



R-CPJM

Revista Científica

ISSN: 2764-1899



Conselho Editorial Científico

Artur de Brito Gueiros Souza – Prof. Titular de Direito Penal da UERJ (arturgueiros@uerj.br)

Adán Nieto Martín – Prof. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Castilla la Mancha (adan.nieto@uclm.es)

Ana Elisa L. Bechara – Prof. Titular de Direito Penal da USP (anaelisabechara@usp.br)

Anabela Miranda Rodrigues – Prof. Catedrática de Direito Penal da Universidade de Coimbra (anabelamirandarodrigues@gmail.com)

Daniela Branco - Adjunct Prof. at the University of Pennsylvania (dbranco@law.upenn.edu)

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro – Prof. Titular de Direito Penal da UCSAL (fernanda.baqueiro@pro.ucsal.br)

Fernando Galvão – Prof. Titular de Direito Penal da UFMG (fgalvaoufmg@gmail.com)

Sally S. Simpson – Distinguished Prof. of Criminology and Criminal Justice at the University of Maryland (ssimpson@umd.edu)

Sérgio Salomão Shecaira – Prof. Titular de Direito Penal da USP (shecaira@uol.com.br)

Revista Científica do CPJM

Coordenadores Artur de Brito Gueiros Souza; José Maria Panoeiro; Matheus Alencar; Rodrigo Amaral; Augusto Righi [livro eletrônico] – I ed. – Rio de Janeiro - Tirant lo Blanch, 2023.
E-book

I - Doutrina, II - Documentos, e III - Resenhas.

ISSN: 2764-1899

Sumário

GRAÇA PRESIDENCIAL: natureza política do ato e controle jurisdicional <i>PRESIDENTIAL CLEMENCY: political nature of the act and jurisdictional control</i>	9
A autoria nos crimes contra o sistema financeiro e a teoria do domínio do fato Authorship in crimes against the financial system and the fact domain theory	31
Crimes tributários e parcelamento: reflexões sobre a aplicação da lei penal no tempo a partir do AgRg no HC nº. 716.746/df Tax crimes and installment: reflections on the application of criminal law in time since the appeal in the habeas corpus 716.746/df	51
Tutela extrajudicial de litígios estruturais: negociando direitos a partir da perspectiva de atuação do Ministério Público Extrajudicial resolution of structural litigation: negotiating rights from the Prosecution Service's perspective	64
O uso da prova produzida na investigação interna das pessoas jurídicas em casos corrupção e a (in)exigência da observância dos standards probatórios e da cadeia de custódia da prova The use of proof produced in the internal investigation of legal entities in corruption cases and the (in)requirement for the observance of probative standards and the evidence chain of custody	89
Dever e poder agir do especialista: um estudo a partir da atuação da equipe técnica matricial da Vale nos termos da Denúncia <i>Experts' duty and capacity do act: a study case of Vale Company's technical teams by terms of the indictment.</i>	120
La imputabilidad de las personas jurídicas The imputability of legal persons	143
Public compliance nas licitações e contratos administrativos Public compliance in bids and administrative contracts	166

A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime nos acordos de não persecução penal <i>The (in)compatibility of the requirement of necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of crime in non-criminal prosecution agreements</i>	184
A Colaboração Premiada no Brasil e na Itália. Análise comparativa da previsão e da aplicação do instituto nesses ordenamentos jurídicos. The Plea Bargain practice in Brazil and Italy. Comparative analysis of the forecast and application in these legal systems.	232
Os limites da mediação policial como justiça restaurativa <i>The limits of police mediation as restorative justice</i>	254
Reestruturação de Programas de Integridade: Caso Petrobras Restructuring of Compliance Programs - Petrobras Case	276
Interações entre o Ministério Público e a sociedade civil: esboço de uma tipologia Interactions between the Prosecution's Office and civil society: outline of a typology	299
Direito penal da globalização: as estratégias de compliance, o confisco de vantagens e os aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa coletiva <i>Criminal law of globalization: compliance strategies, advantage forfeiture and the procedural aspects of corporate criminal liability</i>	313
O Tribunal Penal Internacional e a jurisdição para crimes internacionais cometidos no conflito armado da Ucrânia The International Criminal Court and jurisdiction for international crimes committed in the armed conflict in Ukraine	318
Women And White-Collar Crime: Interview for CPJM's Scientific Journal	332
Mulheres E Crime Do Colarinho Branco: Entrevista para a Revista Científica do CPJM	339
Women and White-Collar Crime: A Convenience Theory Perspective	347

A influência do gênero nas decisões judiciais sobre corrupção como um fator extralegal de perpetuação de estereótipos: uma análise comparativa dos sistemas de justiça do Brasil, Espanha e Alemanha	
Incidence of gender in judicial decisions on corruption as an extralegal factor perpetuating stereotypes: a comparative study of Brazilian, Spanish, and German justice systems	371
A questão do gênero no crime de colarinho branco	
The question of gender in white collar crime	410
A construção do conceito de violência política de gênero nas campanhas eleitorais	
The construction of the concept of political gender violence in election campaigns	446
O direito e a desigualdade de gênero: uma análise histórico-legislativa da violência doméstica no Brasil	
Law and gender inequality: a historical-legislative analysis of domestic violence in Brazil	458
Direitos Humanos e Vítimas Vulneráveis: A reparação dos danos causados pelo crime nas situações de violência sexual, doméstica e feminicídio	
Human Rights And Vulnerable Victims: Repairing the damage caused by crime in situations of sexual, domestic violence and femicide	483
Domestic Work in Brazil: a reality based on gender and ethnicity	
Trabalho Doméstico no Brasil: uma realidade que tem gênero e etnia	513
Como aprimorar a fiscalização trabalhista relativa à discriminação de gênero	
How to improve labor inspection related to gender discrimination	533
Uma visão alemã dos desafios do gênero na busca pelo sucesso	
A german view of gender challenges in the quest for success	555

ASSIMETRIA SEXUAL NAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS: Uma análise sob dois paradigmas científicos	
SEX ASYMMETRY IN CRIME STATISTICS: An analysis under two scientific paradigms	566
Participação de Mulheres em Conselho de Administração	
Participation of Women On The Board Of Directors	597
La partecipazione femminile nelle bande criminali giovanili: un'opposizione alla socializzazione alla femminilità	
The female participation on youth criminal gangs: an opposition to socialization to femininity	613
Gênero, preconceito e o crime de colarinho branco	
Gender and prejudice in white collar crime	628
A solidão das mulheres no sistema carcerário: da invisibilidade ao abandono	The
Loneliness of women in the prison system: from invisibility to abandonment	641
Do direito ao trabalho a mulheres vítimas de violência doméstica	
The right to work for women in situation of domestic violence	657
Das feiticeiras aos monstros: a punição da mulher criminosa na perspectiva de gênero e o julgamento de Pauline Nyiramasuhuko	
From witches to monsters: the punishment of criminal women from the gender perspective and the judgment of Pauline Nyiramasuhuko	675
Violência, Gênero e Direito penal: o papel da universidade para a equidade de Gênero no Direito	701
Que Eu Seja a Última: resenha sobre o livro de Nadia Murad	
The Last Girl: review about Nadia's Murad book	716

<i>What works</i> : a obra de iris bohnet como aliada para uma equidade de gênero além dos discursos	
<i>What works</i> : the book of iris bohnet as an ally for gender equality beyond speeches	734
Os agentes da criminalidade económica: análise criminológica a partir da prática de cartel	
The agents of economic crime: criminological analysis from cartel practice	749
Sobre el compliance en la contratación pública	771
Sobre o conceito de dolo	781
Limites imanentes ao direito penal econômico e empresarial nos crimes tributários: política criminal e interpretação jurisprudencial.	
Limits to economic and business criminal law in tax crimes: criminal policy and jurisprudential interpretation.	797
La delincuencia económica desde una perspectiva criminológica crítica	843
Criptomercado e lavagem de ativos: um esboço estratégico para a prevenção e repressão de uma união perigosa	
Cryptocurrencies market and money laundering: a strategic outline for the prevention and repression of a dangerous union	861
Domínio do fato à brasileira: na prática, a teoria é outra - Uma análise da relação entre a denúncia genérica em crimes societários e a aplicação da teoria do domínio do fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.	888
Lobby: a disputa do poder público pelo setor privado	
Lobby: the dispute of public administration by the private sector	915
Efeitos jurídicos da rescisão do acordo de colaboração premiada	
Legal effects of terminating the award-winning collaboration agreement	940

Vitimologia corporativa: Uma introdução ao estudo sobre as vítimas dos delitos econômicos e ambientais	
Corporate victimology: an introduction to the study on victims of white-collar and environmental crimes	958
As dimensões que orientam a implementação de um Programa de <i>Compliance</i>	982
Criminalidade econômica e segregação ocupacional por gênero: uma breve análise de casos e das condutas de mulheres nos crimes de organização criminosa e lavagem de capitais	1007

GRAÇA PRESIDENCIAL: natureza política do ato e controle jurisdicional
*PRESIDENTIAL CLEMENCY: political nature of the act and jurisdictional
control*

Augusto Aras¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo: Analisa-se os institutos que compõem o poder de clemência estatal, em particular o poder de graça do Chefe do Poder Executivo, afirmando-se, com fundamento doutrinário e jurisprudencial, a natureza política do ato que concede a graça, devendo-se o controle jurisdicional se ater aos limites formais estabelecidos pela Constituição, sem a possibilidade de revisão do mérito do ato concessivo do perdão presidencial.

Palavras-chave: Constituição – Poder de clemência – Graça presidencial – Natureza política – Controle jurisdicional.

Abstract: This paper analyzes the institutes that comprise the state's power of leniency, in particular the Chief of Executive Power's authority to grant clemency, affirming, on doctrinal and jurisprudential grounds, the political nature of the act that grants the grace. Judicial control must be restricted to the formal limits established by the Constitution, without the possibility of reviewing the merit of the act granting presidential pardon.

Keywords: Constitution – Clemency power – Presidential pardon – Political nature – Judicial control.

1. Considerações Iniciais

No presente artigo propomos que o ato de graça presidencial é um ato de natureza eminentemente política, o que reflete nos limites do controle jurisdicional sobre o ato, o qual deverá ater-se aos parâmetros formais delimitados na Constituição.

¹ Procurador-Geral da República. Mestre e Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Iniciaremos a abordagem trazendo considerações sobre o poder de clemência do Chefe de Estado. Em seguida vamos diferenciar graça, indulto, anistia e comutação da pena. Após, delimitaremos a natureza política do ato presidencial que concede a graça. Por último, analisaremos os limites do controle jurisdicional sobre o ato concessivo de graça.

2. Poder de clemência do Chefe de Estado

O *poder de clemência do Chefe de Estado* é um poder pelo qual o Chefe do Poder Executivo, enquanto agente da soberania estatal, pode perdoar indivíduos condenados criminalmente. Mediante exercício do poder de clemência, o Estado renuncia ao *ius puniendi*, concedendo perdão ao cometimento de infrações penais.

Previsto em todas as Constituições brasileiras, desde mesmo a Imperial de 1824¹, o poder de clemência é nítida expressão de politicidade máxima do Estado. Ínsito por razões políticas que transcendem o aspecto humanitário e que podem abarcar as mais diversas e elevadas razões institucionais e sociais, a concessão do perdão resulta em interferência na subsistência de ato jurisdicional veiculador do *jus puniendi* estatal, fazendo com que o Chefe de Estado atue como o “juiz último” da sentença penal. Num ato de benevolência, o Chefe de Estado decide que o condenado não sofrerá os efeitos da reprimenda penal.

Esse poder presidencial é qualificado por Ruy Barbosa como o “*poder mais augusto*”² conferido pela Constituição.

O instituto jurídico do poder de clemência tem raízes na Antiguidade, passa pelo Direito Romano, e está consolidado nos mais diversos Estados Constitucionais, integrando o modelo de independência e harmonia entre os Poderes, como um mecanismo de freios e contrapesos.

Originariamente atrelado às monarquias, o instituto é acolhido como elemento integrante das Repúblicas presidencialistas a partir da experiência americana, especialmente com a formulação teórica feita por Hamilton no *artigo 74 dos Federalist papers*.

Ao discorrer sobre o “*comando das forças nacionais e o poder de perdão*” do Presidente da República, Hamilton defendeu que o poder de conceder perdão deve ser outorgado ao Presidente da República, por ser preferível entregar esse poder governamental a

¹ Que, então, ingressava no Poder Moderador exercido pelo Imperador (art. 101, VIII, Constituição do Império, de 1824), inserindo-se, pela natural destinação de seus efeitos, no rol do que o máximo publicista do Império, Pimenta Bueno, denominava de “*atribuições do poder moderador em relação ao poder judicial*” (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958, p. 209-210).

² BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III/257.

um único homem do que a uma Assembleia. Nos dizeres de Hamilton, o Presidente está também autorizado:

a conceder comutação de penas e perdão por crimes contra os Estados Unidos, *exceto em casos de impeachment*. A humanidade e a boa política conspiram para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deve ser tão pouco coibida ou complicada quanto possível. O código criminal de todos os países partilha tal grau de necessária severidade que, sem um fácil acesso a exceções em favor da culpa deplorável, a justiça exibiria um semblante demasiado sanguinário e cruel. Como o senso de responsabilidade é sempre tanto mais forte quanto menos partilhado, pode-se inferir que um único homem estaria mais disposto a atentar para a força dos motivos que poderiam indicar a mitigação do rigo da lei, e menos propenso a ceder a considerações destinadas a proteger um objeto próprio para a vingança desta. O pensamento de que o destino de uma criatura dependeria *unicamente* de sua *ordem* iria naturalmente inspirar escrúpulo e cautela; o temor de ser acusado de fraqueza ou conivência geraria igual circunspeção, embora de tipo diferente. Por outro lado, como os homens geralmente extraem confiança de seu número, agindo em conjunto poderiam muitas vezes encorajar-se aos temores de suspeita ou censura por uma clemência não judiciosa ou exagerada. Por estas razões, parece ser preferível entregar o poder governamental de perdoar a um único homem que a uma assembleia de homens³.

O texto evidencia a magnitude e a responsabilidade desse poder governamental, quando Hamilton realça que é um poder que impõe escrúpulo e cautela, e é averso à fraqueza e conivência.

A relevância e seriedade desse poder governamental também é destacada na doutrina brasileira, sendo oportuno trazer a abalizada lição de Ruy Barbosa, quando proclama que:

Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. Não se lhe deu para se entregar ao arbítrio, para se desnaturar em atos de validismo, para contrariar a justa expiação dos crimes.

Pelo contrário, é o meio que se faculta ao critério do mais alto magistrado nacional para emendar os erros judiciários, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, comutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre inocentes, exageram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidência a sociedade. Todos os chefes de Estado exercem essa função melindrosíssima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhacouto dos maus e escândalo dos bons⁴.

³ *Os Artigos Federalistas 1787-1788: edição integral*. James Madison, Alexander Hamilton, John Jay. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. Artigo LXXIV, página 463.

⁴ *Ruínas de um Governo*. Prefácio e notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931. página 108. O mesmo texto encontra-se também na obra de Ruy “*Comentários à Constituição Federal Brasileira, III volume*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

Nos Estados Unidos, o *poder de perdão presidencial* foi utilizado por praticamente todos os Presidentes, desde George Washington até Joe Biden. Por lá, a tradição é a concessão do perdão individual, e não do perdão coletivo, como costuma ocorrer aqui no Brasil.

Em alguns casos, o perdão foi concedido a pessoas próximas ao Presidente. Foi o que aconteceu com Donald Trump, que perdoou seu coordenador de campanha, e com Bill Clinton, que, no último dia do mandato presidencial, perdoou seu irmão, que tinha sido condenado por envolvimento com drogas.

No Brasil, o instituto foi previsto em todas as Constituições, e sua utilização, assim como ocorre nos Estados Unidos, também é uma prática tradicional, utilizada por muitos dos nossos governantes, como Hermes da Fonseca, José Linhares, Juscelino Kubitschek, João Goulart, João Figueiredo, e todos os presidentes da república que governaram o País sob a vigência da Constituição de 1988.

Sob a vigência da Constituição de 1988, todos os Presidentes da República exerceram a competência constitucional de conceder perdão. Absolutamente todos, sem exceção, praticaram atos de benevolência. José Sarney⁵, Fernando Collor de Melo⁶, Itamar Franco⁷, Fernando Henrique Cardoso⁸, Luis Inácio Lula da Silva⁹, Dilma Rousseff¹⁰, Michel Temer¹¹ e Jair Bolsonaro¹².

Inclusive, a partir do indulto concedido por Collor em 24 de dezembro de 1990, criou-se no Brasil um “*costume presidencial*” de conceder indulto no período natalino, que ficou popularmente conhecida como “*indulto de Natal*”.

O primeiro ato de clemência presidencial editado sob a vigência da Constituição de 1988 foi promulgado quando a Lei Constitucional tinha apenas dois meses e dois dias em vigor. Em sete de dezembro daquele ano, o então Presidente José Sarney promulgou o Decreto n. 97.164, concedendo indulto e reduzindo penas.

O *poder de clemência* abrange institutos jurídicos semelhantes, mas que se distinguem, que são a graça, o indulto, a anistia e a comutação da pena. Traremos as distinções no item seguinte.

⁵ Decreto 97.164/1988.

⁶ Decreto n. 99.915/1990

⁷ Decreto n. 668/1992

⁸ Decreto n. 2.002/1996

⁹ Decreto n. 5.925/2004

¹⁰ Decreto n. 8.172/2013

¹¹ Decreto n. 9.246/2017

¹² Decreto de 21 de abril de 2022

3. Graça, indulto, anistia e comutação da pena

Graça é o ato pelo qual o Chefe de Estado concede um perdão individual. *Indulto* é o perdão coletivo. Enquanto na graça o ato se destina a um sujeito em específico, no indulto o ato é destinado a uma coletividade de sujeitos. Mediante o ato de indulto, o Chefe de Estado, em ato único, perdoa uma coletividade de pessoas. Todos aqueles que preencherem os requisitos estabelecidos no ato de indulgência estarão perdoados.

Assim, enquanto a *graça é personalíssima*, destinada a um indivíduo em concreto, que tem “nome certo”, “endereço definido”, o indulto não tem caráter pessoal, não tem “nome nem sobrenome” pré-definidos; abrange uma coletividade de pessoas que preencha os requisitos objetivos estabelecidos no ato estatal.

No Brasil, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a prática tradicional é concessão de indulto, não de graça, mas, o perdão individual também já foi utilizado em nossa história constitucional.

O Presidente Hermes da Fonseca, que governou o Brasil de 1910 a 1914, se valeu do poder de graça para conceder perdão individual em mais de uma oportunidade¹³.

Em 1910, um funcionário do Ministério da Guerra, Sr. Francisco Borges Leal, foi condenado por homicídio, e perdeu o cargo, mas, 11 dias depois, o Presidente Hermes o agraciou com o perdão e, cinco dias após, o renomeou para o mesmo cargo público que ocupava. No ano seguinte, o Presidente Hermes perdoou mais um condenado por homicídio, o Sr. Quincas Bombeiro, que tinha um histórico de ocorrências policiais. Posteriormente, perdoou também o chefe de uma repartição pública, Sr. Barcellos, condenado pelo crime de peculato, por ter subtraído dinheiro público.

À época, Ruy Barbosa comentou esses episódios e criticou duramente a postura do Presidente Hermes da Fonseca. Referindo-se ao poder de indulto concedido ao Presidente da República, Ruy proclamou:

Mas o que fez dessa atribuição o marechal Hermes? O cabo Francisco Borges Leal, motorista de automóvel do Ministério da Guerra, incurso no crime de homicídio, é condenado, por sentença que o Supremo Tribunal Militar confirmou, a dez anos de prisão com trabalho. Mas, *onze dias depois*, o presidente o agracia, e, *cinco dias mais tarde*, o renomeia para o mesmo emprego nessa repartição.

O assassino Quincas Bombeiro, condenado pelo Tribunal do Juri, em novembro de 1910, por crime de homicídio, a seis anos de prisão celular, não obtém provimento ao recurso que interpôs para a Corte de Apelação. É um facínora de nota, cliente habitual

¹³ Ruy Barbosa comenta que Hermes da Fonseca se valeu do poder de perdão em pelo menos cinco oportunidades. BARBOSA, RUY. *Ruínas de um Governo*. Prefácio e notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931. página 213.

da polícia, em cujas casas tem frequentes entradas. Mas alcança a graça do presidente, que meses depois lhe perdoa, habilitando assim a fera a ter o papel, que teve, com o moleque Veríssimo e Mendes Tavares, no assassinato do comandante Lopes da Cruz.

De mais pasmo que tudo isso, porém, é ainda o caso, de que só o mês passado se veio a divulgar a notícia por um requerimento, onde o engenheiro Barcellos solicitava ao Congresso Nacional a relevação da responsabilidade em que incorrera, como chefe interino de uma repartição na qual um dos seus funcionários subtraía dinheiros do Estado, cometendo assim o crime de peculato. Por essa petição e seus documentos, agora se sabe que esse peculatório, delinquente, confesso e cínico, sendo condenado pelo crime de responsabilidade, cujo autor é, foi indultado pelo Presidente da República, o marechal Hermes.¹⁴

Mais adiante, Ruy critica duramente outro perdão concedido por Hermes da Fonseca, dessa vez a condenados pelo crime de falsificação de moeda. Eis a crítica contundente feita pelo ilustre jurista:

Sob a justiça deste regime, onde a polícia republicana recusa a nossa hospitalidade a honrados cidadãos de um país ultramarino, acusados, na sua terra, em uma época de terror, por delitos políticos, delitos de opinião, em que a espionagem delata, a suspeita acusa e a lei marcial condena, sob esse mesmo regime senhores, o presidente da República elege para objeto da sua clemência a réus de moeda falsa.

Na última semana do mês passado, a justiça federal do Rio de Janeiro julgava por esse crime a quadrilha de Albino Mendes. Dos miseráveis dessa récu, o que, como seu chefe, deu nome à alcateia, e Manuel José de Oliveira eram criminosos relapsos. Um e outro haviam comparecido, no ano anterior, ante o mesmo tribunal, como moedeiros falos, e dele tinha recebido a mesma sentença. Mas, dias depois, o chefe do Estado os agraciava.

Porque os agraciou o marechal Hermes? O delito estava provado, verificada culpa dos réus. Era um crime torpe, um crime contra a fé pública, um crime contra a honestidade social e contra a fortuna de todos, um crime de improbidade astuta e desabusada, uma ladroice contra o Tesouro e contra a nação. Onde já se viu, nunca, utilizar-se um soberano ou um presidente, desta faculdade santa do perdão, abrigo extremo dos inocentes ou regenerados, para devolver do cárcere à sociedade falsários, desse jaez e nota, que os tribunais acabam de enviar à cadeia condenados a longos anos de exclusão expiatória?

Direta, ou indiretamente, esses perigosos delinquentes, esses exploradores de um crime infame, devem ter associados, cointeressados, ou padrinhos, nas altas situações, donde se influi sobre o governo, por onde se atua sobre a confiança do chefe do Estado, ou na sua própria corte, entre os familiares cuja intimidade rodeia, aconselha e desencaminha o presidente. De outro modo não se poderia, sem lhe envolver a própria integridade, explicar esse uso da sua misericórdia em socorro de tais degenerados¹⁵

¹⁴ *Ruínas de um Governo*. Prefácio e notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931. páginas 108-109.

¹⁵ *Ruínas de um Governo*. Prefácio e notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931. Páginas 212-213.

Anistia é o ato que afasta todo e qualquer efeito jurídico em relação a determinado fato criminal. Mediante anistia, uma situação fática qualificada juridicamente como crime deixa de ter seus efeitos jurídicos considerados, como se fosse “apagada” pelo ato de clemência. Na anistia há um crime, há consequências jurídicas para o crime, mas em razão do ato de perdão, o fato “deve ser deixado de lado”, como se o crime fosse extinto.

A anistia é muito mais ampla que a graça e o indulto, pois atinge a própria situação fática originária, afastando todo e qualquer tipo de efeito jurídico criminal em relação ao episódio.

A anistia está normalmente atrelada a períodos históricos de conturbação política no Estado, como ocorreu no Brasil no período do regime militar, mediante a edição da Lei n. 6.683/1979, que concedeu anistia a crimes cometidos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Essa lei teve a validade constitucional reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 153, mas foi declarada inválida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser incompatível com a Convenção Americana sobre direitos humanos¹⁶.

Comutação da pena consiste na medida de modificação da pena imposta. Em sentido amplo, a comutação abrange tanto a substituição do tipo de pena, quanto a redução da pena imposta. Em sentido estrito, comutação alberga apenas a permutação do tipo de pena, não englobando a diminuição da reprimenda estabelecida.

Feitas essas considerações, vejamos em seguida a natureza eminentemente política do ato presidencial que concede graça.

4. Natureza política do ato que concede graça

O ato que concede graça é expressão máxima da politicidade do Estado.

As razões que orientam o ato de clemência soberana do Estado e em vista das quais sucede a sua emanção são essencialmente políticas e, por essa ótica, é de mister, na interpretação da nossa história constitucional republicana, ter presente o modelo americano que

¹⁶ A lei de anistia teve sua validade constitucional questionada junto ao Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153, ao argumento de que a anistia de crimes ocorridos durante o período do regime militar seria incompatível com a dignidade humana, que é fundamento do Estado brasileiro na Constituição de 1988 (art. 1º, inciso III), e a Suprema Corte brasileira decidiu que a lei foi recepcionada pela atual ordem constitucional, e reputou válida a anistia concedida, daí decorrendo os efeitos jurídicos próprios a um ato de anistia. Por outro lado, a Corte Interamericana de direitos humanos, em dois casos, os casos *Gomes Lund* e *Vladimir Herzog*, decidiu que a lei brasileira é incompatível com a Convenção Americana sobre direitos humanos, e afirmou que graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de anistia.

inspirou as origens de nosso sistema¹⁷, no qual se patenteia a mais larga e desembaraçada visão do instituto, manifestada na lição clássica do artigo 74 do *Federalista*.

