entre o bem e o mal, abre um flanco perigoso para a convivência humana de dias presentes e futuros, perante algumas constatações. Primeiro, o capitalismo proporciona esperanças e ao mesmo tempo desesperança e isso agrava a cisão dos polos, mas não é sequer imaginável outra via econômica em nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Segundo, seres excluídos e vulnerabilizados têm três opções: sentarem-se e observarem pacificamente o banqueteamento por aqueles que largaram na frente e chegaram primeiro ao lugar das riquezas; levantarem-se contra o sistema; ou serem abraçados em alguma mesa de ajuste salvacionista, com melhor distribuição de rendas, a partir da obrigatoriedade de uma função social regulatória da detenção de bens e riquezas. Terceiro, os pactos humanitários entre nações, deveriam prever a função social sobredita e definir que se as riquezas são limitadas, possuí-las exigiria de seus detentores, comprometimento com os demais humanos que ainda não as acessaram e nessa salvaguarda, o uso racional, por reinvestimento em pessoas, poderia reduzir conflitos.

A fim de alcançar alguns desses objetivos, talvez a “resolução negociada” do ambiente político Luis Régis Coli, 2015)³⁴, pudesse ser adaptada também na esfera penal, em consensos, com o objetivo de se resolver por meios não judiciais, as disputas e os confrontos entre partes, de modo a facilitar a integração de vontades e isso difundiria muitos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, a saber: a) a criação de pré-projetos de leis e normas penais que atendessem aos reclamos e aos interesses de todas as classes sociais; b) a criação nos conselhos das comunidades de discussões sobre o que de fato, é essencial, penalmente, para a governança local e regional; c) a fixação de modelos de ensino da ética e da moral em ambientes escolares, para difusão da cultura do respeito, enquanto dever de todos, especialmente, em relação às pessoas vulnerabilizadas; e d) a criação de voluntariados para ações específicas de educação e cultura, em comunidades fragilizadas, com a finalidade de inserir nesses meios, a responsabilidade de todos, quanto ao respeito ao próximo e à ética.

Como derradeira via, o princípio angular da dignidade humana, em sua aproximação com aquilo que a hermenêutica universal de Immanuel Kant definiu como imperativo categórico, pode representar a última trincheira ou o último refúgio para a aproximação e o arrefecimento do combate entre lobos e ovelhas. Para caminhar rumo a essa realização, seria essencial que cada um dos homens e mulheres enfileirados em lugares de realização neoliberal, adotasse e aprendesse a conviver com nova cultura. Nesse sonho de Ícaro, o voar assumiria nova significação e cada humano reaprenderia que é seu dever, ainda que não goste ou não queira, agir em favor do outro e colaborar para que esse outro encontre luz para além de seus grilhões. Se seremos Ícaros de voos seguros ou Alices em nações maravilhosas, com realizações, equívocos, tolerâncias, aceitação e cooperação aos humanos com os quais fomos selecionados a conviver, o tempo dirá, só não é ideal seguir numa jornada de lobos hobbesianos vendados, que ao tilintar e conforme as regras do jogo, metamorfoseiam-se em ovelhas amedrontadas.

³⁴ COLI, Luis Régis. Resolução negociada e desigualdades territoriais: emergência e adoção de políticas públicas na prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos. Revista Latitude, Maceió, v. 9, n. 2, p. 315-342, 2015.

7 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BAGARIC, Mirko. Rich offender, poor offender: why it (sometimes) matters in sentencing. LAW & INEQ. Vol. 33, 2015. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol33/iss1/1>. Acesso em 05 set.2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de informações penitenciárias. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 06 set.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 152.752. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 27.06.2018. Brasília, DF, 27 Jun. 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> . Acesso em 30 ago.2019.

BURNI, Aline. Extrema direita e os “perdedores da globalização”: análise do voto em Marine Le Pen nas presidenciais francesas de 2012. I Seminário Internacional de Ciência Política. UFRGS. Porto Alegre, setembro de 2015. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/BURNI-Aline.pdf>. Acesso em 09 set.2019.

CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado, investigações de antropologia política. Trad. de Bernardo Frey. Porto: Afrontamento, 1979.

COLI, Luis Régis. Resolução negociada e desigualdades territoriais: emergência e adoção de políticas públicas na prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos. Revista Latitude, Maceió, v. 9, n. 2, p. 315-342, 2015.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HOBBS, Thomas. O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril cultural, 2005.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda., 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secundat. Do espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. A República. Trad. De Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. De Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Deninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Martins e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SOUZA, Ayrton Ribeiro de; SILVEIRA, Marina de Campos Pinheiro da. Cadernos Prolam/USP, v. 17, n. 32, p. 114-132, jan./jun. 2018.

THE MATRIX. Estados Unidos, 1999. Direção a roteiro: Andy Wachowski e Larry Wachowski. Fotografia: Bill Pope. Montagem: Zach Staenberg. Elenco principal: Keanu Reeves, Laurence Fishburne, Carrie-Anne Moss, Hugo Weaving. Produção: Joel Silver. Produtora: Silver Pictures. Ficção. 136 min. DVD.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos - Conferências de Criminologia. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.