Lê-se, a propósito, nesse importante *paper* de Alexander Hamilton, e antes que ele adentrasse no exame dos motivos que justificam a outorga do poder de graça ao Presidente e não ao Poder Legislativo, a iluminadora afirmação – importante para clarear a *ratio essendi* do instituto – de que “*humanidade e boa política concorrem para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deva ser impedida ou dificultada tão pouco quanto possível*”¹⁸.

No artigo Federalista n. 74, a justificar a previsão constitucional do instituto, comparecem não somente aspectos que o realçam como contraponto humanitário à “*severidade*” da legislação penal, mas, em contextos politicamente conturbados, o intuito de “*restaurar a tranquilidade da comunidade*”.

Vale dizer, objetivos humanitários, mas também de pacificação política, cuja concreta aquilatação cabe não ao Poder Legislativo, tampouco ao Poder Judiciário, cuja condenação tem seus efeitos atingidos pelo poder de clemência soberana, mas tão somente ao Presidente da República.

No exercício do poder de graça, o Presidente da República desempenha atribuição política que tem como predicado essencial um espaço máximo de conformação política.

Estabelecida pela Constituição, a clemência soberana não se sujeita a regulamentação legislativa e tampouco a balizamentos judiciais, pois constituiu, pela destinação mesma de sua natural eficácia paralisante de efeitos próprios de condenação criminal, um “*contrapeso aos excessos do judicialismo*”, como acertadamente se referia Carlos Maximiliano¹⁹.

Contrapeso cujo delineamento não se sujeita a limitações legislativas *ad hoc* ou, o que seria igualmente ceifar a competência constitucional, a limitações de origem judiciária, eis que essas se esgotam no que delineia a título exclusivo o texto da Constituição da República.

Conforme ressalta Gustavo Zagrebelsky²⁰

O corolário institucional da potestade de clemência como instrumento político é a insubsistência de limitações legais ao seu exercício, tanto no tocante ao an quanto em relação ao quando. O caráter em certo modo arbitrário da graça nesses casos é a direta

¹⁷ A esse respeito, escreveu Aurelino de Araújo Leal, que, não obstante a “*cópia*” não tenha sido “*servil*”, a “*influência americana é a que se percebe, até porque aos Estados Unidos coube exercer sobre toda a América latina uma ação profunda e decisiva*” (*História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 226).

¹⁸ HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 654.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 513.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Amnistia, Indulto e Grazia – profili costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 18-19.

consequência da imprevisibilidade das circunstâncias em que essa há de ser empregada, o que justifica, além disso, a inexistência de procedimentos preparatórios à emanação do ato em sede política ou, pelo menos, a sua não vinculatividade ao comportamento dos órgãos investidos da potestade de clemência. O caráter “político” da graça, no sobredito sentido, explica, ademais, a competência atribuída a órgãos políticos (...).

A respeito do tema, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal não caber à lei restringir a competência do Presidente da República para conceder indulto, medida cujo alcance pode ser parcial ou total (HC 81.565/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 22.3.2002), inserindo-se na prerrogativa constitucional do Chefe de Estado, sem que se possa falar em usurpação de competência legislativa do Congresso Nacional (HC 82.296, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 17.10.2013).

Convergentemente, em julgamento mais recente, ocorrido em 9.5.2019, a Egrégia Suprema Corte, examinando a ADI 5.874, entendeu pelo descabimento de substituição, pelo Poder Judiciário, do juízo político que a Constituição conferiu, sob a nota de absoluta exclusividade, ao Presidente da República.

Na ocasião, o então decano do Tribunal, Sua Excelência o Senhor Ministro Celso de Mello, revelou preocupação com “*uma inaceitável apropriação institucional, por órgão do Poder Judiciário, das atribuições inerentes à competência do Presidente da República em matéria de indulto, operando uma inconcebível substituição judicial de critérios, com o afastamento daqueles cuja adoção incumbe, com exclusividade, por efeito de determinação constitucional, ao Chefe de Estado, e a este somente*” (p. 188 do acórdão).

As causas formal (a essência), material (o substrato de que é feito), eficiente (que lhe dá origem) e final (o escopo) do ato de graça são todas de natureza política: política é a natureza do ato, político é o domínio institucional e estatal em que historicamente se realiza, político é o movimento que lhe dá corpo e, da mesma maneira, políticas são as finalidades que se cuida de atingir com a concreta emanação da clemência soberana do Estado²¹.

Sendo político por qualquer ângulo em que se o contemple, o poder de graça supera as estreitezas dos que tornam o instituto funcional à mera realização de fins humanitários ligados à política criminal.

A doutrina constitucional italiana, criticando a Corte Constitucional daquele país, por haver operado, na sentença 200/2006, uma tal diminuição da destinação e finalidade do poder

²¹ Para um exame, a partir de sua sistematização aristotélica, da doutrina das quatro causas: BERTI, Enrico. Aristotele. In. ECO, Umberto, FEDRIGA, Riccardo. (coords.). *La filosofia e le sue storie*. Bari-Roma: Laterza, 2014, p. 150 e seguintes

de graça, ressalta que existe na graça “*uma inextirpável coloração de politicidade, resultante de sua estrutural ‘anormalidade’ (e do fato que constitui o exercício dos supremos poderes titularizados pela pólis), que não consente de expulsá-la para o recinto das intervenções humanitárias*”²².

Na variada gama de competências constitucionalmente atribuídas ao Presidente da República, além das que dão curso a atos administrativos como Chefe do Poder Executivo e autoridade máxima da Administração Pública federal, algumas são expressivas de funções de governo de mais elevada envergadura e, por fim, algumas resultam em atos políticos, não apenas perante a ordem externa (relações internacionais), mas, igualmente, na ordem política interna, e assim o é com a competência para conceder graça.

No desempenho dessas funções políticas, ressalta-se a politicidade máxima no exercício das atribuições presidenciais.

Os atos políticos têm assento direto na Constituição, não se podendo falar, nesse âmbito, de função administrativa que “*se caracteriza e deve definir-se por sua subordinação à lei*”²³, pois, tendo em conta os movimentos variáveis da vida política do Estado, a Constituição reconhece ao Poder Executivo competências para solução de situações que ultrapassam a mera rotina administrativa, e seria, nas palavras de Jellinek, um “*absurdo político*”²⁴ imaginar, nesse campo, uma prévia delimitação legislativa das possibilidades de ação.

Os atos políticos são, sob esse prisma, conquanto sempre respondentes à necessidade de atender o interesse público, atos dotados de liberdade quanto aos fins concretos. No estabelecimento desses fins, cumpre à autoridade constitucionalmente competente o juízo não somente sobre os objetivos concretos, mas também sobre o atendimento de referido interesse, sempre nos limites do sistema constitucional.

Tendo em conta essa feição, a doutrina tem definido o ato político como aquele “*livre no fim, porque reconduzível a escolhas supremas ditadas por critérios políticos*”²⁵, de modo que as limitações quanto ao seu controle jurisdicional se fundam na “*ideia de que certas*”

²² LUCIANI, Massimo. *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere Giuridico* 2/2007.

²³ MALBERG, Carré de. *Teoría general del Estado*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 480. Esse autor, a propósito, fala – com sinonímia que é comum na doutrina – em ato de governo, dando-lhe o mesmo sentido com que, neste parecer, se usa a designação – mais apropriada – de ato político.

²⁴ JELLINEK, Georg. *La Dottrina generale del Diritto dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 177.

²⁵ CLARICH, Marcello. *Manuale di giustizia amministrativa*. Bologna: Il Mulino, 2021, p. 103 (“*deve essere libero nei fini perché riconducibile a scelte supreme dettate da criteri politici*”).

*decisões podem ser mais adequadamente controladas pelos eleitores ou pelo Parlamento, tratando-se precisamente de questões politicamente controversas*²⁶.

Além de expressar o exercício de um poder constitucional privativo do Chefe de Estado, a concessão de graça consubstancia ato sujeito a uma ampla margem de avaliação política.

Não quer isso significar, porém, que o poder de clemência seja um poder ilimitado ou isento de todo tipo de controle jurisdicional, em especial o controle na via da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Embora consista em ato de natureza política, o decreto de indulto ou de graça encontra limites dentro do sistema constitucional. Na quadra atual, temos o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1988, que estabelece serem insuscetíveis de graça os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Abordemos, no item seguinte, a temática do controle jurisdicional do ato concessivo de graça.

5. Controle jurisdicional do ato concessivo de graça

O ato presidencial que concede graça é passível de controle jurisdicional dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, pois há limites para o exercício de cada atividade estatal, estabelecidos na Lei Maior, que devem ser observados por todos os governantes, por todos os Poderes.

Havendo violação a um limite estabelecido na Constituição, é possível que o ato concessivo graça seja objeto invalidado pelo Poder Judiciário, dentro do desenho institucional estabelecido na Lei Constitucional.

Na Constituição de 1891, por exemplo, a competência do Presidente para indultar e comutar as penas não abrangia os crimes de responsabilidade, cujo poder foi atribuído ao Congresso Nacional (art. 34, 28º).

Em virtude dessa limitação constitucional, RUY BARBOSA defendeu que o perdão concedido pelo Presidente Hermes da Fonseca ao Sr. Barcellos seria inválido, porque se trataria de um crime de responsabilidade. Eis o que disse Ruy:

De mais pasmo que tudo isso, porém, é ainda o caso, de que só o mês passado se veio a divulgar a notícia por um requerimento, onde o engenheiro Barcellos solicitava ao Congresso Nacional a relevação da responsabilidade em que incorrera, como chefe interino de uma repartição na qual um dos seus funcionários subtraía dinheiros do

²⁶ NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2020, p. 365 (“*l’idea che certe decisioni possano essere più adeguatamente vagliate dagli elettori o dal parlamento piuttosto che da un giudice, trattandosi appunto di questioni politicamente controverse*”).

Estado, cometendo assim o crime de peculato. Por essa petição e seus documentos, agora se sabe que esse peculatório, delinquente, confesso e cínico, sendo condenado pelo crime de responsabilidade, cujo autor é, foi indultado pelo Presidente da República, o marechal Hermes.

Ora, a Constituição, dando ao chefe do executivo a prerrogativa do indulto, no art. 48, n. 6, textualmente exclui dessa faculdade os crimes indicados no art. 34, n. 28, no qual se reserva privativamente ao Congresso Nacional “*comutar e perdoas as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais*” Na espécie, o criminoso é um funcionário, o funcionário é federal, e o crime, sendo o de peculato, é o crime de responsabilidade que o Código Penal qualifica nos arts. 221 a 223

Desse crime, conseqüentemente, só o Congresso Nacional podia remitir ou comutar a pena. Mas o Presidente da República, o marechal Hermes, não a comutou: perdoou; e, para cúmulo das abjeções desta época de indignidade, o juiz da execução, em vez de a recusar ao ato criminoso do governo, a esse ato que envolve, por sua vez, o chefe do poder executivo em textos implícitos da lei de responsabilidade, consumou o atentado, juntando a mais crassa prevaricação da justiça à mais atrevida prevaricação do governo.²⁷

Na Constituição de 1988, o único limite expressamente estabelecido pelo constituinte quanto ao poder de graça é a vedação de perdoar os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, conforme previsão do art. 5º, inciso XLIII.

Se algum Presidente agraciar um condenado por qualquer desses crimes, será evidente a violação direta ao texto constitucional, e o ato poderá ser invalidado pelo Poder Judiciário, sem que isso configure afronta à separação de poderes.

De outro modo, fora desses estreitos limites estabelecidos no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição, o controle jurisdicional sobre o ato de clemência presidencial adentra no mérito da decisão política tomada pelo Presidente da República.

A ausência de outros condicionamentos corresponde à normação completa e exauriente da Constituição da República, a qual, sendo assim plenamente conformada, não há de ser suprida, mercê de equivocada compreensão do alcance do controle jurisdicional por incursões principiológicas cujo emprego resulte em substituição da vontade política da autoridade competente pela vontade do órgão jurisdicional.

A figura do *desvio de poder ou desvio de finalidade*, relativa aos atos administrativos discricionários, não encontra pertinência no domínio dos atos políticos, categoria conceitual na qual se enquadram os decretos de clemência soberana do Estado a cargo do Presidente da República, eis que a discricionariedade política quanto aos destinatários, ao conteúdo, às razões,

²⁷ *Ruínas de um Governo*. Prefácio e notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931. página 109.

aos motivos determinantes e aos fins que tenham por escopo o concreto exercício dessa competência constitucional sujeita-se, na sua expressão, a juízo unicamente político.

Toda incursão judiciária implicaria, na prática, a uma possibilidade de neutralizar o *telos* do poder constitucional de graça em relação ao pronunciamento jurisdicional criminal condenatório que lhe constitui o objeto próximo.

De se rejeitar, pois, nesse diapasão, a invocação de doutrina administrativista que, conquanto tenha os seus reconhecidos méritos, atua, nesse domínio, assimilação contrária ao exato delineamento da dimensão constitucional do ato de clemência soberana.

Essa doutrina, inadvertidamente, estende aos atos políticos o controle de vício que tem a sua pertinência no tocante aos atos administrativos discricionários, mas que, na seara dos atos políticos, resultaria, inevitavelmente, na anulação do sentido constitucional da competência política do Poder Executivo, ou na transferência ou esbulho de competência alheia, propiciada pela inteira sujeição de seu manejo a juízo estranho de órgão de Poder ao qual não se atribuiu, constitucionalmente, a sua externalização²⁸.

Na interpretação de normas-regra de competência, a jurisdição constitucional há de se atentar, com especial cuidado ao risco de dar curso a processos informais *ad hoc* de modificação da distribuição constitucional de poderes, os quais tenham por consequência a apropriação de espaços institucionais diversos.

Nesse domínio, a concepção desmedida do controle jurisdicional desaguarda – para usar lapidar expressão do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Rcl. 4335 – na “*mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria*” (p. 91 do acórdão).

Há, dessa forma, peculiaridades no que toca aos limites a serem observados no controle jurisdicional sobre os atos políticos, mormente os atos que concedem indulto e graça.

O ato de graça é, em sua essência, um ato político, e, como tal, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito desse poder presidencial, substituindo o juízo de clemência feito pelo Chefe de Estado por um juízo pessoal feito pelos magistrados.

Vale trazer a preciosa lição de Gustavo Zagrebelski, que, ao abordar as controvérsias existentes quanto a natureza jurídica do ato de graça, ressalta que uma das implicações do reconhecimento da graça como um ato político é justamente a delimitação do controle judicial apenas aos aspectos de forma:

²⁸ Com todas as vênias, e com o manifesto respeito às suas reconhecidas qualidades de emérito publicista, é tal o equívoco em que, *verbi gratia*, incorre o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual, aliás, estende o controle jurisdicional, como se sabe, ao próprio mérito do processo de *impeachment*, contrariamente, no ponto, ao clássico magistério da doutrina, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 30, 32-33)

A tese da graça como ato de governo, que parece ser compatível com qualquer definição que se queira dar, parece particularmente sugestiva do ponto de vista histórico. Abandonada a categoria dos chamados atos de prerrogativa, algumas de suas características se encontram entre aquelas inerentes aos atos de governo em geral, e ao indulto em particular: assim, encontra-se em primeiro lugar a ausência de limites leais ao seu exercício que não exclusivamente de forma (neste sentido, para os atos de prerrogativa, falamos de *discretionary or arbitrary auctority* do soberano; em segundo lugar, é impossível ao legislador ordinário especificar (e, portanto, limitar) as hipóteses de uso de tais atos, e especificar seus possíveis conteúdos; finalmente, a exclusão de qualquer controle ou revisão judicial, que não seja para a apreciação dos requisitos formais da primeira característica indicada.²⁹

Ao nosso entender, portanto, o controle jurisdicional da validade do ato que concede graça deve se ater aos limites formais estabelecidos pela Constituição, não podendo o Judiciário adentrar no mérito da escolha política feita pelo Presidente da República.

Essa linha de entendimento, que reconhece a impossibilidade de o Poder Judiciário revisar o mérito do ato concessivo de perdão, restringindo a intervenção judicial aos aspectos formais, foi defendida doutrinariamente pelo antigo decano do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello. Em suas observações sobre a Constituição pretérita, sua Excelência afirmou que:

A decisão do Presidente da República, concedendo ou denegando a graça pleiteada, é insuscetível de revisão judicial. O poder de agraciar constitui liberalidade do Estado. Trata-se de favor concedido, em caráter absolutamente excepcional, aos agentes de práticas delituosas. O Presidente da República, ao exercer essa competência constitucional, pratica ato de evidente discricionariedade³⁰.

Essa mesma compreensão foi adotada pelo Supremo Tribunal em importante precedente sobre o tema, quando analisou a validade constitucional de decreto de indulto editado pelo então Presidente Michel Temer (ADI 5.874).

O acórdão restou assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

²⁹ *Enciclopedia del Diritto*, XIX, *Giunta-Igi*, Giufree Editore. Página 760. Tradução livre aqui no texto.

³⁰ *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. Página. 266.

1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais.
2. Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.
3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes.
4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5.874/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ o acórdão o Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4.11.2020).

O Tribunal, por maioria, afastou a possibilidade de o Judiciário adentrar no mérito do indulto, isto é, de proceder a uma reavaliação do juízo político de conveniência e oportunidade da concessão do benefício, o qual é conferido de forma privativa ao Presidente da República – vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux e Carmen Lúcia.

O Ministro Alexandre de Moraes, no voto-condutor do acórdão, bem explicitou o enquadramento do indulto como mecanismo integrante do sistema de controles recíprocos entre os poderes (*freios e contrapesos*), o qual confere a possibilidade de intervir na aplicação e no cumprimento de sanções cominadas pelo Judiciário, sem que a sua utilização pelo Executivo possa ser tachada, por si só, como atentatória à separação de poderes.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que:

Em regra, portanto, compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade; devendo ser, por inoportuna, afastada qualquer alegação de desrespeito à Separação de Poderes ou ilícita ingerência do Executivo na política criminal, genericamente, estabelecida pelo Legislativo e aplicada, concretamente, pelo Judiciário.

Na República, a ideia da possibilidade de intervenção do Chefe do Poder Executivo na aplicação e cumprimento de sanções penais, a partir de um complexo mecanismo de freios e contrapesos, surgiu com o próprio nascimento do Presidencialismo, na Constituição norteamericana de 1787.

[...]

A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política

Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura *tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes*.

O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos a possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal (PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 574 e ss.; ALCINO PINTO FALCÃO. *Constituição Federal anotada*. Freitas Bastos. v. 2, p. 214).

[...]

Assim, apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional.

Esse exercício de hermenêutica, conforme tenho defendido academicamente ao comentar o artigo 5º, inciso XLIII, leva-nos à conclusão de que compete, privativamente, ao Presidente da República conceder indulto, desde que não haja proibição expressa ou implícita no próprio texto constitucional, como ocorre em relação aos crimes hediondos e assemelhados, para quem a própria Constituição Federal entendeu necessário o afastamento das espécies de *clemencia principis* (*Constituição do Brasil Interpretada*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2003).

Portanto, em relação ao Decreto Presidencial de Indulto, será possível ao Poder Judiciário analisar somente a *constitucionalidade* da concessão da *clemencia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; MIGUEL SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131)

[...]

Esta SUPREMA CORTE tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional.

Nada mais do que isso!!! Não é possível transferir a redação do indulto para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de maneira que, a cada nova edição pelo Presidente da República, a CORTE possa reanalisar o mérito do decreto e as legítimas opções realizadas.

Com o devido respeito às posições em contrário, não compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reescrever o decreto de indulto, pois, ou o Presidente da República extrapolou o exercício de sua discricionariedade, e, conseqüentemente, a norma é inconstitucional; ou, entre as várias opções constitucionalmente lícitas, o Presidente da República escolheu validamente uma delas, e, conseqüentemente, esta opção válida não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa.

Ao Poder Judiciário também se impõe o Império da Constituição Federal.

[...]

O decreto presidencial de indulto não pode inconstitucionalmente extrapolar sua discricionariedade, assim como o Poder Judiciário não possui legitimidade para

substituir opções válidas do Chefe do Executivo, por aquelas que entende mais benéficas, eficientes ou Justas.

[...]

Dessa maneira, ressalto as seguintes premissas anteriormente detalhadas:

(1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

(2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF, art. 60, § 4º, III)

(3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, conseqüentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades, cujos limites estabelecidos nos artigos 2º e 60, §4º, III da CF, ao definir a separação de poderes, impedem a transformação do Poder Judiciário em “*pura legislação*”, derogando competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo e substituindo legítimas opções pelas suas.

Na mesma ocasião, asseverou o Ministro Celso de Mello que o texto constitucional apenas trouxe como limitações materiais à prerrogativa de indultar aquelas expressamente estabelecidas pelo art. 5º, XLIII, da CF; e que uma interferência judicial no mérito do indulto acarretaria violação à separação de poderes, sobretudo por configurar “*uma inaceitável apropriação institucional, por órgão do Poder Judiciário, das atribuições inerentes à competência do Presidente da República em matéria de indulto, operando uma inconcebível substituição judicial de critérios, com o afastamento daqueles cuja adoção incumbe, com exclusividade, por efeito de determinação constitucional, ao Chefe de Estado, e a este somente*” (p. 174 e 188 do acórdão).

Também compondo a corrente majoritária naquele julgamento, o Ministro Gilmar Mendes assentou, em seu voto, que a análise judicial acerca do decreto de indulto deve observar os limites expressamente fixados na Constituição, cabendo ao STF tão somente o exame de violações manifestas ao texto constitucional, afastada a possibilidade de revisão da conveniência e da oportunidade da medida (p. 146-162 do acórdão).

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, exprimiu a compreensão de que o decreto de indulto, ato de natureza essencialmente política e de ampla liberdade decisória, tem o controle judicial de constitucionalidade adstrito aos condicionamentos procedimentais expressos da CF (p. 124-125):

(...) a Constituição prescreve os limites ao exercício dessas prerrogativas, como método de assegurar a relação independente e harmônica entre os Poderes.

Caso contrário, as prerrogativas do Poder Executivo poderiam ser colocadas para decisão do Legislativo e do Judiciário, de modo a restringir indevidamente a respectiva liberdade decisória.

(...) o controle jurisdicional de constitucionalidade do indulto, prerrogativa de caráter político do Presidente da República, se justifica na dimensão procedimental.

Cabendo ao Supremo Tribunal Federal maximizar e dar a efetiva força normativa à Constituição no controle do ato político, a partir dos limites impostos na norma constitucional.

Nesse ponto, verifica-se que os limites formais (ou procedimentais) de controle jurisdicional do indulto no texto constitucional se restringem à exclusão das hipóteses de incidência da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem, conforme art. 5º, XLIII, CRFB.

Para além dos condicionamentos procedimentais estabelecidos de forma expressa pela CF, reputou a Ministra Rosa Weber não estar o indulto sujeito a controle judicial, ainda que provoque desigualdade ou desequilíbrio no sistema punitivo. Isso porque o uso da prerrogativa do Chefe de Estado sujeita-se a controle pleno apenas por parte dos órgãos com legitimidade democrática (p. 128 do acórdão):

24. Cumpre assinalar que o argumentado acerca dos limites da atuação da jurisdição constitucional quanto à prerrogativa do indulto não significa afirmar que não existem outras formas de controle. Ao contrário, os fundamentos de controle do indulto e do exercício das prerrogativas políticas do Chefe do Poder Executivo estão na legitimidade democrática dessa atuação e no respeito aos limites constitucionais.

25. Os mecanismos de controle da legitimidade democrática do indulto podem ocorrer de duas formas. A primeira consiste na revogação pelo próprio Presidente da República, que significa uma espécie de autocontrole do Chefe do Poder Executivo, frente às demandas do eleitorado e da comunidade política que representa, com o objetivo de manter sua posição de ator político majoritário no sistema eleitoral. A segunda forma de controle, com fundamento na legitimidade democrática, encontra guarida no processo político do impeachment, desde que configurado o crime responsabilidade por desvio de finalidade, e o qual tem como partícipe e decisor do problema de natureza predominantemente ético-político o Poder Legislativo, como sustentado pela literatura constitucional.

O caráter proeminente do controle constitucional do indulto por meio do processo político é relevante e capital para a resolução da presente ação constitucional. A atuação da jurisdição constitucional nesse campo é válida, no entanto, deve ser convergente com as limitações previstas no próprio texto constitucional. Isso porque, como afirmado nesta justificativa, o indulto tem como uma de suas finalidades a formulação de política pública de estabilização política, de acordo com a oportunidade e conveniência do Chefe do Poder Executivo, que caso exceda seu poder e cometa abusos, poderá ter sua cassação política.

Em linha convergente, foi a qualificação dada pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao indulto como um ato “*insuscetível de apreciação jurisdicional*”. Autoriza-se a impugnação

judicial do ato, no entender de Sua Excelência, “*apenas se houver clara ofensa às regras constitucionais*”. Adiante, anotou, com apoio na doutrina francesa de André de Laubadère (p. 135-136 do acórdão):

Exatamente pelas características que ostenta, o ato político ou de governo não é sindicável pelo Judiciário, diferentemente do ato administrativo de caráter vinculado.

Os atos políticos ou de governo, conforme já observei anteriormente, e amparado, ainda, na sempre abalizada lição de André de Laubadère, “não são suscetíveis de recurso perante os tribunais”, mostrando-se impossível, em particular, imputar-lhes a eiva de excesso de poder para o fim de anulá-los.

O festejado autor francês reforça o argumento acrescentando que “tais recursos são inadmissíveis, quer dizer, o juiz os descartará de plano sem examinar-lhes mérito”.

Em palavras descongestionadas, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não de conveniência e oportunidade, uma vez que o único juiz constitucional dessa matéria é o Presidente da República.

Trilhamos essa mesma linha de intelecção que triunfou na Suprema Corte, e ressaltamos que a parametricidade do controle jurisdicional sobre o ato de concessão de graça restringe-se à verificação da conformidade com a cláusula de exclusão do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição.

O controle jurisdicional não há de incidir sobre o móvel, o motivo, o conteúdo, as razões e os fins do ato concessivo de perdão sob pena de transferir ao Poder Judiciário o juízo político realizado pelo Presidente da República³¹.

As ponderações envolvidas no exercício da competência constitucional de perdoar são eminentemente políticas, daí porque foram atribuídas ao Presidente da República (ou ao Congresso Nacional, no caso da anistia), de modo que o escrutínio judicial não deve adentrar em conjugações principiológicas ou valorativas realizadas pelo Chefe de Estado, vale dizer, o seu juízo político.

Essa compreensão não diminui a jurisdição constitucional, senão que delimita o seu âmbito de atuação aos limites estabelecidos pela própria Constituição, e essa postura de autocontenção tem estado à base de julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal se absteve de revisar o conteúdo de atos e procedimentos de natureza política, praticados por agentes e órgãos de outro Poder.

³¹ Ao julgar a ADI 1.236/DF, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, diante do caráter político da anistia concedida aos próprios congressistas, não caberia ao Judiciário declarar inconstitucional a lei concessiva com base no princípio da moralidade, sob pena de substituir o juízo político do Congresso Nacional por um juízo político judicial, uma vez que, estar-se-ia “*a penetrar indevidamente no juízo político e ético do legislador*” (ADI 1.236/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 28.04.2006).

É o que se pode observar, por exemplo, em precedentes relativos a: (i) decisão de entrega de extraditando ao Estado requerente (Ext 1.114, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 157, de 22.8.2008; Ext 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, *DJe* 60, de 3.4.2013); (ii) pedidos de apuração de crimes de responsabilidade pelo Parlamento (Pet-AgR 8.811/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 198, de 7.8.2020); e (iii) uso da prerrogativa de veto presidencial a proposições legislativas (ADPF 372/DF, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, *DJe* de 6.11.2015).

Em todos esses julgamentos, estando em causa a avaliação judicial sobre o conteúdo de atos sujeitos a apreciação de natureza estrita e essencialmente política, o Tribunal houve por bem deixar de escrutinar os motivos e as razões de conveniência e de oportunidade dos órgãos políticos, não adentrando no exame de mérito dos respectivos atos.

Nessa esteira, concluímos que o controle jurisdicional sobre o ato de graça, limita-se aos aspectos formais estabelecidos pela Constituição, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar no mérito da escolha feita pelo Presidente da República, substituindo o juízo político feito pelo Chefe de Estado.

6. Considerações Finais.

O ato de graça presidencial é um ato de natureza eminentemente política, o que reflete nos limites do controle jurisdicional sobre o ato, o qual deverá ater-se aos parâmetros formais delimitados na Constituição.

O ato de graça está inserido no *poder de clemência do Chefe de Estado*, que é um poder pelo qual o Chefe do Poder Executivo, enquanto agente da soberania estatal, pode perdoar indivíduos condenados criminalmente.

O ato que concede graça é expressão máxima da politicidade do Estado. No exercício do poder de graça, o Presidente da República desempenha atribuição política que tem como predicado essencial um espaço máximo de conformação política.

As causas formal (a essência), material (o substrato de que é feito), eficiente (que lhe dá origem) e final (o escopo) do ato de graça são todas de natureza política: política é a natureza do ato, político é o domínio institucional e estatal em que historicamente se realiza, político é o movimento que lhe dá corpo e, da mesma maneira, políticas são as finalidades que se cuida de atingir com a concreta emanção da clemência soberana do Estado.

O ato presidencial que concede graça é passível de controle judicial dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Na Constituição de 1988, o único limite expressamente estabelecido pelo constituinte quanto ao poder de graça é a vedação de perdoar os crimes de

tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, conforme previsão do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição.

Assim, ao nosso entender, o controle jurisdicional da validade do ato que concede graça deve se ater aos limites formais estabelecidos pela Constituição, não podendo o Judiciário adentrar no mérito da escolha política feita pelo Presidente da República, substituindo o juízo político feito pelo Chefe de Estado.

7. Referências

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III/257.

_____. *Ruínas de um Governo*. Prefácio e notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931.

CLARICH, Marcello. *Manuale di giustizia amministrativa*. Bologna: Il Mulino, 2021.

HAMILTON, Alexander. *Os Artigos Federalistas 1787-1788: edição integral*. James Madison, Alexander Hamilton, John Jay. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

JELLINEK, Georg. *La Dottrina generale del Diritto dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1949.

LUCIANI, Massimo. *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere Giuridico* 2/2007.

LEAL, Aurelino de Araújo. *História Constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

MALBERG, Carré de. *Teoría general del Estado*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 513.

MELLO, Celso de. *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986

NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2020

ZAGREBELWSKI, Gustavo. *Aministia, Indulto e Grazia profili costituzionali*. Milano: Giufree Editore, 1974.

_____ *Enciclopedia del Diritto, XIX, Giunta-Igi*. Milano: Giufree Editore.

A autoria nos crimes contra o sistema financeiro e a teoria do domínio do
fato
Authorship in crimes against the financial system and the fact domain
theory

Ângelo Roberto Ilha da Silva¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: o artigo tem por escopo proceder a uma breve aproximação sobre a concepção de autoria na doutrina de Welzel e na doutrina de Roxin e evidenciar as características de cada uma delas. Em sequência, faz-se uma análise da autoria na sistemática da Lei dos Crimes do Colarinho Branco e a possível aplicação das teorias dos referidos doutrinadores à mencionada lei.

Palavras-chaves: autoria nos crimes contra o sistema financeiro; autoria nos crimes do colarinho branco; teoria do domínio do fato; a doutrina de Hans Welzel; a doutrina de Claus Roxin.

Abstract: The article aims at proceeding to a brief approximation on the conception of authorship in Welzel's doctrine and in Roxin's doctrine to highlight the characteristics of each one of them. Following this, an analysis of the authorship in the systematic of the White-Collar Crimes Law and the possible application of the theories of the referred scholars to the mentioned law is made.

Keywords: authorship in crimes against the financial system; authorship in white-collar crimes; theory of the domain of fact; theory of Hans Welzel; theory of Claus Roxin.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Pós-doutor em Neurociências pela Universidade Federal de Minas Gerais, doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Procurador Regional da República

1. Introdução

É comum falar-se em teoria do domínio do fato para designar uma dentre as tantas doutrinas que versam sobre a problemática da autoria e da participação. No entanto, importa atentar que, a despeito da corrente referência “à teoria”, no singular, fato é que concorrem, especialmente na Alemanha, existem diversas teorias do domínio do fato.

Há, com efeito, na Alemanha e também em outros países, um sem-número de teorias do domínio do fato. Não obstante, neste estudo daremos atenção tão somente ao teorias de Welzel e Roxin, pelo fato de o primeiro ter sido o criador da teoria e do segundo por ser o autor da teoria que mais atrai o debate na atualidade.

Inicialmente, faremos uma breve aproximação às concepções de Welzel e de Roxin no escopo de procedermos a uma apreciação de suas teorias e da aplicabilidade de uma e outra aos crimes tipificados na lei objeto deste artigo jurídico. Em sequência, faremos um exame acerca do significado do teor do art. 25 da Lei dos Crimes do Colarinho (Lei nº 7.492/86), visto que dúvidas radicam em torno do mencionado dispositivo, sendo considerado, por vezes, até mesmo como fonte de responsabilidade objetiva. Neste tópico, trataremos sobre a sobredita aplicação da teoria do domínio do fato de Welzel e de Roxin nos crimes contra o sistema financeiro.

2. Autoria como domínio do fato em Hans Welzel e em Claus Roxin

Leopold Zimmerl,¹ penalista que nos legou as designações conceito extensivo (*extensiver Täterbegriff*) e restritivo (*restriktiver Täterbegriff*) de autor, já alertava em seu tempo que o capítulo da doutrina da participação encontra-se entre os mais ardorosa e verdadeiramente difíceis da dogmática científica jurídico-penal. A “autoria é um conceito central, a partir do qual são formulados outros conceitos, tais como da própria autoria, em suas variadas formas (direta, mediata, coautoria, colateral), bem como da participação em sentido estrito (instigação e cumplicidade)”.² Em concordância com Zimmerl, não há relutância em aceitar que o tema é desafiador e objeto de ampla controvérsia.

As controvérsias radicam em torno da concepção unitária e sua disputa com a concepção diferenciadora, além da indagação se a primeira se vincularia necessariamente a um conceito

¹ ZIMMERL, Leopold. Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, v. 49, p. 39-54, 1929, p. 39, textualmente: “Die Teilnahmelehre gehört zu den vielen heißumstrittenen und ziemlich hoffnungslosen Kapiteln der dogmatischen Strafrechtswissenschaft”.

² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Teoria Geral do Crime*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 398.

extensivo ou admitiria uma fundamentação sob um conceito restritivo. A essas indagações soma-se a disputa entre as diversas teorias diferenciadoras: subjetiva, formal-objetiva, material-objetiva, do domínio do fato. Isso para citar apenas alguns exemplos.

É certo, dado o objeto e os limites de extensão aqui postos, que não iremos tratar de um campo tão alargado de problemas neste texto. Isso fizemos em alguma medida alhures. Tomando-se em consideração apenas a teoria do domínio do fato em suas diversas versões – o que nos autorizaria até mesmo falar em “teorias” do domínio do fato – já haveria farto material condizente com trabalhos de caráter monográfico. Vale lembrar da publicação de Wolfgang Schild³ que sintetiza mais de uma dezena de teorias do domínio do fato na Alemanha, a partir das concepções de Welzel, Maurach, Gallas e Roxin.

Não obstante, neste artigo, consoante mencionamos na introdução, dedicaremos atenção à teoria de Welzel e à teoria de Roxin. Ficaremos adstritos a esses dois autores em virtude de o primeiro, a partir de sua concepção de injusto pessoal, ter inaugurado a compreensão segundo a qual autor é o agente que detém o domínio (final) do fato e o segundo por ser, a nosso ver, o mais debatido em doutrina e, possivelmente, o mais invocado nos dias atuais em termos de aplicação da teoria sob exame.

É Welzel, com efeito, quem concebe a teoria do domínio do fato, a qual, como é consabido, viria a ser desdobrada em diversas versões. Em 1931, Welzel chama a atenção para a importância da intencionalidade do comportamento humano, ao publicar o artigo *Kausalität und Handlung*.⁴ Em 1935, no texto *Naturalismus und Wertphilosophie*,⁵ o penalista viria, pela primeira vez, a utilizar a expressão atividade final. Porém, valendo-se de seu método finalista, com sua concepção de injusto pessoal, é que o penalista publica, em 1939, o seu famoso artigo *Studien zum System des Strafrechts*,⁶ no qual concebeu sua teoria sobre autoria e participação.

Em seu *Studien*, Welzel⁷ afirma que: “Autoria final é a forma mais abrangente de domínio final. O autor final é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre

³ SCHILD, Wolfgang. *Tatherrschaftslehren*. Frankfurt: Peter Lang, 2009, p. 9 e ss.

⁴ WELZEL, Hans. *Kausalität und Handlung*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 51, p. 703-720, 1931.

⁵ O referido artigo livro foi republicado na coletânea surgida em 1975: *Naturalismus und Wertphilosophie*. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975.

⁶ WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 58, p. 491-566, 1939, p. 537 e ss.

⁷ WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 58, p. 491-566, 1939, p. 539: “Finale Täterschaft ist die umfassendste Form finaler Tatherrschaft. Der finale

‘seu’ fato, o qual ele perpetra conscientemente em sua existência e em sua forma”. Em sentido adverso, o partícipe não possui o domínio do fato criminoso, possuindo tão somente um certo domínio sobre sua contribuição. Dentro de sua perspectiva de conduta como atividade final, Welzel⁸ refere-se ao autor como aquele que possui o “domínio final do fato” (*finalen Tatherrschaft*).

O penalista, em seu livro *Das Deutsche Strafrecht*,⁹ preleciona que o autor, nos delitos dolosos, é somente aquele que mediante uma condução consciente, numa perspectiva finalística do acontecer causal em direção ao resultado típico, é o senhor sobre a realização do tipo. Nesse sentido, diferencia-se do partícipe, o qual tão somente ou auxilia o ato dominado finalmente pelo autor ou instiga a este a que pratique o fato punível. Em Welzel, o autor sequer necessita participar do momento da execução do crime, desde que detenha o domínio final do fato, além de outras características especiais, conforme o caso.

Em síntese, para Welzel,¹⁰ nos crimes dolosos, o autor possui as seguintes características: 1) *característica geral: o domínio final do fato*; 2) *características especiais*, quais sejam: a) *subjetivo-pessoais*, as quais consistem em intenções especiais, tendências ou tipos de ânimos, como, por exemplo, a intenção de apropriação, o intuito lascivo, o ânimo de crueldade, presentes em determinados delitos; b) *objetivo-pessoais*, como a posição especial de dever do autor, em certos crimes, como no caso do médico, advogado, devedor, empresário, funcionário público.

A contribuição de Welzel é indelével, especialmente no que se refere à estrutura do crime, com “o estabelecimento do injusto pessoal, do tipo subjetivo, propiciando a distinção entre crimes dolosos e culposos já no plano da tipicidade (com os elementos subjetivos no tipo não mais como um corpo estranho, como ocorria no neokantismo), da superação do crime culposo com o foco fundamentalmente no resultado para dar destaque à inobservância do dever de cuidado (e com a consagração da caracterização do crime culposo como inobservância do dever objetivo de cuidado na jurisprudência, a partir de decisão do BGH, no ano de 1957), da redefinição de modo muito mais aprimorado das categorias da ação, da tipicidade, da ilicitude

Täter ist Herr über seinen Entschluß und dessen Durchführung und damit Herr über >>seine<< Tat, die er in ihrem Dasein und Sosein zweckbewußt gestaltet”.

⁸ WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 58, p. 491-566, 1939, p. 540.

⁹ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 99.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 100.

e da culpabilidade, dos elementos objetivos do tipo como matéria de proibição, da afirmação da teoria da culpabilidade no âmbito da teoria do erro (a partir da decisão do BGH, no ano de 1952, com a consagração legislativa no CP alemão de 1975)".¹¹

A teoria do domínio do fato surge, portanto, como resultado do finalismo de Welzel. Em vista dessas contribuições que vieram a repercutir na jurisprudência e também na legislação alemã, Bernd Schünemann¹² afirma que tais conquistas alçaram o finalismo ao relevo de “patrimônio comum da Ciência Jurídico-Penal”. No que particularmente interessa ao objeto deste estudo, Hans Joachim Hirsch¹³ destaca a afirmação da concepção da teoria da participação (concurso de pessoas) de Welzel a partir da concepção do injusto pessoal, tanto com relação à acessoriedade do dolo (arts. 26 e 27 do CP alemão), como também relativamente à majoritária teoria do domínio do fato.

A teoria da autoria como “domínio do fato” de Welzel viria a propiciar, como acima mencionado, diversas “teorias” do domínio do fato. Dentre elas, põe-se em relevo a teoria de Claus Roxin, por ser, quiçá, a mais debatida na atualidade em doutrina. Além disso, tem ela embasado a caracterização da autoria na jurisprudência, não raro. A título de exemplo é de mencionar-se o importante julgamento de Alberto Kenya Fujimori, ex-presidente do Peru.

Na concepção de Roxin,¹⁴ o autor é a “figura central” (*Zentralgestalt*) ou a “figura-chave” (*Schlüsselfigur*) do acontecimento que resulta de sua ação. Por isso, o autor – diversamente do que se observa em Welzel, que não reivindica, necessariamente, a participação do autor no momento da execução delitativa – também se distingue do partícipe por ser a figura central do “acontecimento executório” (*Ausführungsgeschehen*),¹⁵ pois participa da fase executória do delito como protagonista.

Para o penalista, os delitos de domínio apresentam-se sob três formas, quais sejam, domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional, sendo por isso denominada concepção tripartida. Procederemos, em sequência, à exposição sobre a doutrina de Roxin

¹¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Teoria Geral do Crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 32.

¹² SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (herausgegeben von Bernd Schünemann). Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1984, p. 35.

¹³ HIRSCH, Hans Joachim. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 343.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8ª ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2006, p. 25, 108.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, v. II, 2003, p. 9.

acerca da autoria e da participação nos delitos de domínio, dos nos delitos de infração de dever e nos delitos de mão própria.

Relativamente aos por ele denominado delitos de domínio, Roxin procede a um delineamento mais pormenorizado, em comparação ao que concebe Welzel. Apresenta o primeiro o trinômio domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional.

O *domínio da ação* está presente na autoria imediata ou direta, ou seja, nos casos em que o autor executa o fato punível ele mesmo, pessoalmente, consoante se observa em exemplos em que o agente tira a vida da vítima com o disparo de um tiro ou quando subtrai a coisa alheia móvel.

Menos simples são os casos de *domínio da vontade*. Esse âmbito de domínio do fato diz respeito à autoria indireta ou mediata, em que o autor do crime se vale de um executor material como instrumento, o qual age em erro, sob coação (ou, ainda, quando se tratar de inimputável, com enquadramento apurável no caso concreto) ou utiliza um aparato organizado de poder, com determinadas características.

Por fim, os casos de *domínio funcional* referem-se à coautoria. Isso porque, na coautoria, os diversos coautores, numa repartição de tarefas, realizam a execução comum de uma decisão comum, em que cada concorrente domina sua respectiva parte na execução do crime. Na doutrina de Roxin,¹⁶ são requisitos essenciais à caracterização do domínio funcional: *a*) o plano comum (*der gemeinsame Tatplan*); *b*) a execução/realização conjunta (*die gemeinsame Ausführung*); *c*) a essencialidade da contribuição para a realização do fato na fase executória (*die Erheblichkeit des Tatbeitrages im Ausführungsstadium*). Vale lembrar que não se deve confundir domínio funcional com funcionalismo. O termo funcional aqui é devido às funções que desempenham cada coautor, e não no sentido de uma teoria funcionalista que se contrapõe, por exemplo, ao finalismo ou ao causalismo.

Impende, no entanto, esclarecer que o que se destaca na concepção de Roxin, em termos de novidade mais expressiva à época de seu surgimento, tanto em relação à doutrina de Welzel como também em relação à doutrina em geral, está na construção do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder. É com esse ponto que passamos a nos ocupar nas breves linhas que seguem.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, v. II, 2003, p. 78 e ss.

Nos crimes em que há domínio da vontade por intermédio de aparatos organizados de poder, a caracterização desses aparatos deve contar com três requisitos, a saber:¹⁷ *a*) uma organização verticalmente organizada; *b*) dissociação dessa organização com o direito; e *c*) a fungibilidade dos executores. É bem verdade que, em trabalhos mais recentes, Roxin cogitou de um quarto requisito consistente na alta disposição para a realização do fato, mas este requisito não chegou a se consolidar em doutrina.¹⁸

O primeiro requisito significa que o aparato deve ser uma organização vertical e rigidamente organizada, como ocorre em Estados totalitários, em grupos terroristas ou em organizações criminosas. O segundo significa que o funcionamento do aparato deve funcionar à margem do direito. Já o terceiro, consistente na fungibilidade dos executores, impõe que o aparato funcione de forma automatizada, de modo que, na falta de um executor, outro lhe fará as vezes.

A construção teórica de Roxin foi edificada sob inspiração do julgamento de Otto Adolf Eichmann, ocorrido em 1961. Isso porque, como é consabido, Eichmann ordenou a execução de judeus, mas afirmou em seu julgamento, consoante reproduz Hannah Arendt,¹⁹ o seguinte: “Nunca matei um judeu, nem um não-judeu – nunca matei nenhum ser humano”. Em vista disso, a partir do caso Eichmann, Roxin passou a elaborar um fundamento doutrinário que estabelecesse que em determinadas organizações de poder o autor da ordem, o homem de trás, deveria responder como autor do fato (e não como partícipe), assim como o executor material, o que veio a ocorrer com a apresentação de sua tese de cátedra, concluída em suas partes essenciais em 1962 e apresentada em 1963, sob o título *Täterschaft und Taherrschaft (Autoria e Domínio do Fato)*.

A Alemanha do período nacional-socialista é o exemplo que Roxin teve em conta. Porém, exemplo mais recente ocorreu no Peru, ao tempo em que a presidência da República foi exercida por Alberto Kenya Fujimori (distanciando-se de um comando institucional a partir de 1992). Na decisão de quase mil páginas da Corte peruana, Fujimori foi condenado sob o

¹⁷ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato: Sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. In: *Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro*. GRECO, Luís et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25.

¹⁸ Para detalhes, ver: ROXIN, Claus. Observações sobre a Decisão da Corte Suprema Peruana no Caso Fujimori. Trad. Alaor Leite. In: ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal* (organizador Alaor Leite). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 183 e ss.

¹⁹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 33.

fundamento da doutrina de Roxin sobre a caracterização da autoria mediata tendo como instrumento um aparato organizado de poder.

A nosso ver, cada qual com suas peculiaridades, tanto a concepção de Welzel como a de Roxin dão conta a fundamentar a autoria. A possível aplicação da teoria de Welzel ou da teoria de Roxin à Lei dos Crimes do Colarinho verificaremos ao final do próximo tópico.

3. O art. 25 e o problema da autoria

O art. 25 da Lei nº 7.492, que trata sobre a responsabilidade penal relativamente aos crimes da referida lei, tem suscitado não pouca controvérsia no tocante à sua interpretação. No entanto, uma leitura atenta do dispositivo legal, constitucionalmente embasada, oferece-nos, a nosso ver, uma compreensão bem definida, consoante envidamos doravante demonstrar.

Eis a dicção do dispositivo, na parte que será objeto deste estudo:

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2º (...).

Ressaltamos que o objeto deste artigo está adstrito ao art. 25, *caput* e § 1º, não albergando, assim, o § 2º do artigo sob exame. Isso porque a matéria do § 2º é, essencialmente, de processo penal, buscando oferecer meios investigativos – mediante a consagração da “colaboração premiada” – ao passo que o *caput* e o § 1º cuidam da matéria penal, relativamente ao problema da autoria buscando delimitar quem são os autores dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Esta última matéria, portanto, constitui o objeto deste estudo.

De observar-se ainda que a extensão relativa aos sujeitos foi restringida ao excluir a parte do texto “e membros de conselhos estatutários”; consoante Mensagem 252, “de abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal”.²⁰ Passemos à análise.

Na doutrina e na jurisprudência são mencionadas três possíveis interpretações sobre a norma a ser extraída do texto. Para um entendimento, o dispositivo legal estaria a consagrar a

²⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 171.

malfadada responsabilidade objetiva.²¹ Um segundo considera que a previsão legal estaria a preceituar uma determinação de autoria para os crimes previstos na lei com presunção *juris tantum*, porquanto, como afirma Fausto Martin de Sanctis,²² a qualidade pessoal do infrator traz uma presunção relativa de sua participação no delito imputado. Essa posição é semelhante à de Rodolfo Tigre Maia²³ ao ponderar que o dispositivo constitui “mero indicativo, sem valor absoluto em matéria de imputação (...). Trata-se de presunção *juris tantum*”.²⁴ Observa-se ainda um terceiro posicionamento, segundo o qual o dispositivo estaria a consagrar os tipos previstos na lei como crimes próprios ou crimes especiais.

Desde logo, rigorosamente falando, observa-se que em momento algum a Lei de Regência dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional preceitua que os agentes indicados em seu art. 25 devam ser penalmente responsabilizados independentemente de suas relações com o fato punível. Em assim sendo, como asseveram Patrícia Mothé Glioche Béze, Hamilton Ferraz e Ronny Nunes,²⁵ “em respeito ao princípio da legalidade, a lei se converte em garantia individual fundamental, não podendo seu significado ser menosprezado pelo intérprete”.

A Ciência Penal – e, de igual modo, a Ciência do Direito em geral – não prescinde da ideia de *sistema*. O desenvolvimento do Direito Penal, nos moldes em que o conhecemos hoje, deflagra-se no período da ilustração, sendo, como consoante leciona Miguel Reale Júnior,²⁶ “a partir do postulado *nullum crimen sine lege*, que se veio construindo a Ciência do Direito Penal, pois do princípio da reserva legal defluiu a exigência da lei prévia e também a de sistematização racional da lei penal, com vistas a garantir a segurança jurídica”.

²¹ Esse entendimento é referido no seguinte julgado: TRF 3ª Região, HC nº 8.792, rel. Des. Federal Roberto Haddad, DJU 21.3.2000, p. 215. Essa parece ser também a posição de Roberto Podval, quando critica a responsabilidade objetiva ao comentar o dispositivo legal em questão. PODVAL, Roberto. Crimes contra o Sistema Financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Lei Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 879: “A responsabilidade objetiva do agente já foi há muito banida do Direito Penal (...)”.

²² SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millenium, 2003, p. 90.

²³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 144.

²⁴ Interessante notar que, por um lado, TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Uma Contribuição ao Estudo da Lei nº 7.492/86*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, concorda, como se vê na p. 151 de seu livro aqui referido, com a lição de Tigre Maia, mas, por outro, afirma que “ao lado de alguns crimes próprios, outros tantos delitos que podem ser praticados por qualquer pessoa e não apenas aquelas indicadas no seu art. 25”.

²⁵ BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche; FERRAZ, Hamilton; NUNES, Ronny. Conceitos, Interesses e Valores na Interpretação do Direito Positivo: O Direito Penal Brasileiro. In: FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patrícia. *Princípios Constitucionais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 11.

²⁶ REALE JÚNIOR. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 47.

Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr.,²⁷ a “*sistematicidade* é, portanto, argumento para a cientificidade”. A ideia de sistema permite que se faça uma analogia com um edifício, em que os seus diversos componentes, tais como “um fundamento sólido, elevadores adequados, um transformador que dê suporte ao gasto de energia exigido, pagamento mensal e eventualmente extraordinário de despesas, etc.”.²⁸ Em vista disso, “a Ciência Penal busca exatamente construir uma edificação que funcione bem, que propicie soluções adequadas aos destinatários da norma, e, mais ainda, que proporcione medidas para que não venha o prédio a ruir nem seja estabelecido o caos”.²⁹

A compasso, Jorge Miranda,³⁰ em perspectiva metodológica, assim leciona: “Com efeito, o método próprio da Ciência jurídica é o método dogmático, insistimos: interpretação e construção, análise e síntese, induzir para deduzir mais tarde, andar do particular (da norma ou do preceito) para o geral (a unidade do sistema) e deste, outra vez, para o particular (a subsunção das situações e relações da vida); em suma, uma elucidação racionalizante e totalizante”.

Feitas essas considerações, passemos à inteligência do art. 25 da Lei nº 7.492/86. O primeiro passo interpretativo, tendo em conta os pressupostos acima expostos é delimitar os conceitos concernentes aos sujeitos ativos relacionados no dispositivo ou na locução do artigo, nomeadamente os “penalmente responsáveis, quais sejam. O controlador e os administradores de instituições financeiras, assim considerados os diretores e gerentes e também os equiparados administradores de instituição financeira, caso do interventor, do liquidante e do síndico.

A primeira referência que se faz é ao *controlador*. O conceito de controlador extrai-se do art. 116 da Lei nº 6.404/76, podendo tratar-se de pessoa natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum que seja “titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia” (art. 116, letra “a”), e “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (art. 116, letra “b”).

²⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 13.

²⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 127.

²⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 128.

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. I, p. 32.

O fato de o conceito de controlador ser compreensivo também da pessoa jurídica, está, a nosso ver, jamais poderá figurar como sujeito ativo de crimes contra o sistema financeiro. Muito embora a Constituição Federal tenha contemplado em seu art. 173, § 5º, que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, isto, só por si, não satisfaz aos reclamos de legalidade.

Isso porque, diferentemente do ocorre com a Lei nº 9.605/98 – que é expressa relativamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica –, a Lei dos Crimes do Colarinho Branco não segue idêntico caminho. Ainda que haja contestação à criminalização da pessoa jurídica em doutrina, os da Constituição parecem respaldar a instituição da pessoa jurídica criminosa nos crimes ambientais. Eis o quanto dispõe o art. 225, § 3º, da Lei Maior:

Art. 225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No entanto, no caso dos crimes ambientais, a previsão não ficou adstrita à Constituição, visto que a própria Lei Ambiental, viria a expressamente consagrar a hipótese, a ver-se:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Em ambas as previsões da Constituição, tanto no que se refere aos crimes econômicos (art. 173, § 5º) como, também, no que se refere aos crimes ambientais (art. 225, § 3º), há, de fato, a menção “às punições compatíveis com sua natureza” e à sujeição aos infratores, “pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”. Porém, como visto acima, a Lei Ambiental veio a regulamentar a norma constitucional, ao passo que Lei dos Crimes do Colarinho Branco não. Artur de Brito Gueiros Souza³¹ procede, ainda, a uma importante análise

³¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial: Critérios de Atribuição de Responsabilidade e o Papel do Compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021, p. 174 e ss.

acerca da questão que busca saber se a criminalização da pessoa jurídica alcançaria outras leis que buscam tutelar o meio ambiente, em concorrência com a Lei nº 9.605/1998.

Penalistas de renome, como René Ariel Dotti³² e Luiz Regis Prado,³³ dentre outros, procederam a críticas incisivas à possibilidade de criminalização da pessoa jurídica. Isso porque a esta, dentre outros argumentos, ressepte-se de vontade, bem como seria incompatível com o princípio da culpabilidade. No entanto, esta análise, no pormenor, refoge aos objetivos deste estudo. Sem adentrarmos em maiores digressões, é suficiente ter em conta que, ainda que se venha a admitir que a Constituição tenha previsto a possibilidade, parece-nos estreme de dúvidas que a Lei nº 7.492/86 não prevê a incriminação da pessoa jurídica.

O art. 25 da Lei nº 7.492/86 também menciona, como penalmente responsáveis, os *administradores*, mas o próprio dispositivo se encarrega de indicar quem assim deva ser considerado, quais sejam os *diretores* e *gerentes*. A lei faz alusão à figura do administrador ao lado do controlador porque a instituição financeira nem sempre é administrada pelo controlador, podendo ser pessoa diversa. Consoante o escólio de Paulo José da Costa Jr., Elizabeth Queijo e Charles Machado,³⁴ “não é o fato de ocupar cargo diretor ou gerente que gerará a responsabilidade penal. Primeiro, será necessário aferir se efetivamente havia o poder de gestão e de mando sobre a instituição financeira”.

Em sequência, o parágrafo único do art. 25 da Lei de Regência estabelece que se equiparam a administradores de instituição financeira o *interventor*, o *liquidante* e o *síndico*. Interventor³⁵ é a pessoa nomeada pelo Banco Central do Brasil com competência legal para executar a intervenção em instituição financeira, com plenos poderes de gestão. Liquidante é a pessoa nomeada pelo Banco Central no escopo de executar a liquidação extrajudicial com amplos poderes de administração e liquidação, com as funções, previstas em lei, de verificar e classificar créditos, nomear e demitir funcionários, fixar vencimentos dos funcionários, outorgar e cassar mandatos, propor ações, representar a massa em juízo ou fora dele, ultimar negócios pendentes, onerar ou alienar os bens da instituição financeira em liquidação. Por fim,

³² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 448 e ss.

³³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Rio Janeiro: Forense, 2021, v. 1, p. 662 e ss.

³⁴ COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, M. Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 152.

³⁵ TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48.

o síndico, conforme definição do vocabulário Plácido e Silva, é a pessoa “nomeada pelo juiz da falência para representar, dirigir e administrar os negócios do falido no período da sindicância”. Vale lembrar que a antiga Lei de Falências (Lei nº 7.661/1945) foi revogada. Atualmente, vige a Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005), que substituiu a figura do síndico pelo administrador judicial.

Após termos dedicado a atenção aos sujeitos mencionados no dispositivo *sub examinen*, consideremos se estes seriam objetivamente responsáveis, se seriam responsáveis em uma perspectiva de presunção relativa ou se trata-se de um indicativo de crimes próprios. Desde logo, impende ressaltar que a Constituição não admite a responsabilidade objetiva. Mesmo antes da Constituição de 1988 já não se admitia.

No escólio de Luiz Vicente Cernicchiaro,³⁶ a responsabilidade pessoal é consagrada na Constituição, em seu art. 5º, inc. XLV. Explicava o saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça que o princípio “tem significado preciso: somente o delinquente pode sofrer pena”.³⁷ Por sua vez, Luiz Luisi³⁸ também ensinava que: “Um dos princípios constitucionais consagrados em muitas Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, da culpabilidade”.

É estreme de dúvidas que a Constituição de 1988 não admite a responsabilidade a responsabilidade objetiva, mas impende lembrar que a garantia já estava bem estabelecida com a Reforma Penal de 1984. Eis as palavras de Francisco de Assis Toledo,³⁹ que presidiu a Comissão de Reforma, a qual foi composta pelos mais ilustres juristas brasileiros: “Adotou-se, igualmente, sem as restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposos”.

De acordo com o que fica dito, tem-se que o entendimento segundo o qual possa alguém ser submetido à pena criminal com base na responsabilidade objetiva, resta superado. Portanto não nos parece ter sido este o escopo do art. 25 da Lei nº 7.492/86. Manoel Pedro Pimentel⁴⁰

³⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

³⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

³⁸ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 32

³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71.

⁴⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 174.

lembra que o princípio do *versari in re illicita* foi “banido do Direito Penal da Culpa, que proíbe seja alguém presumido culpado, apenas porque há indícios objetivos de responsabilidade”. Nilo Batista⁴¹ também é assertivo: “o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal”.

Ao referir-se ao avanço da Reforma Penal de 1984 e à repercussão dessa no Direito Penal Econômico, João Marcello de Araújo Júnior e Marino Barbero Santos,⁴² com acerto, assim lecionam: “Não se cogitou de qualquer forma de responsabilidade por fato de outrem, ou de casos de responsabilidade objetiva, ficando o Direito Penal Econômico submetido às regras comuns da Parte Geral do Código”.

O segundo entendimento doutrinário que vê no art. 25 da Lei dos Crimes do Colarinho Branco uma presunção *juris tantum*, uma presunção relativa da participação das pessoas indicadas não merece acolhida. As razões antes expostas sobre a responsabilidade objetiva também valem aqui, o que nos possibilita prescindir de maiores digressões, sendo suficiente acrescentar algumas breves considerações.

Isso porque a responsabilidade penal reclama a exteriorização de um comportamento, visto que o “sistema penal vigente está substancialmente formado por um conjunto de normas que proíbem, determinam ou simplesmente permitem *fazer* ou *não fazer*”.⁴³ Nas precisas palavras de Francisco Muñoz Conde,⁴⁴ é “la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidade, antijuridicidade y culpabilidade), que convierten esa conducta humana en delito. Nuestro Derecho penal es un Derecho penal de acto y no de autor”. Portanto, não é possível haver crime sem uma ação ou omissão, porquanto, entre nós, vige o direito penal do fato, e não o direito penal do autor.

A nosso ver, o escopo da previsão da lei *sub examinen* foi circunscrever a prática delitiva, relativamente à significativa parte dos crimes tipificados, sem que isso signifique conferir uma presunção de autoria, visto que, em cada caso, haverá de se averiguar quais pessoas indicadas no art. 25 que, efetivamente, praticaram o comportamento delitivo. Figure-se a hipótese de um gerente de uma determinada instituição financeira estar em férias, sem saber

⁴¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan 1996, p. 104.

⁴² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A Reforma Penal: Ilícitos Penais Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 124.

⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 90.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. 2ª ed. Valencia Tirant lo Blanch, 1991, p. 23.

o que se passa nesse período e que nesse interregno venha a ser praticado um crime tipificado na lei sob exame. Seria verdadeiro absurdo imputar o fato ao referido gerente só pelo fato de ele “ser” gerente, sem que este sequer tivesse conhecimento do fato ou qualquer influência para a sua prática.

Desse modo, não nos parece correto o entendimento segundo o qual a previsão legal estaria a consagrar uma presunção relativa de autoria, ante as exigências constitucionais a que está adstrito o direito penal. Menos ainda, por evidente, a compreensão de que o legislador teria estabelecido uma hipótese, pura e simples, de responsabilidade objetiva.

Atentemos para a dicção legal segundo a qual “são penalmente responsáveis, *nos termos desta lei*, o controlador, os administradores, assim considerados os diretores e gerentes” (art. 25, *caput*), e, equiparados aos administradores “o interventor, o liquidante e o síndico” (art. 25, § 1º). A expressão, “nos termos desta lei”, tem, nitidamente, o significado de algo como “quando esta lei assim indicar”.

Isso significa que a lei está a estabelecer que os sujeitos por ela indicados serão responsáveis penalmente quando a lei expressamente indicar ou quando for dedutível da própria caracterização do tipo penal incriminador. Trata-se, portanto, de uma técnica indicativa de *crimes próprios* para algumas hipóteses legais, *quando a lei assim indicar*, ou seja, “nos termos desta lei”. Essa compreensão está amparada na melhor doutrina. Isso porque, consoante leciona Batista,⁴⁵ nos crimes próprios ou especiais, “o círculo possível de autores é restringido por uma qualificação legal”.

O art. 17 é exemplo, porquanto os sujeitos ativos – na forma de *intraneus* – são indicados no próprio artigo, com menção ao art. 25. Semelhantemente, assim também o faz o art. 5º, o qual, de igual modo, faz referência expressa ao art. 25. Em ambas previsões, os únicos sujeitos ativos possíveis, salvo caso de concurso de pessoas (a teor do art. 30 do CP), são aqueles mencionados no art. 25, uma vez que a gestão de instituição financeira exige poder para tanto. Esse poder de gestão também é imprescindível nas hipóteses dos arts. 6º, 11 e 16, pois os comportamentos incriminados exigem a qualidade de administrador.

Há também, no entanto, alguns crimes próprios cujos sujeitos ativos não são aqueles elencados no art. 25, e sim outros com alguma qualidade específica, caso do art. 12, em que o sujeito ativo é o ex-administrador, do art. 14, parágrafo único, que contempla o ex-

⁴⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 94.

administrador ou o falido, do art. 18, que só pode ter como sujeito ativo a pessoa que, em razão do ofício, tenha acesso a informações sigilosas, bem como do art. 23, cuja autoria está adstrita ao funcionário público.

Por outro lado, há um significativo número de crimes comuns que não exigem qualquer qualidade específica de agente, podendo ser praticados por qualquer pessoa. Essas hipóteses encontramos nos arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 14, *caput*, 19, 20, 21, 22, *caput*, e 22, parágrafo único.

Neste ponto, passemos à seguinte questão: o que resta das teorias de Welzel e de Roxin para os reclamos dogmáticos? Considerando que a Constituição estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões* (CF, art. 93, inc. IX), impõe-se que a autoria de um crime seja, em uma sentença ou em um acórdão, de igual modo fundamentada. Do ponto de vista do direito material, deve a autoria embasar-se em algum fundamento teórico sólido, ao passo que, no que se refere ao processo penal, na prova produzida na instrução criminal.

A nosso ver, cada qual com suas peculiaridades, tanto a concepção de Welzel como a de Roxin dão conta a fundamentar a autoria, devendo-se observar a metodologia correspondente. Em um caso concreto, poderá valer-se o intérprete de uma ou de outra, desde que bem entendidas e não confundidas.

Considerando-se especificamente a Lei dos Crimes do Colarinho, de acordo com a teoria de Welzel autor seria o agente detentor da característica geral consistente no domínio final do fato, isso nas hipóteses de crimes comuns, ao passo que nos crimes em que seja exigida uma qualidade especial do agente, ou seja, nos crimes próprios, somar-se-ia à primeira (característica geral: domínio final do fato) a posição especial de dever do autor (característica objetivo-pessoal).

Tendo em conta a teoria de Roxin, nos crimes comuns previstos na lei, o que em sua terminologia denominam-se crimes de domínio, autor será quem detiver o domínio da ação, o domínio da vontade ou o domínio funcional do fato, conforme a hipótese de que se trate. Nos crimes próprios, que correspondem aos crimes de infração de dever, autor será aquele indicado pela lei na hipótese, ou seja, o *intraneus*.

4. Conclusão

Ainda que tenhamos feito uma breve aproximação das concepções sobre autoria de Hans Welzel e Claus Roxin e colocado em consideração as implicações teóricas no âmbito da autoria nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a conclusão mais importante que se extrai de nossa abordagem consistente no rechaço a qualquer possibilidade de responsabilidade objetivo. A nosso ver, essa é a única leitura possível em face dos reclamos constitucionais.

Ademais, as teorias de Welzel e Roxin, muitas vezes confundidas e mal compreendidas, possuem gênese e conteúdos diversos. Assim sendo, não devem ser imiscuídas, pois divergem epistemologicamente, consoante exposto no decorrer do presente texto, ofertando aplicações diversas em termos dogmáticos, a exemplo do que se verifica nos crimes examinados neste estudo.

5. Referências

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A Reforma Penal: Ilícitos Penais Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan 1996.

BEZÉ, Patrícia Mothé Gliocche; FERRAZ, Hamilton; NUNES, Ronny. Conceitos, Interesses e Valores na Interpretação do Direito Positivo: O Direito Penal Brasileiro. In: FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patrícia. *Princípios Constitucionais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, M. Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato: Sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. In: *Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro*. GRECO, Luís et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HIRSCH, Hans Joachim. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. I.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria General del Delito*. 2ª ed. Valencia Tirant lo Blanch, 1991.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PODVAL, Roberto. Crimes contra o Sistema Financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Lei Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Rio Janeiro: Forense, 2021, v. 1.

ROXIN, Claus. Observações sobre a Decisão da Corte Suprema Peruana no Caso Fujimori. Trad. Alaor Leite. In: ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal* (organizador Alaor Leite). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, v. II, 2003.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8ª ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2006.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millenium, 2003.

SCHILD, Wolfgang. *Tatherrschaftslehren*. Frankfurt: Peter Lang, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (herausgegeben von Bernd Schünemann). Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1984.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Instituições de Direito Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

_____. *Teoria Geral do Crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial: Critérios de Atribuição de Responsabilidade e o Papel do Compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direto Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Uma Contribuição ao Estudo da Lei nº 7.492/86*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

_____. Kausalität und Handlung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 51, p. 703-720, 1931.

_____. Naturalismus und Wertphilosophie. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975.

_____. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 58, p. 491-566, 1939.

ZIMMERL, Leopold. Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 49, p. 39-54, 1929.

Crimes tributários e parcelamento: reflexões sobre a aplicação da lei penal
no tempo a partir do AgRg no HC nº. 716.746/df

Tax crimes and installment: reflections on the application of criminal law in
time since the appeal in the habeas corpus 716.746/df

Bruno Fernandes¹

Thomaz Pustilnik²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: No julgamento do AgRg no HC nº. 716.746/DF, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou relevante e recorrente problema jurídico-penal relacionado aos crimes tributários de dano (materiais), especificamente no que diz respeito ao parcelamento do débito tributário: nos casos que envolvem sucessão de leis no tempo entre a data da conduta e a data do lançamento definitivo, aplica-se (i) a lei vigente à época da conduta/fato ou (ii) a vigente à época da data do resultado/consumação? Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a controvérsia a partir do referido precedente e demonstrar que, recorrentemente, a Súmula Vinculante nº 24 tem sido utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a aplicação equivocada de uma lei penal mais gravosa.

Palavras-chave: Parcelamento – crime tributário materiais – sucessão de leis no tempo – sonegação fiscal – Súmula Vinculante nº 24.

Abstract: When judging the appeal in the habeas corpus 716.746/DF, the Sixth Chamber of the Superior Court of Justice faced a relevant and recurrent legal issue concerning tax crimes, specifically when it's related to tax debt's installment: in cases where a new criminal law is enacted in between the moment of an illegal conduct and the tax authority' final decision, which law must be applied? (i) the current law by the time of the conduct or (ii) the one in effect by

¹ Doutorando em Direito Penal na Universidade de São Paulo, mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, graduado em Direito pela PUC/Rio, membro colaborador do CPJM e Professor da Pós-Graduação da UERJ e do IBMEC.

² Mestrando em Direito Penal Econômico na FGV-SP, graduado em Direito pela PUC/Rio e coordenador adjunto do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais – IBCCRIM/RJ.

the time when the crime's result becomes definitive? In this context, the present article aims to analyze the controversy originated from the precedent and to demonstrate that, recurrently, the binding precedent nº 24 has been used by the Superior Court of Justice to justify the wrongful application of a more onerous criminal law.

Key words: Installment – Tax crimes – Succession of criminal laws on time – Tax fraud – Binding Precedent nº 24.

1. Introdução

No julgamento do AgRg no HC nº. 716.746/DF¹, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou relevante e recorrente problema jurídico-penal relacionado aos crimes tributários de *dano (materiais)*², especificamente no que diz respeito ao parcelamento do débito tributário: nos casos que envolvem sucessão de leis no tempo entre a data da conduta e a data do lançamento definitivo, aplica-se (i) a lei vigente à época da conduta/fato ou (ii) a vigente à época da data do resultado/consumação³?

Em particular, diante das constantes alterações da legislação penal tributária⁴, tem se revelado frequente a análise pelos Tribunais Superiores de casos que envolvem a aplicação da lei penal no tempo, notadamente no que se refere à suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento do débito tributário⁵. O presente estudo lança um olhar crítico sobre o

¹ STJ, Sexta Turma, AgRg no HC nº. 716.746/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 14.6.2022, Dje 21.6.2022.

² Termo utilizado na redação da Súmula Vinculante nº 24.

³ Como será demonstrado a seguir, em reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, considera-se o lançamento definitivo como o momento da consumação do crime previsto no art. 1º, da Lei 8.137/90.

⁴ PRATES, Felipe Machado. Lei penal no tempo e crimes tributários materiais: considerações sobre parcelamento e prescrição. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 01, 2021, p. 81/82.

⁵ Sexta Turma, REsp 1493306/ES, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15.8.2017, Dje 24.8.2017; STJ, Quinta Turma, REsp 1524525/MG, Relator Ministro Felix Fischer, Julgado em 28.11.2017, Dje 6.12.2017; STJ, HC 432783/SC, Decisão monocrática, Relator Ministro Felix Fischer, j. 27.3.2018, Dje 3.4.2018; STJ, Sexta Turma, REsp 1647917/AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Julgado em 17.4.2018, Dje 2.5.2018; STJ, Quinta Turma, RHC 94.845/PR, Relator Ministro Felix Fischer, Julgado em 26.6.2018, Dje 1.8.2018; STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 485.562/PE, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 26.3.2019, Dje 8.4.2019; STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 1377172/RS, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Julgado em 17.10.2019, Dje 24.10.2019; STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 583.302/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 23.6.2020, Dje 30.6.2020; STJ, Sexta Turma, EDcl no AgRg nos EDcl no RHC 153.934/PR, Relator Ministro Rogério Schietti, Julgado em 23.11.2021, Dje 30.11.2021; STJ, Quinta Turma, AgRg no RHC 150.432/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

entendimento do STJ, no sentido de considerar a data do resultado/consumação para a definição da lei aplicável nos casos envolvendo o parcelamento em crimes tributários de dano, com fundamento na Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

Adianta-se, em linha gerais, a conclusão: não nos parece correto valer-se do momento do resultado para fins de definição da lei aplicável, como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, já que contraria os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal gravosa, bem como os arts. 4º do Código Penal, e 5º, incisos XXXV e LV, e 150, II, todos da Constituição federal.

2. Breve contextualização do caso em análise

Na ação penal de origem, foi imputado ao ali recorrente o crime de sonegação fiscal previsto no art. 1º, inciso I⁶⁷ c/c art. 12, I⁸, ambos da Lei nº. 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal (quatro vezes).

Consta na denúncia, em síntese, que, na qualidade de responsável “*pela administração e gerência*” de determinada sociedade limitada, o recorrente teria, entre o período de dezembro de 2009 a março de 2010, suprimido “*o ICMS devido aos cofres do Distrito Federal, fraudando a fiscalização tributária ao omitir operações tributárias em livros fiscais exigidos pela lei*”.

Em 14 de dezembro de 2019, a denúncia foi aditada para inclusão dos crimes previstos no art. 2º, II c/c 12, I, ambos da Lei 8.137/90, c/c art. 70 do CP (por vezes) e no art. 1º, §2º, I, c/c art. 1º, §4º, ambos da Lei nº. 9.613/98, sendo a nova acusação recebida em 8 de janeiro de 2019.

Em sede de apelação, o TJDFT deu parcial provimento à apelação defensiva para reformar a sentença e absolver o recorrente quanto à prática dos crimes previstos no art. 2º, inciso II, c/c artigo 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/1990, c/c artigo 71 do Código Penal, por

Julgado em 15.2.2022, DJe 21.2.2022 e STJ, Sexta Turma, AgRg no HC nº. 716.746/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 14.6.2022, Dje 21.6.2022.

⁶ “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...] Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

⁷ Sobre a conduta tipificada no art. 1º da Lei 8.137/90, confira-se: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; CAVALI, Marcelo Costenaro. Ainda sobre a Súmula Vinculante nº 24: inconsistências, incoerências e indesejáveis consequências de sua aplicação. Revista do Advogado nº 154, junho de 2022, AASP Editora; SALOMÃO, Heloisa Estellita. A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 203-212.

⁸ “Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I - ocasionar grave dano à coletividade;”.

sete vezes, e no artigo 1º, § 2º, inciso I, c/c artigo 1º, § 4º, ambos da Lei nº 9.613/1998, mantendo a condenação pelo crime tipificado no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990. A pena final foi fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Na sequência, a defesa do recorrente impetrou *Habeas Corpus* perante o STJ, a fim de que fosse aplicado ao caso a redação do art. 9º da Lei nº 10.684/03, a qual estabelecia o parcelamento à época dos fatos a ele imputados. Conforme será visto no próximo tópico, o aludido dispositivo não impõe nenhum condicionamento temporal para que a inclusão em regime de parcelamento acarretasse a suspensão da pretensão punitiva estatal.

A defesa do recorrente, dessa forma, sustentou que apesar de ter sido parcelado todo o valor supostamente devido (o parcelamento ocorreu em 23.10.2020), o magistrado de primeiro grau negou o pedido de imediato sobrestamento do feito, sob o argumento de que o parcelamento se deu após o recebimento da denúncia (que se deu em 25.11.2019)⁹.

Além disso, alegou que, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal rejeitou a questão de ordem suscitada, com base no mesmo argumento da extemporaneidade do parcelamento¹⁰.

Em sede de Agravo Regimental, entenderam os ministros da Sexta Turma do STJ por afastar a referida tese defensiva, uma vez que o parcelamento da dívida ocorreu após o recebimento da denúncia e, por isso, se aplicaria ao caso a redação da Lei 12.383/11, o qual exige que a formalização do pedido de parcelamento se dê antes do recebimento da denúncia para que haja a suspensão da pretensão punitiva do Estado.

Chama-se atenção, desde já, para o fato de que, no caso em análise, a questão temporal assume especial relevância, já que entre a data dos fatos (dezembro de 2009 a março de 2010) e a data do lançamento definitivo do crédito tributário (28.3.2016) – considerada no acórdão como o momento da consumação, quando a materialidade se perfaz, nos termos da Súmula

⁹ Trecho da decisão proferida pelo magistrado de primeira instância: “[...] Quanto à suspensão do feito decorrente do parcelamento do débito, assiste razão ao órgão ministerial, eis que o débito foi constituído em 21/03/2016 e a denúncia recebida em 25/11/2019, ou seja, após o advento da Lei nº 12.382/2011, que alterou a Lei nº 9.430/1996, e na qual restou definido que a suspensão da pretensão punitiva estatal ocorre somente quando o pedido de parcelamento for formalizado antes do recebimento da denúncia. O que, no caso, não ocorre, eis que o pagamento do parcelamento ocorreu em 10/09/2020 [...]”.

¹⁰ Trecho do Acórdão do TJDF: “[...] Ainda que se admitisse que os documentos acostados com a segunda manifestação da Defesa pela suspensão do feito digam respeito aos débitos apurados nesta ação penal, o fato é que o parcelamento ocorreu em 23/10/2020, diga-se, após o recebimento da denúncia [...]”.

Vinculante nº. 24 do Supremo Tribunal Federal – adveio significativa alteração legislativa, a seguir demonstrada.

3. Sucessão de leis envolvendo o parcelamento do débito tributário

A Lei nº 10.684/03, em seu art. 9º, *caput*, disciplina que “*é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento*”.

Note-se, nesse ponto, que o dispositivo mencionado não estabelece nenhum condicionamento temporal para que a inclusão em regime de parcelamento acarrete a suspensão da pretensão punitiva estatal, bastando que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes esteja incluída em regular regime de parcelamento¹¹.

Distinto regramento, entretanto, foi introduzido pela Lei nº. 12.382/11. Isso porque, ao alterar a redação do art. 83, §2º, da Lei 9.430/96, passou a exigir, para a suspensão da pretensão punitiva do Estado, que a formalização do pedido de parcelamento se desse antes do recebimento da denúncia¹².

Com essa restrição temporal (“*antes do recebimento da denúncia criminal*”), verifica-se que a Lei nº. 12.382 introduziu regime mais gravoso, aplicável somente aos fatos praticados a partir de sua entrada em vigor – a saber, 1º de março de 2011 (art. 7º, da Lei nº. 12.382/11¹³)¹⁴.

Qual seria, afinal, a lei aplicável ao caso em análise? Incidiria a Lei nº. 10.684/03 ou a Lei nº. 12.382/2011? É exatamente essa a controvérsia que o presente artigo pretende solucionar.

¹¹ “*Denominado de Paes (Plano de Parcelamento Especial) e, por alguns, de Refis II, seu art. 9º estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva quanto aos crimes tributários enquanto a pessoa jurídica estivesse incluída no parcelamento, sem condicionamento temporal, ou seja, independentemente de já haver persecução penal*”. PAULSEN, Leandro. Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 339.

¹² Art. 83, § 2º: “*É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal*”.

¹³ “*Art. 7º Esta Lei entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente à data de sua publicação*”.

¹⁴ Nesse mesmo sentido: FELDENS, Luciano. Crime Tributário e Lei Penal no Tempo. Conjur, publicado em 11.08.2018 – disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/luciano-feldens-crime-tributario-lei-penal-tempo> (acesso em 30.6.22).

4. O parcelamento do crédito tributário e a (equivocada) utilização da Súmula Vinculante nº. 24 no que diz respeito à aplicação da lei penal no tempo

Como é cediço, o princípio da legalidade decorre de uma imposição da Constituição Federal (art. 5º, II e XXXIX), sendo certo que a norma constitucional tem redação idêntica àquela prevista no art. 1.º do Código Penal: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal*”. A definição de uma conduta criminosa na lei constitui um dos principais alicerces do direito penal e compõe a base do próprio Estado de Direito, já que fundado nas ideias de segurança jurídica e de oposição ao arbítrio.

Trata-se, evidentemente, de regra que não pode ser flexibilizada. Nesse sentido, se uma conduta não estiver prevista na lei penal como crime, absolutamente nada poderá transformá-la em criminosa, nem as decisões judiciais, nem mesmo a imposição dos governantes¹⁵. Do princípio da legalidade, decorrem os postulados da taxatividade, a proibição do uso de analogia, a proibição de retroatividade de lei incriminadora mais grave¹⁶ e a exigência de uma norma penal precisa¹⁷. Dele se extrai, aliás, a fundamentação material do direito de punir, visto que a lei impede que o castigo (pena) seja um mero ato de força, mas, sim, uma consequência previsível das ações humanas¹⁸.

O princípio da legalidade, além de se opor às inseguranças e arbitrariedades numa perspectiva macro, estabelece consequências bem específicas no que diz respeito à aplicação da lei penal, sendo uma delas a correlação obrigatória entre o tempo do crime e a teoria da atividade¹⁹.

¹⁵ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1ª. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 60.

¹⁶ Nas lições de Zaffaroni e Batista: “*O princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei deve ser sempre entendida como aplicável somente a fatos que ocorram depois de sua vigência. Como consequência necessária do princípio da legalidade, ficam eliminadas as chamadas leis ex-post facto. A garantia de legalidade (art. 5º, incs. XXXIX e XL CR) tem o claro sentido de: a) impedir que alguém seja apenado por um fato que na época de seu cometimento não era delito nem era punível ou perseguível; b) proibir que seja aplicada a quem cometer um delito uma pena mais pesada que a legalmente prevista na época de seu cometimento*”. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Slokar. Teoria Geral do Direito Penal. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011, 3ª reimpressão, maio de 2017, p. 212-213.

¹⁷ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1ª. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 60-61.

¹⁸ HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 51-70, maio/2019.

¹⁹ PRATES, Felipe Machado. Lei penal no tempo e crimes tributários materiais: considerações sobre parcelamento e prescrição. Revista do Instituto de Ciências Penais, vol. 6, n. 1, jun/2021, p. 89.

O nosso Código Penal faz menção expressa, em seu art. 4º., ao tempo da conduta para fins de aferição da lei penal aplicável: “*Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*”. Nessa perspectiva, mesmo nos casos em que ocorre distanciamento entre a prática da conduta e a realização do resultado, o fato típico não poderá ser apenado com base em uma lei penal mais gravosa criada posteriormente ao momento da ação (ainda que tenha entrado em vigor antes da ocorrência do resultado)²⁰.

Não há dúvidas, assim, de que a aferição da lei penal aplicável é sempre feita com base na lei vigente ao tempo da realização da conduta. Com exceção dos crimes permanentes (enunciado da Súmula 711 do STF), não há a possibilidade de se utilizar o marco temporal da consumação/resultado para a definição da lei penal aplicável. Tanto é assim que o próprio art. 4º. faz essa ressalva – “*ainda que outro seja o momento do resultado*”.

Nessa linha de raciocínio, no nosso entender, não merece prosperar o entendimento contido no voto da relatora no sentido de afastar, no caso em análise, a aplicação do art. 9º da Lei nº. 10.684/03, ainda que o parcelamento da dívida tenha ocorrido “*após o recebimento da denúncia*”, pois a suposta fraude ocorreu no período de dezembro de 2009 a março de 2010, momento em que a referida lei ainda estava vigente.

Cabe destacar, nesse ponto, que as normas que regem a suspensão da ação penal em razão do parcelamento tributário são de caráter híbrido²¹. Como se extrai dos próprios julgados do STJ²², as leis que regulam esse tema possuem também conteúdo de direito penal material e, em razão disso, estão sujeitas ao princípio da irretroatividade.

²⁰ Sobre o ponto, leciona Toledo que: “*A norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal*”. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31-32.

²¹ Sobre a natureza da norma híbrida, Badaró aduz que: “*todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material. (...) Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal. Para tais institutos, a regra de direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais de conteúdo material, qual seja a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da lex gravior*”. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal - 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

²² Como se pode observar na seguinte passagem do voto do Ministro Sebastião Reis Júnior: “*Portanto, a nova redação do art. 83, §2º, da Lei n. 9.430/1996, atribuída pela Lei n. 12.382/2011, por restringir a formulação do pedido de parcelamento ao período anterior ao recebimento da denúncia, é mais gravosa em relação ao regramento que substituiu, que não trazia essa limitação, o que impede sua aplicação às condutas a ela*

Sendo assim, uma vez que a conduta foi praticada no período de dezembro de 2009 a março de 2010, foge à lógica cogitar, no caso em exame, a aplicação da lei mais gravosa (Lei nº. 12.382/11). Ao assim proceder, a Sexta Turma do STJ acabou por violar o princípio da legalidade e o art. 4º do Código Penal, porquanto relacionou o tempo do crime ao momento de sua consumação – entendido no acórdão como o momento do lançamento definitivo do crédito tributário (que ocorreu em 28.3.2016) –, critério distinto do estabelecido na lei.

Nesse ponto, merece registro o exemplo utilizado por Feldens, referente ao crime de homicídio: “o resultado morte pode-se verificar dias ou meses após a agressão física; se entre a ação e o resultado sobreveio lei que imponha pena mais grave ao crime, ela não terá aplicabilidade ao caso”²³.

Como se observa da fundamentação apresentada no precedente em análise, a justificativa para o afastamento da tese defensiva estaria contida, aparentemente, na Súmula Vinculante nº. 24²⁴: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. É necessário,

pretéritas” (STJ, Sexta Turma, REsp 1493306/ES, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 15.8.2017, DJe 24.8.2017).

²³ FELDENS, Luciano. Crime Tributário e Lei Penal no Tempo. Conjur, publicado em 11.8.2018 – disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/luciano-feldens-crime-tributario-lei-penal-tempo> (acesso em 12.8.22). Nessa mesma linha, Prates: “Casos de homicídio são exemplos classicamente utilizados em salas de aula para se abordar o critério da atividade e o tempo do crime. Aquele que age de forma imprudente no trânsito ao dirigir em alta velocidade, atropelando um pedestre em razão disso, responderá nos termos da lei vigente na data da sua conduta, ainda que a vítima, após vários dias de internação hospitalar, venha a falecer durante a vigência de uma lei mais severa para o condutor algoz. Não existem motivos para não se proceder dessa mesma forma quando se trata de crimes tributários materiais.” PRATES, Felipe Machado. Lei penal no tempo e crimes tributários materiais: considerações sobre parcelamento e prescrição. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 01, 2021, p. 95.

²⁴ Sobre a Súmula Vinculante 24, confira-se: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; CAVALI, Marcelo Costenaro. Ainda sobre a Súmula Vinculante nº 24: inconsistências, incoerências e indesejáveis consequências de sua aplicação. Revista do Advogado nº 154, junho de 2022, AASP Editora; SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Ed.). Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 317–322; GOMES, Abel Fernandes. Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros [livro eletrônico] / Abel Fernandes Gomes... [et al.]; Cecilia Choeri, Guilherme Krueger, José Maria Panoeiro (org.). - 1, ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 369; TAFFARELLO, Rogério Fernando. Improriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: SILVA FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael. Direito penal econômico: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; BOTTINO, Thiago. A súmula vinculante vincula? Um estudo da eficiência da Súmula Vinculante 24. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 177-219. São Paulo: Ed. RT, maio 2018; BADARÓ, Gustavo. Do chamado “lançamento definitivo do crédito tributário” e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, n. 1, jan./mar. 2016; VILARES, Fernanda Regina. A dinâmica do processo penal nos crimes contra a ordem tributária: o papel do processo administrativo fiscal e a necessária revisão da Súmula Vinculante nº 24 do STF. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (coord.). Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Almedina, 2019.

assim, voltar a um momento anterior à edição do enunciado, a fim de analisar o julgado paradigma, a saber, o HC nº. 81.611/DF²⁵.

No aludido precedente, foi consolidado o entendimento de que, ao se referir à supressão ou à redução de tributo, o tipo penal teria criado *crimes materiais*, dependendo, assim, do resultado naturalístico de supressão ou redução de tributo para se consumarem.

Nas palavras do ministro relator do writ, “à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado. Não obstante, a sua punibilidade [...] estará subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento, instaurado de ofício ou em virtude da impugnação do contribuinte ou responsável: só então o fato – embora, na hipótese considerada, já aperfeiçoada a sua tipicidade – se tornará punível”.

Por sua vez, embora também tenha condicionado o início da persecução penal ao fim do procedimento administrativo, o ministro Cezar Peluso adotou outro fundamento por “simplificação”, qual seja, o de identificar o lançamento definitivo do crédito tributário como própria elementar do tipo objetivo²⁶.

Fato é que, no julgamento do caso paradigma, o Supremo Tribunal Federal não decidiu acerca do marco temporal para a aplicação da lei penal no tempo, questão central do presente artigo. Naquela ocasião, no que diz respeito à questão temporal, a Suprema Corte apenas enfrentou a controvérsia relacionada à prescrição, oportunidade em que foi fixada a tese de que, enquanto perdurar o processo administrativo fiscal, o curso da prescrição da ação penal que envolver a prática de crime material contra a ordem tributária estará suspenso. De modo

²⁵ “EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1o): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1o da L. 8137/90 - que é material ou de resultado enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo” (STF, Tribunal Pleno, HC nº. 81.611/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 10.12.2003, Dje 13.5.2005).

²⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; CAVALI, Marcelo Costenaro. Ainda sobre a Súmula Vinculante nº 24: inconsistências, incoerências e indesejáveis consequências de sua aplicação. Revista do Advogado nº 154, junho de 2022, AASP Editora.

simples: concluiu-se que os crimes tributários materiais apenas se consumam com o lançamento definitivo, sendo certo que é a partir dessa data que a prescrição tem seu termo inicial.

A prescrição, contudo, possui tratamento distinto daquele estipulado no art. 4º do Código Penal. Com efeito, o art. 111 do Código Penal estabelece que o momento inicial da contagem do prazo prescricional se dá a partir da consumação do crime (“*A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou;*”), ainda que o fato típico tenha sido praticado anteriormente.

Disso resulta a conclusão de que, no caso analisado no presente artigo, o lançamento definitivo do crédito tributário (ocorrido em 28.3.2016) – considerado no acórdão como o momento da consumação – configuraria tão somente o início da contagem do prazo prescricional, mas nunca o marco temporal para a aplicação da lei penal no tempo, que deve ser sempre a data da prática da conduta punível, conforme disposto no art. 4º do Código Penal.

Em acréscimo, salienta-se que o art. 150, II, da Constituição Federal proíbe “*instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente*”, bem como assegura o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), ao contraditório, e à ampla defesa em processos administrativos (art. 5º, LV). Nessa linha, conforme já destacado por Prates²⁷, aplicar a lei penal vigente ao tempo do lançamento definitivo (consumação) – como feito pela Sexta Turma no caso em análise – representa não só violação de tais postulados, como também violação indireta à garantia fundamental do devido processo legal.

Afinal, eventual *lex gravior* superveniente só seria aplicada em desfavor do contribuinte que teria regularmente optado pela impugnação no processo administrativo de lançamento do tributo, sendo este indevidamente prejudicado somente pelo fato de ter exercido seu constitucional direito de defesa.

5. Considerações finais

Partindo-se da interpretação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90 é de natureza material, cuja ação se distancia temporalmente do momento da consumação, a qual está vinculada ao lançamento definitivo do crédito tributário, destaca-se, a nosso ver, que:

²⁷ PRATES, Felipe Machado. Lei penal no tempo e crimes tributários materiais: considerações sobre parcelamento e prescrição. Revista do Instituto de Ciências Penais, vol. 6, n. 1, jun/2021, p. 87-88.

(i) a lei incidente será aquela vigente ao tempo da ação/conduita (art. 4º do CP). Dessa forma, deve-se considerar, para fins de aplicação da lei penal no tempo, o momento em que as condutas-meio descritas nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 ocorreram.

(ii) nos casos em que a ação/conduita fraudulenta ocorreu antes do dia 1º de março de 2011 (data em que a Lei 12.382/11 entrou em vigência) – exatamente como ocorreu no caso analisado no presente artigo –, o parcelamento do crédito tributário implicará suspensão da pretensão punitiva a qualquer tempo, nos moldes do art. 9º, *caput*, da Lei nº 10.684/03 (lei mais benéfica), ainda que o resultado/consumação (lançamento definitivo) tenha se verificado já durante a vigência da Lei 12.382/11.

(iii) por outro lado, nos casos em que a ação/conduita tenha sido praticada a partir do dia 1º de março de 2011, o parcelamento do crédito tributário somente acarretará suspensão da pretensão punitiva quando for formalizado antes do recebimento da denúncia, com base no art. 83, §2º, da Lei 9.430/96 (incluído pela Lei 12.382/11).

6. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** - 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo. **Do chamado “lançamento definitivo do crédito tributário” e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal**. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, n. 1, jan./mar. 2016;

BOTTINO, Thiago. **A súmula vinculante vincula? Um estudo da eficiência da Súmula Vinculante 24**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

FELDENS, Luciano. **Crime Tributário e Lei Penal no Tempo**. Conjur, publicado em 11.08.2018 – disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/luciano-feldens-crime-tributario-lei-penal-tempo> (acesso em 30.6.22).

GOMES, Abel Fernandes. **Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros** [livro eletrônico] / Abel Fernandes Gomes... [et al.];

Cecilia Choeri, Guilherme Krueger, José Maria Panoeiro (org.). - 1, ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

HORTA, Frederico. **O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 155, maio/2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; CAVALI, Marcelo Costenaro. **Ainda sobre a Súmula Vinculante nº 24: inconsistências, incoerências e indesejáveis consequências de sua aplicação.** Revista do Advogado nº 154, junho de 2022, AASP Editora.

PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro.** – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PRATES, Felipe Machado. **Lei penal no tempo e crimes tributários materiais: considerações sobre parcelamento e prescrição.** Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 01, 2021.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Ed.). **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Escola Superior do Ministério Público da União, 2011

TAFFARELLO, Rogério Fernando. **Impropriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários.** In: SILVA FRANCO, Alberto, LIRA, Rafael. **Direito penal econômico: questões atuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 1ª. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

VILARES, Fernanda Regina. **A dinâmica do processo penal nos crimes contra a ordem tributária: o papel do processo administrativo fiscal e a necessária revisão da Súmula Vinculante nº 24 do STF**. In: BOSSA, Gisele Barra, RUIVO, Marcelo Almeida (coord.). **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Almedina, 2019.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA Nilo, SLOKAR Alejandro. **Teoria Geral do Direito Penal**. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011, 3ª reimpressão, maio de 2017.

Tutela extrajudicial de litígios estruturais: negociando direitos a partir da
perspectiva de atuação do Ministério Público
Extrajudicial resolution of structural litigation: negotiating rights from the
Prosecution Service's perspective

Catharina Peçanha Martins Oroso¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo: O presente artigo discute a tutela extrajudicial de litígios estruturais por uma perspectiva de atuação do Ministério Público, notadamente no âmbito estadual, estudando a viabilidade do Termo de Ajustamento de Conduta e demais atividades desempenhadas pelo órgão extrajudicialmente em contraste com a judicialização do tema.

Palavras-Chave: Tutela extrajudicial. Negociação de direitos indisponíveis. Ministério Público. Litígios estruturais. Termo de Ajustamento de Conduta.

Abstract: This article analyzes the extrajudicial resolution of structural litigation from the perspective of the Prosecution Service, especially statewide, focusing on the viability of behavior adjustment and other activities extrajudicially performed in contrast to the judicialization of the topic.

Keywords: Extrajudicial resolution. Negotiation of unavailable rights. Prosecution Service. Structural litigation. Behavior adjustment.

1. Introdução

Parte-se do conceito de que litígio estrutural é aquele no qual se identifica uma situação de desconformidade com o estado de coisas considerado ideal, podendo ou não gerar

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Assessora Técnico-Jurídica de Promotoria no Ministério Público do Estado da Bahia

consequências ilícitas¹ e serem observados graus distintos de estruturalidade². Segundo Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria, “o problema estrutural não necessariamente se assenta na noção de ilicitude e, quando eventualmente nela se assenta, não se confunde, ele mesmo, com as situações ilícitas que dela advêm”³.

Questões estruturais não são sinônimas de problemas de gestão pública, sendo o próprio procedimento de recuperação de empresas e falências exemplos no campo privado, eis que visam à reestruturação de uma instituição e envolvem situações jurídicas coletivas⁴.

Assim, um processo envolvendo um litígio de natureza estrutural deve, em primeiro lugar, estabelecer o estado ideal de coisas a ser buscado e, a partir de então, traçar verdadeiro roteiro para se alcançar o objetivo traçado⁵. Aqui, temas como a flexibilização procedimental e coisa julgada fogem do tradicionalmente estudado, uma vez que a demanda se desenvolve de acordo com cada ação empreendida e com o resultado parcial conquistado.

Traçadas essas premissas, este artigo científico buscará, em um primeiro momento, esclarecer alguns aspectos relacionados à negociabilidade dos chamados “direitos indisponíveis”, a partir de uma perspectiva legislativa e de instrumentos de *soft law*, como as recomendações e resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Em um segundo momento, será traçado um comparativo entre a tutela de litígios estruturais em procedimento extrajudicial e em processo judicial, levando em conta a realidade do sistema de justiça brasileiro. Por fim, será dado enfoque ao uso do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em demandas estruturais, tratando sobre aspectos, dentre outros, como a observância e o controle judicial do TAC, variações metodológicas e estratégias de *compliance*.

¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, vol. 303, 2020, p. 45-81. Versão digital.

² Matheus Galdino trata sobre os graus de estruturalidade, de acordo com a amplitude dos efeitos da reestruturação promovida, em sua dissertação de mestrado, para a qual se remete a leitura: GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, vol. 303, 2020, p. 45-81. Versão digital.

⁴ Esta foi a conclusão da dissertação de mestrado de Felipe Vieira Batista: BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como processo coletivo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, vol. 303, 2020, p. 45-81. Versão digital.

2. Ainda em debate: é possível negociar “direitos indisponíveis”?

Não se sustenta a ideia de que determinados direitos, única e exclusivamente pelo fato de serem considerados “públicos”, são impassíveis de negociação por sua “indisponibilidade”⁶. Não há sequer um conceito geral uníssono do que seria um direito indisponível, tornando-se “expressão emblemática e autoexplicativa, cuja mera menção bastaria por si mesma para justificar tanto a superproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais”, nas palavras de Elton Venturi⁷.

Em verdade, tem-se uma expressão que comporta duplo e contraditório discurso: por um lado, a restrição absoluta de negociações envolvendo “direitos indisponíveis” acaba por desproteger o bem jurídico cuja tutela se busca, impedindo, de plano, sem fundamento casuístico qualquer, resolução possivelmente mais célere e adequada ao caso, submetendo as partes obrigatoriamente à adjudicação estatal em alguma etapa procedimento, se não em todas; por outro viés, a possibilidade de transacionar privilegia a proteção dos direitos fundamentais, partindo-se de uma análise de acordo com o litígio particularizado, considerado em concreto.

Não é razoável que haja uma submissão obrigatória à jurisdição do Estado – que, não raro, deságua em extenso processo judicial –, quando o ordenamento jurídico brasileiro garante estruturas institucionais democráticas e independentes, como o próprio Ministério Público e a Defensoria Pública, além de mecanismos de representatividade social que permitem a efetiva influência dos atingidos na condução do procedimento extrajudicial⁸.

Neste mesmo sentido, percebe-se um fortalecimento gradual de movimento legislativo e doutrinário a favor de instrumentos de conciliação e negociação em “esferas públicas”. Mesmo no Processo Penal, sendo ramo do Direito no qual é mais evidente a publicidade, tendo como atributo distintivo a indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, vem sendo aberto espaço para flexibilização procedimental, ainda que com evidentes restrições próprias da disciplina. Exemplificativamente, cita-se a Lei nº 13.964/2019, a qual reconheceu

⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). Processo Penal. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 156.

⁷ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, vol. 251, 2016, p. 391-426.

⁸ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, vol. 251, 2016, p. 391-426.

expressamente a natureza de negócio jurídico processual do acordo de colaboração premiada⁹, consoante o novo art. 3º-A da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013)¹⁰.

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, o instituto do acordo de não persecução cível, incluído por meio da Lei nº 13.964/2019 e profundamente ampliado pela Lei nº 14.230/2021, permite que o membro do Ministério Público, analisando as “circunstâncias do caso concreto”, sem restrições apriorísticas calcadas em termos vagos, negocie com o agente ímprobo, inclusive com a possibilidade de adoção de institutos de *compliance* (art. 17-B, §6º¹¹)¹².

No campo dos instrumentos com natureza de *soft law* que fortalecem o sistema extrajudicial, propondo reflexões acerca dos limites da celebração de acordos e da operacionalização das negociações, cita-se a Recomendação nº 76/2020 do CNJ¹³, segundo a qual deverá o próprio magistrado estimular a resolução consensual, seja judicial ou extrajudicialmente, com “eventual apoio de órgãos estatais e entidades privadas”¹⁴.

⁹ OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais no Processo Penal. Trabalho de conclusão de curso. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017. Ainda sobre negociações no âmbito do Direito Processual Penal: OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/2015. In: Novas perspectivas do Direito Público: em homenagem à professora Maria Auxiliadora, CUNHA JR, Dirley da; BORGES, Lázaro; PACHECO, Rodrigo (Org.), Salvador: Editora Paginae, 2018, p. 329-358; OROSO, Catharina Peçanha Martins. Fundamentos de aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos ao Direito Processual Penal. In: Revista de Processo, vol. 291, São Paulo: Editora RT, 2019, p. 43-59.

¹⁰ Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

¹¹ Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (...). § 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

¹² A Resolução nº 11/2022 do Ministério Público da Bahia, rompendo com tradição processual inquisitiva, permite, ainda, que, em alguns casos de descumprimento do acordo de não persecução e sendo adequado à proteção dos direitos e interesses tutelados, renegocie-se o pacto anteriormente firmado (art. 80, I).

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Resolução nº 11/2022. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/orgaos-colegiados/orgao-especial/resolucoes/2022/publicacao_resolucao_n.11_de_2022.pdf. Acesso: 30/08/2022.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 76/2020. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original170614202009255f6e23862be32.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

¹⁴ Art. 2º Recomendar a todos os Juízos com competência para o processamento de ações coletivas que estimulem, incentivem e promovam a resolução consensual dos conflitos no âmbito coletivo, com a realização de mediações, conciliações e outros meios de composição, no âmbito judicial ou extrajudicial, com o eventual apoio de órgãos estatais ou entidades privadas.

O CNMP, na mesma linha, editou a Recomendação nº 54/2017¹⁵, dispondo sobre a “Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro”. Para além de importante parâmetro do que seria uma atuação resolutiva, sendo esta analisada a partir da perspectiva de efetivação da solução encontrada pelas partes, não bastando a mera celebração de acordo ou superveniência de decisão judicial favorável, afirma que a resolução extrajudicial do conflito deverá ser priorizada sempre que possível, contribuindo para a diminuição da litigiosidade, observadas as peculiaridades do caso concreto para satisfação das expectativas dos titulares dos direitos envolvidos.

Assim, tem-se que a indisponibilidade do direito material não resulta no impedimento de negociação sobre o procedimento ou sobre situações jurídicas processuais, considerando que, em que pese “indisponível” o direito em litígio, a transação é uma das vias adequadas à proteção dos interesses envolvidos¹⁶. Esse, inclusive, é o entendimento disposto no Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), segundo o qual a indisponibilidade do direito exclusivamente considerada não veda a autocomposição¹⁷.

Como argumento contrário, alega-se a eventual hipossuficiência e/ou vulnerabilidade dos titulares do direito¹⁸. Todavia, não é razoável a vedação abstrata de um instituto em razão de argumento apriorístico, em especial quando um dos legitimados coletivos é a própria Defensoria Pública, cujo objetivo institucional é, justamente, conforme art. 134 da Constituição Federal, “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”.

Da mesma forma, a permissão de negociação de direitos indisponíveis não veda a utilização de mecanismos de apuração das expectativas dos envolvidos, inclusive a possibilidade de ser contestada judicialmente eventual transação que não leve em conta peculiaridades do caso concreto ou se mostre inefetiva para solucionar o litígio.

Importa (muito) menos descobrir qual o tipo de direito envolvido do que analisar a melhor forma de tutelar a situação litigiosa.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 54/2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, vol. 01, 2015, p. 387-389.

¹⁷ Enunciado nº 135: (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais).

¹⁸ Tratando sobre o tema, VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, vol. 251, 2016, p. 391-426.

No âmbito dos procedimentos estruturantes, a própria concepção entre público e privado, disponível ou indisponível, mostra-se consideravelmente ultrapassada, pois “a fluidez entre as esferas faz com que haja valores coletivos transitando entre ambas, desafiando uma constante acomodação”¹⁹. Possibilitar a transação de “direitos indisponíveis” é tutelar os interesses envolvidos sem que se retire da disposição dos legitimados coletivos uma das mais céleres, práticas e efetivas formas de resolução de problemas estruturais: o procedimento extrajudicial, ambiente propício à autocomposição.

3. A tutela extrajudicial exercida pelo ministério público em contraste com a judicialização para resolução de problemas estruturais.

Litígios estruturais, notadamente os que se encontram na esfera de execução de políticas públicas, envolvem a busca pela conformidade de uma situação a um estado de coisas considerado ideal. Em regra, a sua adequada operacionalização perpassa por soluções, conceitos e abordagens analisados sob uma perspectiva interdisciplinar e transversal de diferentes temas, sendo fundamental a promoção de planejamentos integrados e o fortalecimento de iniciativas cooperativas, desburocratizadas e simplificadas, ao passo em que deve conciliar a eficiência do processo e a humanização dos envolvidos.

A propósito, o Ministério Público da Bahia (MPBA), em sua Resolução nº 11/2022²⁰, alçou os procedimentos investigatórios que tenham como objeto “estrutura burocrática, de natureza pública ou privada, responsável pelo surgimento e/ou perpetuação da violação dos direitos tutelados” ao grau de tramitação prioritária, a partir da análise de sua repercussão social.

Em razão de sua adaptabilidade ante possíveis alterações fáticas - ou mesmo jurídicas - que ocorram, a tutela extrajudicial de litígios se mostra vantajosa quando comparada à judicialização do problema estrutural. Não se trata de uma negativa absoluta à via jurisdicional; entretanto, com uma adequada condução do procedimento “fora dos Tribunais”, é possível que sequer seja necessário envolver o aparato judicial, economizando-se, além de tempo, dinheiro público²¹.

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, fl. 122.

²⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Resolução nº 11/2022. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/orgaos-colegiados/orgao-especial/resolucoes/2022/publicacao_resolucao_n_11_de_2022.pdf. Acesso: 30/08/2022.

²¹ “But what if we were to reject all these efforts to promote settlement? What if all claimants in mass cases could be forced to go to trial? The result would be bewildering. The costs to the legal system and all parties

Ademais, a análise estratégica prévia à judicialização, comum à prática contenciosa, adquire novo fator de análise com o CPC/2015 e o fortalecimento do sistema de precedentes no Brasil. Os atores coletivos, especialmente os litigantes habituais e empresas de grande porte, com demandas de extensão nacional e múltiplos envolvidos, devem ter em conta a possibilidade de formação de precedente de observância obrigatória, o que poderá favorecer o sistema extrajudicial como alternativa ao modelo tradicional jurisdicional²².

Tratando do impacto dos pronunciamentos vinculantes, cita-se o caso *Piscataway School Board v. Taxman*: necessitando desligar um de seus professores do quadro docente, a diretoria escolar decidiu, entre uma professora negra e um professor branco, em manter a primeira por razões de política afirmativa. Irresignado, o docente desligado interveio como terceiro na ação proposta pelo órgão público competente contra a unidade escolar, saindo vitorioso em primeira instância e chegando a demanda à Suprema Corte. Grupos ligados ao movimento negro, receosos do que poderia ser decidido por conta da composição conservadora da Corte à época, financiaram um acordo entre o professor e a escola de *Piscataway*, impedindo a análise judicial e a consequente formação de precedente obrigatório sobre o tema²³.

Em alinhamento à possibilidade de utilização dos precedentes como fomento à resolução extrajudicial de conflitos, a Resolução nº 325/2020 do CNJ²⁴, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, expressamente consigna, no tópico relativo

would skyrocket. The efficiencies that created a viable mass plaintiffs' bar would collapse. And what would be the public value of forcing every individual plaintiff to the uncertainty of individual judgments, which necessarily overvalue the claims of some and undervalue the claims of others? To begin with, there must be some value in the comparable treatment of the similarly situated in a mature legal system". (ISSACHAROFF, Samuel; KLONOFF, Robert H. The Public Value of Settlement. *Fordham Law Review*, vol. 78, issue 3, 2009, p. 1185-1186).

²² Leandra Lederman demonstra que, como o custo de litigar nos Estados Unidos é alto (ao contrário da realidade brasileira), acordos acabam sendo extremamente vantajosos. Uma consequência (não necessariamente boa ou ruim, mas a ser considerada) é a não formação de precedente sobre determinados temas. LEDERMAN, Leandra. Precedent Lost: Why Encourage Settlement, and Why Permit Non-Party Involvement in Settlements. *Notre Dame Law Review*, vol. 221, 1999, fls. 221-269. Também tratando sobre o desejo de as partes de evitarem estabelecer precedente eventualmente desfavorável, BAKER, Tim A. Sizing Up Settlement: How Much Do The Merits of a Dispute Really Matter. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 24:253, 2019, p. 263.

²³ Sharon Taxman, Plaintiff-intervenor, v. Board of Education of the Township of Piscataway, Appellant. *Sharon Taxman, Appellant, v. Board of Education of the Township of Piscataway*, 91 F.3d 1547 (3d Cir. 1996). Citando o caso: LEDERMAN, Leandra. Precedent Lost: Why Encourage Settlement, and Why Permit Non-Party Involvement in Settlements. *Notre Dame Law Review*, vol. 221, 1999, fls. 221-269. Para acesso ao inteiro teor das decisões e andamentos, ver: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/91/1547/476277/>. Acesso: 30/09/2020. Acesso disponível também em: <https://www.courtlistener.com/opinion/723911/sharon-taxman-plaintiff-intervenor-v-board-of-education-of-the-township/>. Acesso: 30/09/2020.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 325/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

à consolidação do sistema de pronunciamentos de observância obrigatória, quanto à “redução do acúmulo de processos relativos à litigância serial, visando reverter a cultura da excessiva judicialização”.

A situação do sistema de justiça brasileiro não se mostra como a mais adequada para comportar litígios complexos, estruturais ou não. Conforme se analisa do relatório “Justiça em Números” do CNJ²⁵, 67,7% das comarcas do Brasil são providas de vara única, indicando não haver estrutura adequada em, pelo menos, 2/3 do total de comarcas.

Não só: em que pese um grande investimento em conciliação estar sendo feito, com o aumento de 362 CEJUSC em 2014 para 1.284 em 2019, o índice de conciliação na Justiça Estadual e Federal gira em torno de 11%, sendo praticamente inexistente no 2º grau de jurisdição²⁶.

O relatório do CNMP, “Ministério Público Um Retrato”²⁷, ano base 2018, demonstra que, em que pese largamente utilizado o sistema extrajudicial pelos membros do Ministério Público, o índice de conciliação não é expressivamente maior, estando por volta de 25%²⁸. A disparidade no uso dos instrumentos extrajudiciais por região, dado disponível no referido estudo, não obstante poder estar atrelada a fatores demográficos e estruturais internos, também pode ser analisada sob o viés do próprio perfil institucional de cada Ministério Público Estadual.

Analisa-se aqui, por suposto, aspectos meramente quantitativos, que podem sofrer os influxos de diversos fatores, inclusive de diferentes sistemas informacionais.

Os números brutos e a taxa de conciliação levam a crer que a efetividade das medidas extrajudiciais tomadas pelos membros do Ministério Público pode não ter alcançado seu estágio ideal, havendo espaço para progressão a partir de estímulos para que este fim seja alcançado.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2020: ano base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

²⁶ A realidade difere substancialmente do sistema americano de justiça. Estudos apontam que apenas 2% dos casos judicializados terminam em julgamento. Dentro do objeto do estudo, 75% dos processos analisados alcançaram acordo sem qualquer tipo de interferência judicial, com 77% declarando preferência por um modelo sem interferência do Poder Judiciário. Ver: BARKAI, John; KENT, Elizabeth; MARTIN, Pamela. A Profile of Settlement. In: Court Review: The Journal of the American Judges Association, v. 42, issue 3-4, 2006, p. 34-39.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. Ministério Público: Um Retrato: ano base 2018. Brasília: CNMP, 2019.

²⁸ Analisando o relatório “Ministério Público: Um Retrato” referente ao ano base de 2018, diz Edilson Vitorelli: “Em realidade, um índice de acordos que equivale a aproximadamente 25% do número de petições ajuizadas parece constituir um reflexo adequado da realidade brasileira, que oferece poucos estímulos ao acordo. O índice de consenso obtido pelo Ministério Público é maior do que aquele verificado judicialmente, mas não muito menor”. (VITORELLI, Edilson. VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 214-215).

Isso não quer dizer, de forma alguma, que a tutela extrajudicial promovida, tal como se mostra hoje, não é apta a resolver problemas complexos. São inúmeros os exemplos bem-sucedidos de litígios estruturais resolvidos, se não integralmente, em grande parte, por meio da via não judicial. Todavia, para maximizar as experiências positivas, é importante que pensemos em uma reestruturação do sistema de justiça que alivie a situação das comarcas mais afastadas e com menos estrutura.

Atento ao problema, o MPBA criou, em 2017, a “Unidade de Apoio à Atividade Finalística” (UAAF), cujo objetivo maior é desafogar o passivo judicial e extrajudicial de Promotorias de Justiça sem membros titulares, privilegiando o princípio da duração razoável do processo e o acesso à justiça. Desta forma, a equipe de apoio fornece ajuda na análise e na manifestação em todo tipo de processo judicial ou procedimento administrativo²⁹. Os Centros de Apoio Operacional, previstos na Lei Orgânica³⁰, igualmente ocupam papel primordial, especialmente para promotorias não especializadas e demandas de menor complexidade. Funcionam, assim, como órgão auxiliar da atividade funcional do *Parquet*, estimulando a integração e intercâmbio entre órgãos.

A insuficiência do atual modelo de justiça para lidar com demandas estruturais é constatada também na Resolução nº 325/2020 do CNJ. A “agilidade e produtividade na prestação jurisdicional”, por exemplo, é listada como macrodesafio do Poder Judiciário, estabelecendo-se como meta “elevar a eficiência na realização dos serviços judiciais e extrajudiciais”.

Precisamente em função da ineficiência dos recursos disponibilizados e precariedade das instalações em grande número de comarcas, o citado ato normativo dispõe de modo expresso sobre a importância do fomento de meios extrajudiciais para prevenção e para resolução negociada de conflitos, objetivando estimular a sociedade, por meios que assegurem a participação ativa dos cidadãos, a resolver os conflitos “sem necessidade de processo judicial, mediante conciliação, mediação e arbitragem”.

Especificamente no que diz respeito a litígios coletivos e estruturais, remanesce a necessidade de se pensar em um modelo adaptado a dar apoio à atividade funcional dos

²⁹ Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/42311>. Acesso: 30/09/2020.

³⁰ Dispõe a Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): Art. 33. Os Centros de Apoio Operacional são órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, competindo-lhes, na forma da Lei Orgânica: I - estimular a integração e o intercâmbio entre órgãos de execução que atuem na mesma área de atividade e que tenham atribuições comuns (...).

membros do Ministério Público na consecução dos objetivos institucionais, com a criação de programas de articulação intersetorial e interinstitucional da gestão de processos judiciais e procedimentos administrativos.

Os litígios estruturais, em sua maioria, não dizem respeito a um só aspecto temático, criando embaraços até mesmo na definição do escopo de atuação das Promotorias de Justiça. Um programa de gestão que promova articulação intersetorial, com representantes das diversas áreas de atuação (exemplificativamente, membros com passagem na área da Educação, Saúde Pública, Segurança e Moralidade Administrativa), promove enriquecimento e favorece o intercâmbio de conhecimentos.

Iniciativas tecnológicas que promovem gestão compartilhada de aspectos processuais e materiais comuns vêm sendo cada vez mais presentes nas pautas dos órgãos judiciários.

Por exemplo, a Resolução nº 462/2022 do CNJ³¹ criou a Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e os Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPJ) no âmbito do Poder Judiciário. Dentre as competências do GPJ (art. 4º), são estabelecidas as de “fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias locais” (inciso V), “estabelecer, sempre que necessário, rede de articulação com as escolas judiciais e de magistratura, centros de inteligência, laboratórios de inovação, universidades, instituições de ensino superior e/ou de pesquisa” (VII) e “fomentar a produção de pesquisas empíricas em direito em articulação com as instituições de ensino superior locais” (VIII).

A Resolução nº 466/2022³², também do CNJ, institui o Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências (FONAREF), questões essencialmente estruturais de âmbito privado³³. A premente necessidade de aperfeiçoamento do sistema de gestão processual está evidenciada em seu art. 2º, IV, a fim de “promover a atualização de seus membros pelo intercâmbio de conhecimentos e de experiências”, bem como no inciso I (“propor atos normativos voltados à implantação e modernização de rotinas, à organização, à especialização e à estruturação dos órgãos competentes para atuação na gestão de processos recuperacionais ou falimentares”).

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 462/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1957532022060862a0ff41cae4d.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 466/2022. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/203094/2022_res0466_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso: 30/08/2022.

³³ BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como processo coletivo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

Na mesma linha, uma atuação interinstitucional, não apenas restrita a outros Ministérios Públicos, mas também conjugando, por exemplo, a Defensoria Pública e pesquisadores vinculados a Universidades Públicas, rompe com a dinâmica setorializada a que se acostumou-se. Comportamentos cooperativos tendem a melhorar a qualidade do serviço público e a dotar de capacidade administrativa o membro e sua equipe para planejar a gerenciar a execução de litígios estruturais e a multidimensionalidade que o acompanha.

Seria o caso da instituição de um comitê independente, chamado no direito americano de *dispute board*, com profissionais designados para o apoio de acordos coletivos complexos, seja para diagnosticar a efetividade das medidas ajustadas em acordos coletivos, elaborando pareceres e recomendações (vinculantes ou não, a depender do ato de designação), seja para agir como terceiro imparcial, decidindo sobre controvérsias levadas a seu julgamento, acompanhando contratos de longa duração³⁴.

Ao final, entende-se ser o ambiente extrajudicial mais “propício” à resolução destes tipos de problemas, em contraste com o ainda burocrático e congestionado sistema judicial, em que pese as diversas iniciativas que vêm sendo implementadas.

4. Para além das “providências meramente cosméticas”³⁵: termos de ajustamento de condutas envolvendo problemas estruturais.

4.1 Aplicação e controle judicial.

Importante instrumento à disposição do membro do Ministério Público é o TAC, objeto da Resolução nº 179/2017 do CNMP³⁶. Trata-se de instrumento de garantia dos direitos, possuindo natureza de negócio jurídico e eficácia de título executivo extrajudicial após a assinatura.

Certas controvérsias permeiam a sua aplicação, o que contribui sobremaneira para que sua efetividade seja muitas vezes impropriamente questionada. Nesta linha, o parágrafo primeiro do art. 1º da Resolução nº 179/2017 determina que não é permitido ao Ministério Público fazer “concessões que impliquem renúncia” aos direitos coletivos envolvidos no

³⁴ VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 174-175.

³⁵ Expressão utilizada por Edilson Vitorelli em sua obra, Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 208.

³⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179/2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

compromisso de ajustamento de conduta, devendo a negociação se cingir a aspectos de “modo, tempo e lugar de cumprimento”, bem como à “mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados” e à “interpretação do direito no caso concreto”.

Para Hugo Nigro Mazzilli, o TAC é apenas garantia mínima, nada impedindo que os demais legitimados coletivos e lesados individuais, por insatisfação com o quanto ajustado, postulem em juízo para além das cláusulas compromissórias³⁷. Isso porque, em seu entender, por não terem a disponibilidade sobre os interesses litigiosos, não poderiam os órgãos públicos estabelecer concessões recíprocas, sendo ineficaz qualquer cláusula em sentido contrário.

Discorda-se da ideia de que não seria dado ao Ministério Público participar de transações concessivas, sob o risco de desproteger aqueles direitos cuja tutela se pretende fortalecer. Mais vale uma análise casuística sobre legitimidade democrática e representação adequada no caso concreto do que estabelecer proibições abstratas com base na tal indisponibilidade dos direitos.

O Projeto de Lei nº 4.441/2020³⁸ parece caminhar no mesmo sentido, ao dispor, em seu art. 29, que os conflitos “envolvendo direitos difusos, e coletivos poderão ser objeto de autocomposição parcial, total, definitiva ou temporária por meio de compromisso de ajustamento de conduta”. No parágrafo segundo do art. 32, em vez de uma imposição à adjudicação estatal, parece a homologação judicial ser compreendida como mera faculdade, eis que a sua redação diz que o “compromisso de ajustamento de conduta e o acordo coletivo extrajudicial poderão ser levados para homologação judicial”.

Concorda-se, todavia, no ponto em que defende Hugo Nigro Mazzilli não poder o TAC vedar o acesso à jurisdição dos demais interessados. Em sua visão, celebrado o compromisso de ajustamento de conduta, vedar-se-ia o acesso jurisdicional apenas no que tange a pedidos incluídos no acordo, pois, neste caso, faltaria interesse de agir ao co-legitimado coletivo. De fato, em que pese aqui defender-se não ser o TAC mera garantia mínima, sob pena de não haver qualquer interesse ou utilidade em sua celebração, não é plausível sustentar a sua plena vinculação³⁹.

³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, 2006.

³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4441/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261966>. Acesso: 30/08/2022.

³⁹ Foi o que ocorreu, por exemplo, o “Caso Rio Doce” ou “Caso Mariana”: o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública impugnando os termos do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as empresas Samarco, Vale e BHP Billiton, de um lado, e a União, Minas Gerais e Espírito Santo, de outro. Sobre o caso,

Assim, o TAC poderá ser questionado judicialmente pelos demais legitimados coletivos, mas não sob qualquer fundamento: não será a mera discordância com as cláusulas do ajuste apta a desconstituir o compromisso firmado, mas sim problemas objetivos ligados à representação adequada, legitimidade democrática, ineficiência das soluções propostas, incompetência, dentre outros aspectos relacionados ao caso concreto⁴⁰. Consequentemente, é salutar que o procedimento que originou o negócio jurídico envolva os interessados de modo a efetivamente dar condições de influenciarem na tomada de decisões e estabelecimento das cláusulas.

Essa não parece ter sido a solução adotada pela União Europeia, conforme o texto final do *European Rules of Civil Procedure*⁴¹. Tratando sobre acordos coletivos firmados por legitimados, o art. 221 aponta que, em regra, negociações sobre direitos individuais precisam passar por aprovação do Poder Judiciário⁴². O entendimento, se aplicado no Brasil, levaria a um colapso ainda maior do sistema de justiça, já insuportavelmente congestionado. Apenas para citar uma das cortes estaduais, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 6º maior do país e 1º lugar dentre os de médio porte, possui mais de três milhões de casos pendentes para 578 juízes e 12.518 servidores administrarem⁴³.

Acordos celebrados extrajudicialmente, com a participação de legitimados coletivos, cuja própria Constituição Federal lhes dá competência para agir no melhor interesse da sociedade, resguardando os direitos fundamentais conferidos pelo texto constitucional, ajudam na conservação de recursos humanos judiciais e promovem um sistema de justiça mais efetivo e eficiente⁴⁴.

remete-se a leitura ao seguinte trabalho: PEÇANHA, Catharina; Guilherme; ARGOLO, Isaac; SENTO-SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. In: Revista de Processo, vol. 278, São Paulo: Editora RT, 2018, p. 263-295.

⁴⁰ Em obra recente, Edilson Vitorelli dispõe sobre o tema: “Não há como impedir que um acordo feito por um legitimado seja questionado por outro, em juízo. Nessa ação deverão ser apreciadas as condições de celebração e o conteúdo do TAC anterior. Se a sociedade foi representada de modo adequado e se o conteúdo for suficiente para tutelar o bem jurídico lesado (avaliação que tem, certamente, algum grau de subjetividade), o acordo deve ser considerado vinculante para todos os legitimados” (VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 148).

⁴¹ Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/07/English-Black-letter-6-July.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

⁴² “Rule 221. Court Approval. A group member will not be bound by any agreement settling a collective proceeding in whole or in part unless that agreement is approved by the court”.

⁴³ Informação disponível em: Brasil. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2020: ano base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

⁴⁴ BECHAMPS, Anne-Therese. Sealed Out-of-Court Settlements: When Does the Public Have a Right to Know. Notre Dame Law Review, 1990, p. fl. 128.

O art. 224⁴⁵ do documento europeu também sinaliza que não devem ser homologados acordos que sejam “manifestamente injustos” e que “manifestamente contrariem o interesse público”. Justiça e interesse público são conceitos extremamente abertos e que merecem melhor delimitação, sempre tendo em vista o caso analisado e dados concretos, sob pena de recairmos em total discricionariedade judicial, o que não traz nenhuma segurança jurídica ou incentivo à composição.

4.2 Aspectos financeiros e orçamentários.

O art. 222 do *European Rules of Civil Procedure* salienta a importância de estar claro no acordo o valor total de compensação, inclusive eventuais critérios de distribuição, além do método de pagamento de indenizações, a apresentação das razões que levaram ao pacto e o “porquê” de ser ele “justo e adequado” (na prática nacional, o que se convém utilizar sob a forma de “*considerandos*”)⁴⁶.

O estabelecimento de critérios claros de pagamento e alocação de verbas públicas para as modificações estruturais necessárias e indenizações eventualmente ajustadas constitui fator crucial para o sucesso das transações.

Nas palavras do Min. Ayres Britto, logo após a Constituição, a lei mais importante de ordenamento jurídico é a lei orçamentária, “porque a que mais influencia o destino da coletividade”⁴⁷. Por isso, cabe ao legitimado coletivo cobrar que o gestor público, especialmente nas hipóteses de negativa de verba para implementação de medida, demonstre concretamente a impossibilidade de realização e apresente soluções alternativas. A assunção de despesas com publicidade institucional ou a contratação de shows artísticos, por exemplo, ao tempo que se defende a ausência de recursos suficientes para modificações estruturais, conflita

⁴⁵ “Rule 224. Settlement Approval Orders. The court shall not make an order approving a settlement agreement where (a) the amount of compensation agreed for the group or any sub-group is manifestly unfair, (b) the terms of any other undertaking by a defendant are manifestly unfair, (c) the settlement is manifestly contrary to the public interest (ordre public) or (d) the terms, whether contained in the proposed settlement agreement or not, as to the payment of legal and other associated costs of the action are manifestly unreasonable”.

⁴⁶ “Rule 222. Application for the approval of a settlement agreement (1) A party to a proposed settlement agreement may apply to the court for approval under Rule 221. (2) The application for approval shall include: (a) The description of the group whose members will be bound by the settlement, (b) a copy of the proposed settlement agreement. In a collective proceeding for compensation, the proposed agreement shall include the total amount of compensation payable, and the criteria for distributing the compensation to each group member; (c) the proposed administration of the compensation fund and method of distributing the compensation payment to group members, and (d) a concise statement of reasons showing why the terms of the settlement agreement are fair and adequate”.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 4.048-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJE 22/08/2008.

com as prioridades constitucionais, com configuração, em tese, de ato de improbidade administrativa⁴⁸.

Da mesma forma, a publicidade e transparência nas discussões de índole financeira constituem garantia à pessoa jurídica negociante, agregando segurança jurídica e possibilitando organização orçamentária que influencie diretamente e auxilie no cumprimento das disposições pactuadas, sem que haja comprometimento da continuidade da empresa.

A manutenção da atividade empresária tem sido cada vez mais objeto de atenção nas discussões legislativas relacionadas ao controle administrativo e judicial das pessoas jurídicas de direito privado. A Lei nº 14.230/2021, alterando a Lei de Improbidade Administrativa, especificamente a coloca dentre os temas a serem analisados quando da concessão de ordem de indisponibilidade de bens (art. 16, §11⁴⁹).

Na mesma linha, a Lei nº 14.195/2021 promoveu a inclusão do art. 4º-A na Lei de Liberdade Econômica, relacionando como dever da Administração Pública, em seu inciso II, “proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos somente quando estes forem propriamente regulamentados por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis”.

4.3 Variação metodológica.

Exemplo bem-sucedido de trabalho na formulação de um TAC envolvendo problema estrutural ligado à Administração Pública foi realizado pela Defensoria Pública de São José dos Campos/SP na reestruturação da assistência à saúde da gestante, ante depoimentos colhidos relatando situações de violência obstétrica e desrespeito ao direito ao acompanhante em instituições públicas e privadas de saúde⁵⁰.

Após quatro anos de atividades extrajudiciais, foi firmado TAC para resolução do problema, instruindo-se o procedimento administrativos com atos de metodologias variadas,

⁴⁸ PINTO, Élica Graziane. Prioridade alocativo da educação no ciclo orçamentário e controle do cumprimento de metas e estratégias do Plano Nacional de Educação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018, p. 57-58.

⁴⁹ Art. 16, §11º. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo.

⁵⁰ CUNHA, Juliana Frei; AZEVEDO, Júlio Camargo de. O renascimento do parto: a reestruturação da política de assistência à saúde da gestante em São José dos Campos – SP. Anais do X Congresso da ABraSD: resumos expandidos. 55 anos de ensino da Sociologia Jurídica no Brasil, Recife, 2019, p. 49-60.

tais como: expedição de recomendações⁵¹; realização de audiência pública envolvendo gestores públicos, entidades diversas, médicos, doulas e representantes da sociedade civil; colheita de depoimentos ao longo de todo o procedimento; delimitação dos eixos a serem trabalhos; reuniões administrativas com o Poder Público para negociação de cláusulas do TAC, contando com secretários municipais, procuradores, lideranças dos movimentos sociais, advogados e diretores técnicos de hospitais públicos e privados; e visitas *in loco*⁵².

A variação metodológica é fundamental para a consecução dos objetivos na atividade extrajudicial, especialmente na formalização de compromisso de ajustamento de conduta⁵³. Em um primeiro momento, permite ao membro que conheça melhor a sua comarca, identificando os problemas que afetam substancialmente a população local. Fortalecer a comunicação com as partes envolvidas também impede que sejam formadas expectativas ilusórias, por vezes desconexas das possibilidades financeiras do Poder Público⁵⁴. Posteriormente, possibilita determinação acurada do objeto, com o estabelecimento preciso de eixos de trabalho, em uma espécie de certificação coletiva extrajudicial⁵⁵.

As novas tecnologias figuram como opções para dinamizar a gestão de litígios estruturais, não se vislumbrando qualquer restrição abstrata ao seu uso por iniciativa dos membros do Ministério Público.

Conforme ensinam Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria, “A valorização do meio eletrônico para fins de documentação de fatos e declarações de vontade está em conformidade com o avanço tecnológico e com a forma pela qual as relações jurídicas vêm sendo constituídas atualmente”⁵⁶. Como técnicas aplicáveis, citam a assinatura digitalizada, as firmas biométricas,

⁵¹ No caso, foram expedidas duas recomendações, tendo como resposta a reforma do Pronto Socorro da cidade e o aditamento dos contratos de prestação de serviço de saúde por entidade particulares, condicionando expressamente o repasse de verbas públicas à garantia do cumprimento do direito ao acompanhamento. (CUNHA, Juliana Frei; AZEVEDO, Júlio Camargo de. O renascimento do parto: a reestruturação da política de assistência à saúde da gestante em São José dos Campos – SP. Anais do X Congresso da ABraSD: resumos expandidos. 55 anos de ensino da Sociologia Jurídica no Brasil, Recife, 2019, p. 54-55).

⁵² CUNHA, Juliana Frei; AZEVEDO, Júlio Camargo de. O renascimento do parto: a reestruturação da política de assistência à saúde da gestante em São José dos Campos – SP. Anais do X Congresso da ABraSD: resumos expandidos. 55 anos de ensino da Sociologia Jurídica no Brasil, Recife, 2019, p. 55.

⁵³ BARKAI, John; KENT, Elizabeth; MARTIN, Pamela. A Profile of Settlement. In: Court Review: The Journal of the American Judges Association, v. 42, issue 3-4, 2006, p. 34-39.

⁵⁴ BAKER, Tim A. Sizing Up Settlement: How Much Do The Merits of a Dispute Really Matter? Harvard Negotiation Law Review, vol. 24:253, 2019.

⁵⁵ Quanto ao tema da certificação coletiva de decisões judiciais: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia blockchain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a Lei de Liberdade Econômica. In: Inteligência

as senhas pessoais, a esteganografia e a criptografia, além da possibilidade de convenção processual sobre o uso de *blockchain* como método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade de documento eletrônico⁵⁷.

Relacionando a gestão de litígios multitudinários e a utilização de novas tecnologias, a Resolução nº 349/2020 do CNJ⁵⁸ cria o Centro de Inteligência do Poder Judiciário, cuja competência, dentre outros, abarca a articulação de políticas e ações conciliatórias, “inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos”⁵⁹.

Entretanto, é preciso ressaltar que a mera disponibilização de meio eletrônico para participação dos atingidos no TAC não é capaz, por si só, de garantir a legitimidade democrática da negociação: em um país continental, com alto índice de população vivendo abaixo da linha da pobreza, dificilmente a veiculação de um questionário online para identificação das estruturas ineficientes, por exemplo, será medida efetiva⁶⁰.

4.4 Publicidade e acesso à informação.

Aspecto igualmente determinante para o sucesso do compromisso de ajustamento de conduta, notadamente perante os demais legitimados coletivos, diz respeito ao acesso à informação dos dados que levaram ao acordo firmado.

Limitar o conhecimento daqueles que não participaram do TAC, por um lado, pode prejudicar a confiança do público na higidez do instrumento e as razões que levaram ao ajuste daquelas cláusulas. O acesso público é fundamental, inclusive, para que haja discussão sobre a matéria e seja fortalecido o respeito ao sistema de justiça⁶¹.

Artificial e Direito Processual. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 363.

⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia blockchain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a Lei de Liberdade Econômica. In: Inteligência Artificial e Direito Processual. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 364, 368.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 349/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original131706202010285f996f527203d.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

⁵⁹ Art. 2º Compete ao Centro de Inteligência do Poder Judiciário: (...) IX – articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos”.

⁶⁰ Por isso, discorda-se da preferência dada pelo art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

⁶¹ Dentre os macrodesafios do Poder Judiciário, a Resolução nº 325/2020 do CNJ elencou o fortalecimento da relação institucional com a sociedade. Em seus termos: “Refere-se à adoção de estratégias de comunicação e de

Assim, a regra geral deve ser a publicidade dos documentos que instruíram o procedimento extrajudicial, com exceções a serem determinadas conforme circunstâncias concretas. Caso haja algum documento cuja divulgação possa ser excepcionalmente danosa, é preciso que o prejuízo seja objetivamente demonstrado pelo interessado⁶².

A própria Lei Federal nº 12.527/2011, em seu art. 5º, determina ser dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, de modo claro e em linguagem fácil⁶³. Na mesma linha, o art. 6º, inciso I, da mesma lei, afirma caber aos órgãos e entidades do Poder Público assegurar a gestão transparente, com amplo acesso e divulgação⁶⁴. Esta parece ser a tônica do ordenamento jurídico brasileiro.

4.5 Adoção de institutos típicos de *compliance*.

Com o aumento da publicidade dos casos de corrupção, sucessivas são as alterações legislativas com o objetivo não só de endurecer as sanções aplicadas aos crimes desta seara, como também de prevenir a ocorrência da criminalidade no bojo da Administração Pública e grandes corporações. O desvio de verbas públicas e burlas aos procedimentos licitatórios são dois grandes causadores de litígios estruturais estatais, eis que a alocação financeira prevista nas leis orçamentárias, muitas vezes, sofre grave comprometimento, prejudicando a prestação de serviços públicos essenciais.

Os programas de integridade, também conhecidos como *compliance*, fundamentam-se no combate a uma cultura organizacional criminógena, com aplicação tanto no âmbito privado como em entidades públicas, e até mesmo no Ministério Público, conforme expôs Artur Gueiros⁶⁵.

procedimentos objetivos, ágeis e em linguagem de fácil compreensão, visando à transparência e ao fortalecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora dos direitos. Abrange a atuação interinstitucional integrada e sistêmica, com iniciativas pela solução de problemas públicos que envolvam instituições do Estado e da sociedade civil”.

⁶² BECHAMPS, Anne-Therese. Sealed Out-of Court Settlements: When Does the Public Have a Right to Know. *Notre Dame Law Review*, 1990, p. 124, 127.

⁶³ Art. 5º, Lei Federal nº 12.527/2011. É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

⁶⁴ Art. 6º, Lei Federal nº 12.527/2011. Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação.

⁶⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O compliance no Ministério Público. In: *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, Vol.1, N.04, 2022, p. 18-43.

Entretanto, a adoção de mecanismos e procedimentos de integridade não deve ficar restrita à organização interna de instituições, podendo - e devendo - ter aplicação em negociações de questões estruturais, como nos termos de ajustamento de conduta. Nessa linha, a Lei de Improbidade Administrativa, com inclusão promovida pela Lei nº 14.2307/2021, prevê a sua utilização em acordos de não persecução cível, cabendo interpretação que amplie o escopo de incidência da citada norma às demais formas compositivas de resolução de litígios⁶⁶.

Para tanto, podem ser exportados alguns dos parâmetros salientados pelo Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em recomendação sobre integridade pública⁶⁷, como o estabelecimento de responsabilidades entre os participantes, com mecanismos de fiscalização e imposição de sanções claras e proporcionais em caso de descumprimento.

Outras opções com aplicabilidade em TAC: a) desenvolvimento de *benchmarks* e indicadores de dados sobre a execução do acordo; b) treinamento e orientação para conscientização dos envolvidos sobre aspectos relacionais ao litígio; c) mecanismo de avaliação de riscos para a integridade, com previsão expressa sobre os problemas vislumbrados, em ordem de prioridade e/ou impacto; d) procedimentos claros e acessíveis para acionamento em caso de violações, como ouvidorias e canais de comunicação; e) obrigatoriedade de criação ou melhoramento de programa de integridade dentro da organização envolvida; f) revisões periódicas sobre as cláusulas pactuadas; g) descrição de objetivos vinculada a prazos, metas e responsáveis.

4.6 Termos de ajustamento de conduta parciais.

Não há impedimento no ordenamento jurídico no que tange à celebração de TAC abarcando parcialmente o objeto de litígio.

Havendo consenso sobre questão que possivelmente auxilie na resolução do caso estrutural, ainda que não em sua integralidade, deve-se prestigiar comportamentos cooperativos e conciliatórios, adiantando-se à atividade jurisdicional de certificação e saneamento, a exemplo

⁶⁶ Art. 17-B. § 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

da identificação antecipada identificação dos membros do grupo atingido, a produção de prova em contraditório para utilização em eventual Ação Civil Pública e a delimitação de questões fáticas ou jurídicas.

Hipoteticamente, suponha-se a existência de procedimento administrativo que se propõe a avaliar a qualidade nutricional da merenda escolar que está sendo fornecida por um determinado Município. Concluindo-se, ao longo da instrução, que o problema não reside no cardápio, mas na aparelhagem disponibilizada para conservação do alimento, muda-se o foco de resolução: identificado que a rede pública do não possui geladeiras suficientes para manutenção dos alimentos, elimina-se a linha investigatória relacionada ao menu oferecido. Assim, independentemente de ser alcançado acordo quanto à quantidade de eletrodomésticos, é passível de negociação a delimitação do objeto a ser discutido em futura demanda judicial.

Neste sentido, o MPBA consignou categoricamente sobre a possibilidade de compromisso de ajustamento de conduta parcial⁶⁸:

Art. 62. O compromisso de ajustamento de conduta e o acordo de não persecução cível poderão prever obrigações de natureza provisória ou definitiva e abranger total ou parcialmente o objeto da investigação.

§ 3º Não sendo celebrado compromisso de ajustamento de conduta ou acordo de não persecução cível, ou sendo firmado apenas de modo parcial, implicando a necessidade de ajuizamento de ação civil pública, poderá ser firmado negócio jurídico pré-processual sobre temas de consenso, adiantando-se à atividade jurisdicional de certificação e saneamento, contendo cláusulas, por exemplo, sobre:

I – identificação dos grupos envolvidos no litígio;

II – validade e aproveitamento de provas produzidas em contraditório durante o procedimento extrajudicial;

III – delimitação das questões fáticas e/ou jurídicas litigiosas;

IV – outras que se revelem pertinentes ao caso e não sejam defesas em lei.

5. Conclusão

A vedação em abstrato de negociações concessivas relacionadas a “direitos indisponíveis” desprotege mais do que tutela os bens jurídicos envolvidos, restringindo soluções para problemas eventualmente complexos com base em conceito em aberto. De igual modo, considerando o atual estágio do sistema jurisdicional nacional, especialmente o

⁶⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Resolução nº 11/2022. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/orgaos-colegiados/orgao-especial/resolucoes/2022/publicacao_resolucao_n.11_de_2022.pdf. Acesso: 30/08/2022.

congestionamento de demandas e a quantidade de varas únicas, ainda sofrendo com problemas relacionados à interiorização da justiça, não é adequado impor obrigatoriamente os acordos firmados pelos legitimados coletivos à adjudicação estatal.

Neste contexto, os procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos, aqui dando-se destaque ao Ministério Público, são ferramentas imprescindíveis na pacificação de litígios estruturais, seja pela intrínseca flexibilização procedimental, seja pelo ambiente mais “amigável” aos interessados. Isso não importa na negativa de judicialização: a Ação Civil Pública continua com a sua importância e a possibilidade de levar ao Poder Judiciário os conflitos não é negada.

O que se defende, em verdade, é o sistema extrajudicial como procedimento adequado à condução de litígios estruturais e a desnecessidade de envolvimento obrigatório do aparato estatal, economizando, além de tudo, verbas públicas e recursos humanos já escassos.

Fortalecer e aparelhar o sistema extrajudicial de resolução de conflitos do Ministério Público, não deixando de lado a atuação sancionatória, mas trazendo outras ferramentas à atividade do Ministério Público, é, em última análise, concretizar os anseios do legislador constituinte no desempenho de suas funções essenciais à Justiça.

6. Referências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BAKER, Tim A. Sizing Up Settlement: How Much Do The Merits of a Dispute Really Matter? Harvard Negotiation Law Review, vol. 24:253, 2019.

BARKAI, John; KENT, Elizabeth; MARTIN, Pamela. A Profile of Settlement. In: Court Review: The Journal of the American Judges Association, v. 42, issue 3-4, 2006.

BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como processo coletivo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

BECHAMPS, Anne-Therese. Sealed Out-of-Court Settlements: When Does the Public Have a Right to Know. *Notre Dame Law Review*, 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4441/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261966>. Acesso: 30/08/2022.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2020: ano base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 76/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1170614202009255f6e23862be32.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 466/2022. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/203094/2022_res0466_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso: 30/08/2022.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 462/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1957532022060862a0ff41cae4d.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 349/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original131706202010285f996f527203d.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 325/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. Ministério Público: Um Retrato: ano base 2018. Brasília: CNMP, 2019.

_____. Conselho Nacional Do Ministério Público. Ministério Público: Um Retrato: ano base 2019. Brasília: CNMP, 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 54/2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179/2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo Penal. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Juliana Frei; AZEVEDO, Júlio Camargo de. O renascimento do parto: a reestruturação da política de assistência à saúde da gestante em São José dos Campos – SP. Anais do X Congresso da ABraSD: resumos expandidos. 55 anos de ensino da Sociologia Jurídica no Brasil, Recife, 2019.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, vol. 01, 2015, _____; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, vol. 303, 2020, p. 45-81. Versão digital.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia blockchain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a Lei de Liberdade Econômica. In: Inteligência Artificial e Direito Processual. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 359-380.

GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

IBGE. Diretoria de Pesquisas - DPE - Coordenação de População e Indicadores Sociais - COPIS. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=resultados>. Acesso: 28/09/2020.

ISSACHAROFF, Samuel; KLONOFF, Robert H. The Public Value of Settlement. *Fordham Law Review*, vol. 78, issue 3, 2009.

LEDERMAN, Leandra. Precedent Lost: Why Encourage Settlement, and Why Permit Non-Party Involvement in Settlements. *Notre Dame Law Review*, vol. 221, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público¹. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Resolução nº 11/2022. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/orgaos-colegiados/orgao-especial/resolucoes/2022/publicacao_resolucao_n.11_de_2022.pdf. Acesso: 30/08/2022.

PINTO, Élica Graziane. Prioridade alocativo da educação no ciclo orçamentário e controle do cumprimento de metas e estratégias do Plano Nacional de Educação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso: 30/08/2022.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais no Processo Penal. Trabalho de conclusão de curso. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/2015. In: *Novas perspectivas do Direito Público: em*

homenagem à professora Maria Auxiliadora, CUNHA JR, Dirley da; BORGES, Lázaro; PACHECO, Rodrigo (Org.), Salvador: Editora Paginae, 2018, p. 329-358.

_____. Fundamentos de aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos ao Direito Processual Penal. In: Revista de Processo, vol. 291, São Paulo: Editora RT, 2019, p. 43-59.

_____; LAMÊGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SENTO-SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. In: Revista de Processo, vol. 278, São Paulo: Editora RT, 2018, p. 263-295.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O compliance no Ministério Público. In: *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, Vol.1, N.04, 2022, p. 18-43.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, vol. 251, 2016.

VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

ZANETI JR, Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? In: *Civil Procedure Review*. Salvador: Editora Juspodivm, v. 10, nº 02, 2019.

O uso da prova produzida na investigação interna das pessoas jurídicas em casos corrupção e a (in)exigência da observância dos standards probatórios e da cadeia de custódia da prova

The use of proof produced in the internal investigation of legal entities in corruption cases and the (in)requirement for the observance of probative standards and the evidence chain of custody

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo: Trata-se de artigo que tem por finalidade discorrer sobre a (in)exigência da observância das regras investigativas oficiais do estado pelas empresas na condução da investigação interna, conferindo enfoque à cadeia de custódia da prova e a discussão sobre os *standards* probatórios, como estabelecimento de critérios aptos a verificar o controle de racionalidade do conteúdo decisório sobre a produção da prova e seu sopesamento. Nesse sentido, buscou-se, através do uso do método dialético, com abordagem qualitativa de revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, tratar da importância das políticas de *compliance* para a prevenção e repressão da corrupção e mesmo do suborno transnacional para, em seguida, tratar especificamente das investigações internas na pessoa jurídica, as provas que podem ser produzidas e seus eventuais limites para, por fim, analisar a cadeia de custódia da prova e os *standards* probatórios.

¹ Pós doutoranda em Criminal Compliance pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), linha de pesquisa "Cidadania, Estado e Globalização" (2020). Pós doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona-ES (2016). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, linha de pesquisa "Direito Penal e Constituição" (2015). Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, linha de pesquisa "Direito Penal Garantidor" (2009). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2007). Pós-graduada em Criminologia (2019). Curso de "Alta formación en Derecho Penal" (2019). Curso de extensão em Direito Penal Internacional (2018). Professora do Mestrado e Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania da UCSAL. Professora do Mestrado em Direito da UCSAL. Membro do comitê de ética da UCSAL. Líder do Grupo de Pesquisa "Criminologia Crítica na América Latina: punitivismo, políticas sociais equivocadas e as violações aos Direitos Humanos" na UCSAL. Professora da Pós-graduação *lato sensu* e na graduação da UCSAL. Advogada-sócia do Escritório Thomas Bacellar Advogados Associados. Membro fundador do Instituto Compliance Bahia (ICBAHIA). Membro do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araújo Jr (CPJM). Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro da ABRACRIM. Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Bahia.

Palavras-chave: compliance; investigação interna; cadeia de custódia da prova; *standard* probatório.

Abstract: This article aims to discuss the (un)requirement of compliance with official state investigative rules by companies in conducting internal investigations, focusing on evidence chain of custody and the discussion on proof standards, as the establishment of criteria capable of verifying the control of decision content's rationality on the evidence production and its balance. In this sense, it was sought, through the use of the dialectical method, with a qualitative approach of bibliographic, jurisprudential and legislative review, to address the importance of compliance policies for the prevention and repression of corruption and even transnational bribery, to then address specifically of internal investigations in the legal entity, the evidence that can be produced and its possible limits to, finally, analyze the evidence chain of custody and the proof standards.

Keywords: compliance; internal investigation; chain of custody of the evidence; proof standard

1. Introdução

O presente artigo repousa sob a seguinte pergunta problematizante: a prova colhida na investigação interna da pessoa jurídica deverá observar a cadeia de custódia da prova e os *standards* probatórios mínimos à preservação das garantias fundamentais do investigado?

Sem pretender esgotar o assunto, a pesquisa objetivou apresentar reflexões acerca da evolução das legislações internacionais para a prevenção e repressão à corrupção, destacando a importância da dos programas de conformidade e a necessária mudança cultural para se ter, de fato, uma redução nos casos de suborno, tanto internamente, quanto internacionalmente.

Não obstante, no aspecto repressivo das políticas de *compliance*, questiona-se se os deveres erigidos ao estado oficial devem ser transmitidos à investigação interna da pessoa jurídica, a dizer: estaria a equipe responsável pela investigação empresarial obrigada a observar a cadeia de custódia da prova e ao estabelecimento de *standards* para garantir o controle de racionalidade e legitimidade das decisões quanto à produção das provas e seu sopesamento? Ou se trataria apenas de um dever estatal? E quais as consequências diante do seu descumprimento?

Para tanto, utilizou-se do método dialético, e através de uma abordagem qualitativa do uso de revisão de literatura, análise jurisprudencial e dispositivos legais, buscou-se no primeiro capítulo partir de uma análise geral acerca da evolução legislativa internacional e nacional sobre o combate à corrupção e o surgimento de mecanismos preventivos para, no segundo capítulo, tratar especificamente da investigação interna da pessoa jurídica. No tópico seguinte, apresenta-se a discussão acerca dos *standards* probatórios e a cadeia de custódia da prova para, então, responder à questão problematizante.

2. Corrupção e a evolução histórica das legislações repressivas e preventivas

É sabido que a corrupção é um dos maiores males que assola a sociedade contemporânea, malgrado se reconheça que não se trata de um problema novo, mas que, de fato, encontra no momento atual enorme relevância, sobretudo nos países latino-americanos. Os crescentes escândalos envolvendo casos de corrupção, sobretudo na esfera pública, reacendem a discussão acerca das consequências da corrupção para o país e para a comunidade internacional.

Com efeito, a palavra corrupção vem do latim *corruptio, onis* (DICIO, 2022) que consiste em deterioração, putrefação. É justamente este o efeito provocado pela prática de atos corruptos: estragar, apodrecer aquilo que toca como o efeito de uma erva daninha.

Quando o interesse privado se sobrepõe ao interesse público e um representante do povo pratica atos que violam seu dever funcional, objetivando auferir vantagens econômicas pessoais em detrimento do bem estar público, se está diante de práticas corruptas que provocam consequências em toda a nação.

Todavia, a corrupção não se restringe apenas a esfera pública, tampouco ao âmbito interno de um país.

O fenômeno da globalização propiciou o incremento e a facilitação na troca de informações, serviços, bens e ditames culturais entre as mais diferentes nações. O compartilhamento das descobertas científicas e tecnológicas, aliado ao crescimento dos meios de comunicação ocasionaram a expansão do conhecimento e a formação de sociedades cada vez mais plurais, bem como a transformações de nações em blocos regionais, notadamente com a intenção primária de fortalecer as relações comerciais, desaguando na formação de identidades supranacionais (Cf. BAQUEIRO, 2018, p. 13-38).

Quando nos deparamos com o fortalecimento dos mercados, a fluidez da troca de informações, bens e serviços, visualizamos também a redução das barreiras entre as nações, o que propicia, de outro lado, o aumento da criminalidade transnacional. A corrupção, fenômeno até então quase que limitado ao âmbito interno dos países, espalha-se em velocidade entre as nações, quer através da corrupção perpetrada por autoridades de distintas nações, quer por meio do suborno transnacional, envolvendo empresas particulares e autoridades estrangeiras de diferentes pátrias. A convenção Interamericana contra a Corrupção define o crime de suborno transnacional:

Pode-se conceituar suborno transnacional como o oferecimento ou outorga, por parte de cidadãos, pessoas que tenham residência habitual e empresas domiciliadas em determinado território, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca de ação ou omissão por esse funcionário no exercício de suas funções públicas, relacionada com uma transação de natureza econômica ou comercial (Art. VIII do Decreto nº. 4.410, de 07 de outubro de 2002).

Um dos marcos históricos acerca da mudança de percepção do combate à corrupção é observado a partir do *Crack* da Bolsa de Nova York em 1929: após o evento, os EUA observaram a atuação das pessoas jurídicas internas, surgindo as agências de regulação de condutas (SHECAIRA; ANDRADE, 2011). Podemos citar ainda como o outro episódio histórico o pós Segunda Guerra Mundial, em que a atuação dos dirigentes e das empresas muda de foco, do âmbito interno para a escala internacional.

Neste sentido, exsurge a *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* em 1977 nos Estados Unidos, exigindo a transparência contábil das empresas, passando a observar a Lei de Valores Mobiliários de 1934, bem como a adoção de práticas antissuborno internacionais. Referiam-se, por conseguinte, às proibições de que funcionários, sócios e gestores das pessoas jurídicas subornassem funcionários estrangeiros para obter vantagens em negócios a serem firmados em outros países. *A priori*, o público alvo são os cidadãos norte-americanos e estrangeiros que emitam valores mobiliários (USA, 1977).

O *FCPA* estipula em seu bojo a aplicação de sanções cíveis, administrativas e criminais aos indivíduos que praticam o suborno transnacional; todavia, tal compreensão até meados de 1997, ficava quase que restrita aos EUA, como destaca Daniel Torrey (2012), citando o Código

Tributário Francês que previa o pagamento a funcionários estrangeiros como uma conduta normal¹.

É justamente com a atuação da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – e consequente a ratificação e entrada em vigor da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais que tal concepção é alterada no cenário internacional.

O Brasil, por seu turno, ratifica a Convenção em 2000, promovendo modificações no código penal e na antiga lei de lavagem de capitais. As alterações, entretanto, restam insuficientes, pois cuidam tão somente do âmbito repressivo do problema, sequer mencionando a latente necessidade de prevenção das práticas corruptivas². O Brasil, ao não dispor da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes de corrupção, termina por não apresentar maiores avanços no combate a corrupção, de acordo com a OCDE. Lecionam Samantha Meyer-Pflug e Vítor de Oliveira:

A OCDE conclui que o Brasil não tomou as medidas necessárias e eficazes para determinar as responsabilidades de pessoas jurídicas nos esquemas de pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros e deveria criar leis que fossem aplicadas nesses casos.

Alega a OCDE, recentemente, “que o atual regime estatutário sobre as obrigações de pessoas jurídicas é inconsistente e, como consequência, as empresas não são punidas no Brasil por suborno internacional.”

Ainda, segundo o relatório, dois casos “potenciais” de pagamento de propinas envolvendo empresas brasileiras teriam sido identificados pela entidade durante a visita de cinco dias feita pela equipe da OCDE ao Brasil nos meses de maio e junho de 2007. (MEYER-PFLUG; OLIVEIRA, 2009. P. 190).

Não obstante, neste mesmo relatório emitido pela OCDE já se indica os severos riscos que as empresa brasileiras traziam para a comunidade internacional quanto ao envolvimento com o suborno transnacional, indicando como exemplo concreto as irregularidades praticadas no programa “Petróleo por Comida” da ONU. *In casu*, o governo iraniano trocava petróleo por comida (MEYER-PFLUG; OLIVEIRA, 2009. P. 190).

Retomando análise dos diplomas internacionais, destacamos a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA de 1996 e promulgada pelo Decreto 4410/2002 (BRASIL, 2002). Destaca-se o artigo VIII que versa especificamente sobre o suborno

¹ Somente depois o artigo 39-2 *bis* do Código Penal Francês passou a prever tal conduta como criminosa (TORREY, 2012).

² Que só foram adotadas posteriormente com a edição da Lei 12.846/2013.

transnacional e o artigo IX o enriquecimento ilícito. Convém salientar que até o momento não houve alteração legislativa no Brasil para criminalizar o enriquecimento ilícito. Saliente-se que tal conduta também se encontra reprimida na Convenção da OCDE retro analisada.

Convém ainda pôr em relevo, no âmbito internacional, a Convenção de Mérida (BRASIL, 2006) e o *Bribery Act* (UK, 2010) que fundamentaram a lei anticorrupção (BRASIL, 2013). O primeiro diploma passou a produzir efeitos no Brasil em 2006, através do Decreto n° 5687, promulgando a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 (BRASIL, 2006).

Mais uma vez constata-se a presença de medidas preventivas neste diploma internacional. Busca-se evitar que as pessoas jurídicas de direito público e privado se envolvam em casos de corrupção e, no âmbito internacional, no suborno transnacional. Como inovação, temos, pela primeira vez, a disposição de instrumentos legais para repatriação de ativos obtidos oriundos de atos de corrupção. (MEYER-PFLUG; OLIVEIRA, 2009. P. 193).

A Convenção de Mérida traz ainda, de forma pormenorizada, se comparada com s convenções anteriores, as práticas preventivas da corrupção, nos artigos 7° e 8°. Estabelece regras para a contratação e gestão dos funcionários públicos e a exigência da adoção de um código de conduta; nos artigos 12 e 13 as mesmas preocupações para o setor privado (BRASIL, 2006).

Há de se citar, ainda, o *UK Bribery Act* (U.K., 2010) que, em 2010, recebeu o *Royal Assent*, última etapa para sua promulgação, passando a produzir efeitos plenos, regulamentando as ações das empresas nacionais que atuam não apenas no Reino Unido, mas em toda a União Europeia e vice-versa. Dessa forma, qualquer empresa internacional que deseje estabelecer relações no Reino Unido ou com suas empresas, deverá observar o *Bribery Act*.

Na legislação nacional, tem-se a repressão à corrupção em si no Código Penal, nos artigos 317³ e 333⁴; entretanto, com as influências dos diplomas internacionais, houve a edição

³ **Corrupção passiva** Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) § 1° - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2° - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

⁴ **Corrupção ativa** Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

da Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013 – pondo em relevo a adoção de mecanismos preventivos⁵, objetivando obedecer a regulamentos internos e externos para evitar a prática de condutas irregulares, notadamente a corrupção.

Especificamente quanto ao suborno transnacional, tem-se os tipos penais corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B⁶) e o tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C⁷), bem como a norma penal não incriminadora explicativa que define quem é funcionário público estrangeiro (art. 337-D⁸), todos acrescidos ao código penal pela Lei nº 10.467/2002.

Percebe-se, pois, a tendência internacional, abraçada pelo Brasil, de se implementar políticas internas nas pessoas jurídicas a fim de evitar a ocorrência de casos de corrupção.

3. A investigação interna nas políticas de *compliance*

No primeiro capítulo deste artigo, destacou-se a importância da repressão da corrupção e mesmo do suborno transnacional e a necessidade premente da comunidade internacional em reduzir tais práticas nocivas.

⁵ Em verdade os mecanismos preventivos já estavam previstos no ordenamento jurídico pátrio desde a antiga Lei Antitruste – Lei 8.889/94 -, a redação originária da Lei de Lavagem de Capitais – Lei nº 9613/98 – e mesmo a Resolução nº 4327/2014.

⁶ **Corrupção ativa em transação comercial internacional** Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

⁷ **Tráfico de influência em transação comercial internacional** (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

⁸ **Funcionário público estrangeiro** (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais. (Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002)

Curial se torna a garantia de uma investigação legítima para que haja a correta persecução penal em tais delitos. O esforço da comunidade internacional deve existir nesse sentido, promovendo-se alterações substanciais na política criminal, como salienta Adán Nieto:

En el terreno del Derecho positivo, la internacionalización de la política anticorrupción se manifiesta en la ampliación del concepto de funcionario público, que paulatinamente ha ido asimilando a los funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales a los funcionarios nacionales, en la mejora de la cooperación y la extensión de la competencia de las jurisdicciones nacionales y en la aparición del delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. De todo ello, con mayor detenimiento, vamos a ocuparnos en el próximo epígrafe. (NIETO, 2018, p. 419)

Tem-se, portanto, a adoção de medidas legais – elaboração de tipos penais e o alargamento da definição de funcionário público para fins penais – e a convocação de cooperação jurídica internacional mais fluida e eficaz entre os países.

Não obstante, a cultura da *compliance*⁹⁻¹⁰ passou a ganhar contornos mais incisivos, sobretudo após a globalização dos mercados. Com a facilitação da circulação de pessoas e coisas, bem como a troca de informações, em particular a partir do incremento dos meios de comunicação, os grandes conglomerados foram surgindo e ampliando suas áreas de atuação, com a formação de empresas binacionais e as grandes multinacionais. É comum uma pessoa

⁹ Como sabido, *compliance* vem do verbo em inglês “to comply” que corresponde a atuar em conformidade, em acordo com as leis e regras existentes; é cumprir, obedecer regulamentos internos e externos. São as boas práticas exigíveis não apenas no mercado, mas na vida em sociedade como um todo. Acerca da dificuldade em encontrar um correspondente linguístico nos países fora da tradição *common law*, Artur Gueiros leciona: “No Brasil, quando se quer contornar o anglicismo, utiliza-se, em geral, as expressões (1) cumprimento; (2) conformidade ou (3) integridade”. Destaca o autor que a expressão “integridade” é a que encontra maior preferência na doutrina e é, justamente, a adotada pelo legislador (como previsto na Lei nº 12.846/2013, herança galicista, haja vista as leis francesas sobre as quais a lei brasileira se baseou). Entretanto, salienta Artur Gueiros que a palavra “integridade” possui indevida origem preconceituosa, por ter origem na palavra latina “integritas”, que é a qualidade de ser inteiro; ademais, no sentido figurado, tem-se que o sujeito íntegro é o juiz reto, incorrupto, e ainda, citando Umberto Eco, na época da Idade Média, referia-se a quem não possuía um determinado padrão fisionômico desejado, um certo padrão de beleza. Dessa forma, em contraposição, quem não era “íntegro” era considerado o inimigo a ser perseguido e punido. Por tal razão, assevera Artur Gueiros que a melhor expressão seria “conformidade”. (GUEIROS, 2021, p. 73-75)

¹⁰ Segundo Jorge Alexander González, ao analisar a definição de *compliance* em paralelo a noção de atuar em cumprimento das normas legais, assevera: “Tiende a confundirse en España los conceptos de *compliance* y de cumplimiento normativo. Sin entrar ahora en disquisiciones sobre el alcance de un concepto u otro, y con el objeto de entender mejor las siguientes líneas, cabe señalar que el *compliance* es ‘algo más’ que el cumplimiento normativo. Es, en realidad, el sometimiento a aquellas normas de origen legislativo, pero también a aquellas otras autoimpuestas, derivadas de unos estándares superiores a los exigidos por la ley. Frente al concepto clásico de Derecho positivo (*hard law*), se añade el cumplimiento ético, la responsabilidad social corporativa, etc. (*soft law*)” (GONZÁLEZ, 2015).

jurídica ter a sede em mais de um país ou a sede em uma nação e as filiais em diversos Estados soberanos distintos, com diferentes culturas, mercados e regras.

O crescimento do mercado e a supressão contínua de barreiras ocasionaram por outro lado uma maior facilidade na prática de condutas ilícitas nos âmbitos civil, administrativo e criminal. Trata-se dos efeitos indesejados da globalização.

Diante da notícia da prática de uma conduta antiética e ilegal, deverá ser instaurado procedimento interno de investigação na pessoa jurídica¹¹ e possível julgamento por seu comitê de *compliance*¹². Com efeito, cada vez mais se compreende que o dever de lutar contra as fraudes e a corrupção deve ser partilhado por toda a sociedade, exigindo-se que as empresas utilizem ferramentas para prevenir a ocorrência de ilicitudes e mesmo sejam responsáveis pelas práticas ilegais de seus colaboradores. A corrupção é um fenômeno que afeta toda a comunidade e deve existir um esforço conjunto para evitá-la, como pontua Percy García Caveró:

En la actualidad, resulta cada vez más nítida la obligación que recae sobre las empresas de contribuir a la lucha contra la corrupción mediante la adopción de mecanismos internos dirigidos a prevenir o, en todo caso, detectar las conductas de sus miembros individuales o de terceros vinculados dirigidas a corromper a funcionarios públicos. El surgimiento de esta obligación es producto de la conjunción de varios factores de distinta procedencia, a saber: i) el consenso internacional sobre la necesidad de reprimir los actos de corrupción de funcionarios públicos realizados por las empresas, al ser un factor de grave distorsión de la competencia en mercados globalizados o unificados; ii) el principio del buen gobierno corporativo de las empresas consistente en controlar sus riesgos de infracción legal por medio de la adopción de programas de cumplimiento normativo; y iii) la tendencia legislativa de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en países deudores del sistema continental europeo sobre la base de una defectuosa organización expresada en la ausencia de un programa de cumplimiento normativo idóneo (CAVERO, 2016, p. 221-222).

¹¹ O que se denomina momento “repressivo” das políticas de *compliance*., pois, embora o objetivo seja prevenir a ocorrência de ilícitos, uma vez perpetrados, também faz parte do atuar em conformidade a detecção, apuração e possível aplicação de sanção interna para reprimir a conduta irregular.

¹² Denominação que deverá estar estipulada no Código de Ética da empresa. Com efeito, o órgão julgador das infrações devidamente apuradas na investigação interna poderá ser denominado “Comitê de *compliance*” ou “Comitê de ética” ou “Comissão julgadora”, dentre outras possibilidades. Wagner Giovanini, por exemplo, trata da “banca julgadora” (GIOVANINI, p. 267-268). O escritório Garrastazu fala em “Comitê de *Compliance*” (GARRASTAZU, 2021).. No âmbito público, a CBIC – Câmara Brasileira de Indústria da Construção – destaca a “comissão de servidores” que será designada a partir da instauração do procedimento administrativo de responsabilização por parte da autoridade máxima do órgão público (Cf. CBIC, 2016, p. 35-36)

É, justamente, a autorregulação regulada¹³, ou seja, a autoimposição voluntária de normas de conduta pelas corporações, o compartilhamento de responsabilidades pela evitação de ilícitos e sua repressão entre o Estado e o particular, o que também é considerado como “privatização” da fiscalização e punição. Decerto, estar em conformidade exige um esforço de todos os setores sociais e não poderia ser diferente no âmbito corporativo, local onde as maiores irregularidades são perpetradas, juntamente com os órgãos públicos. É um direito e um dever de todos zelar pelo cumprimento das regras.

Ocorre que, os cuidados na condução das investigações¹⁴ e produção de provas no ambiente interno da pessoa jurídica deve ser redobrado, a fim de se garantir a lisura na sua elaboração e eventual aproveitamento em procedimentos e apuração preliminares oficiais do estado ou mesmo em ações penais que envolvam outros países.

Quanto a necessidade de observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado, Artur Gueiros e Matheus Cunha salientam que a apuração interna deve pautar-se nos direitos fundamentais do investigado, notadamente a intimidade e a garantia contra a autoincriminação, sob pena de se ter consequências negativas para a pessoa jurídica, pois poderá ocasionar a propositura de ações de indenização contra a empresa, a nulidade do ato disciplinar e, em especial, a declaração da nulidade da prova, o que termina por fulminar a ideia da cooperação / colaboração entre o ente particular e o público (própria noção de autorregulação regulada). O limite, portanto, das investigações, é necessariamente os direitos dos trabalhadores. (GUEIROS; CUNHA. 2022, p. 57-69).

Conforme *ex vi*, a equipe responsável pela condução da investigação interna na pessoa jurídica deverá observar a previsão legal quanto à cadeia de custódia da prova, a fim de não quebra-la, e mesmo a necessidade de justificação na escolha, produção e valoração das provas, o que irá impactar no próprio julgamento do caso concreto e exigirá, sobretudo, da comissão julgadora a fundamentação concreta das opções probatórias, indicando em que medida os elementos confirmam ou afastam as hipóteses que surgem dos fatos e das regras jurídicas, e

¹³ Para aprofundamento da discussão recomenda-se a leitura do artigo “Investigações internas e a privatização do processo penal sob a ótica da autorregulação regulada” de Ciro Costa Chagas, na obra coletiva Estudos de *Compliance Criminal*. (Cf. CHAGAS, 2020, p.204)

¹⁴ Para mais informações sobre o tema, conferir a obra coletiva “Criminalidade Econômica e Empresarial: Escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros” e o capítulo intitulado “Investigações internas Corporativas: justificativa, fundamentação e desafios para a (des)regulamentação” (Cf. CERQUEIRA; RAVAZZANO; COSTA, 2022, p. 1014-1042).

ainda em que medida estão refutadas todas as hipóteses defensivas possíveis (*standards probatórios*).

Com efeito, após verificar inicialmente que há indícios da prática de infração por um de seus colaboradores, notadamente penal (mas não apenas), instaura-se o procedimento investigativo interno, devendo ser traçado pela equipe responsável o *plaining memmo*, detalhando as etapas da investigação, além da identificação das partes e objeto do procedimento.

A investigação interna, via de regra, é realizada por um escritório especializado contratado pela pessoa jurídica. Não obstante, nada impede que a própria empresa destaque funcionários do seu quadro para a consecução da atividade – advogados da empresa, contadores, colaboradores do RH. Tal solução, entretanto, não é a mais recomendada, por dois motivos: o primeiro, por se tratar de sujeitos que serão parciais, ou seja, irão pender para proteger a pessoa jurídica, podendo, inclusive, não prosseguir da forma adequada com as investigações ao se deparar com algum membro do alto escalão do ente moral dentre os envolvidos.

Em segundo lugar, há ainda uma questão crucial para os advogados: o dever de sigilo na relação patrono/cliente. Ora, se o próprio causídico possui contrato com a pessoa jurídica, não poderá revelar às autoridades públicas eventuais descobertas oriundas do procedimento, ou mesmo se sentirá inibido em levar adiante a investigação também quando se tratar do sujeito que ocupa cargo na alta cúpula da empresa. Pode ainda, ao revelar aquilo que constatou no procedimento, violar o sigilo profissional, respondendo criminalmente¹⁵, além da punição pelo conselho de classe¹⁶.

Por tais razões, recomenda-se a contratação de equipe externa especializada, mas, independentemente da investigação ser conduzida por profissionais do corpo do empreendimento ou externo a este, há de se verificar se há algum interesse pessoal com as

¹⁵ **Violação do segredo profissional** Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984) Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.(BRASIL, 1941)

¹⁶ Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente. § 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional.(CFOAB, 2015).

partes envolvidas ou o objeto da investigação, para não se contaminar o procedimento, perdendo-se tempo e recursos com uma apuração que poderá ser anulada.

Insta salientar que a própria realização de investigações internas na pessoa jurídica pode impactar positivamente na eventual celebração de acordo de leniência com o estado ou mesmo na exclusão ou atenuação da responsabilidade penal dos sócios, gestores e mesmo do *compliance officer*. Ademais, pode-se constatar uma recuperação da imagem da empresa quando se demonstra que, diante de uma irregularidade, houve um esforço do ente moral em apurá-lo eventualmente punir o responsável, passando o recado para a sociedade de que a empresa não coaduna com práticas ilegais e antiéticas.

Destarte, a investigação cuidará da análise de documentos, vídeos, áudios, colheita de depoimento de testemunhas e pessoas diretamente afetadas pelo ilícito, bem como o interrogatório do suposto infrator.

Será instaurado o procedimento investigativo a partir de portaria interna, na qual constará a designação dos encarregados pela apuração, a delimitação do objeto da investigação, o(s) sujeito(s) a ser(em) investigado(s) e todas as provas que, *a priori*, serão coletadas (nada impede que no curso da investigação surjam novos elementos não previstos na portaria inaugural).

É crucial garantir-se o sigilo das investigações com relação à terceiras pessoas, para se resguardar a intimidade do suposto infrator, a hipotética vítima e mesmo da pessoa jurídica. Entretanto, tal sigilo não deve ser imposto ao investigado e seus advogados, sob pena de se violar o princípio corolário do Estado Democrático de Direito, qual seja, o contraditório e a ampla defesa, reconhecido internacionalmente no pacto de San José da Costa Rica, art. 8º item 2 alíneas *a*, *e* e *h* – além da previsão interna, como preceitua o artigo 5º inciso LV da Carta Magna, bem como a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o debate trazido por Isabelle Dianne Gbson Pereira (2021, p.189) quanto à necessária das empresas privadas observarem ou não as regras aplicáveis ao estado para a realização de investigações, há de se concordar com Lothar Kuhlen, segundo o qual não pode ser apurada a qualquer preço a responsabilidade do infrator dentro da pessoa jurídica, observando-se resguardar ao investigado proteção correspondente à conferida pelas instâncias oficiais do estado.

Dentre os elementos que podem ser coletadas na apuração da irregularidade dentro da empresa, tem-se a prova documental e mesmo o acesso à e-mails, mensagens de texto,

*WhatsApp*¹⁷, sendo que o Superior Tribunal de Justiça (2015)¹⁸ já decidiu que é direito do repartição pública em procedimento administrativo disciplinar acessar tais meios, ainda que sem autorização judicial, não configurando obtenção de prova ilícita, quando se trate de e-mail institucional e telefone corporativo, ou seja, que pertençam ao próprio órgão, cedidos ao colaborador apenas para fins de trabalho.

Para Daniel Ribeiro (2014) o mesmo entendimento deve ser aplicado às pessoas jurídicas de direito privado, desde explicitado para o sujeito que o uso de tais aparelhos e contas é restrito à atividade empresarial¹⁹. Não obstante, atas notariais devem ser lavradas para assegurar a veracidade das informações verificadas nos documentos acessados.

¹⁷ Há de se destacar a ressalva de Wagner Giovanini sobre a necessidade de informar ao colaborador que o e-mail e celular corporativos pertencem à empresa e podem ser acessados por ela, sendo exigido, para que não restem quaisquer dúvidas sobre a legalidade do acesso, que seja elaborado termo de informação e consentimento para o sujeito. (GIOVANINI, 2019, p. 262-263).

¹⁸ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. E-MAIL CORPORATIVO. FERRAMENTA DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE MONITORAMENTO E RASTREAMENTO. DIREITO À INTIMIDADE x DEVER-PODER DISCIPLINAR. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O recorrente alega que foi apurado, no IPM n. 40BPMI 013-14-06, que, no período compreendido entre 28 de dezembro de 2005 e 21 de outubro de 2006, ele teria tomado parte no gerenciamento de atividade comercial de pessoa jurídica; argumenta que tal apuração se deu através da colheita de informações no e-mail corporativo do recorrente. Sustenta a ocorrência de prescrição intercorrente da pretensão punitiva estatal e a ilicitude das provas que escoram o Conselho de Justificação, em razão de violação desautorizada dos e-mails do recorrente. [...] 4. **A quebra do sigilo de dados telemáticos também é vista como medida extrema, pois restritiva de direitos consagrados na Carta Magna (art. 5º, X e XII, CF/88; arts. 11 e 21 do Código Civil). Não obstante, a intimidade e a privacidade das pessoas, protegidas no que diz respeito aos dados já transmitidos, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os quais, embora formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva), podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais.** 5. **Não configura prova ilícita a obtenção de informações constantes de e-mail corporativo utilizado pelo servidor público, quando atinentes a aspectos não pessoais, mas de interesse da Administração Pública e da própria coletividade; sobretudo quando há expressa menção, nas disposições normativas acerca do seu uso, da sua destinação somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para fins de cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo.** Precedentes do TST. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. Michel Straub, pela parte Recorrente: R dos S B Pronunciamento oral do subprocurador-geral da república: Dr. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto Brasília, 15 de setembro de 2015(Data do Julgamento) Ministro Og Fernandes Presidente e Relator.(grifos adotados).

¹⁹ E-mail pessoal ou celular e *WhatsApp* pessoais, ainda que acessados no local de trabalho, permanecem resguardados pelo direito à intimidade, somente podendo serem acessados com ordem judicial.

Registre-se que o acesso a quaisquer documentos, assim como o envio de objetos para serem periciados e a tomada de depoimentos, e quaisquer outras provas, devem ser devidamente anotadas no inquérito interno da pessoa jurídica.

As provas periciais serão realizadas por *experts* na área objeto do elemento (fraude contábil, por exemplo, exigirá a análise de um contador, eventual lesão corporal de um médico). Entretanto, tudo deve ser devidamente documentado no memorando da investigação e assegurada a preservação da cadeia de custódia da prova, oportunizando ao investigado o acesso aos mesmos elementos. Pode-se, inclusive, fornecer o espelhamento do conteúdo dos HD's, *pen drives* e demais informações ao suspeito, como medida para preservar o indício e resguardar eventual mau uso da prova²⁰.

Os depoimentos a serem colhidos, por sua vez, deverão ser precedidos de assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido e autorização para gravação de áudio e/ou imagem pela testemunha, vítima e investigado, garantindo-se, no caso do interrogatório, que o indivíduo tenha acesso prévio aos elementos de prova já colhidos e que esteja acompanhado de advogado.

Na tomada dos depoimentos, a equipe deverá ser treinada para apenas elaborar perguntas relacionadas com o objeto da investigação e, notadamente, quando se referir à vítima, o ideal é que a fala seja colhida por psicólogo, pois, a depender do delito – casos de assédio moral ou sexual, por exemplo – pode-se ter um processo de revitimização ou mesmo as falsas memórias.

Quanto ao interrogatório do investigado, resguarda-se todos os direitos previstos a ele, como o direito ao acesso aos elementos de prova, de estar assistido por advogado e mesmo de exercer o direito ao silêncio, decorrente do princípio da garantia contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) O mencionado princípio possui alcance maior (QUEIROZ, 2017), pois abrange além da obrigatoriedade de ser avisado sobre a garantia de permanecer em silêncio, a possibilidade de responder parcialmente – apenas as perguntas da defesa, por exemplo, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HÍGIDO, 2021) – e mesmo deixar de responder aos questionamentos que compreenda lhe serem prejudiciais, ou em tom de ameaça, ou que conclua sejam aptas a leva-lo à confissão ou a delação. Resguarda-se ainda, se for

²⁰ Não obstante, a manipulação ou destruição intencional das coisas e pessoas acarretará responsabilização criminal pelos delitos de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342 CP) ou fraude processual (art. 347 CP) quando visem produzir prova em procedimento investigativo ou processo. Culposamente, há consequências no âmbito cível e administrativo.

colhido no Brasil o depoimento, o direito a não estar comprometido com a verdade, sem que isso possa imputar-lhe o crime de falso testemunho ou perjúrio.

Ao final da investigação, é elaborado relatório circunstanciado contendo todas as etapas investigativas e a indicação das folhas do inquérito privado em que as provas são localizadas, com a respectiva conclusão fundamentada da equipe investigativa.

4. A necessária observância da cadeia de custódia da prova e os *standards* probatórios mínimos na investigação interna dos programas de *compliance*

Partindo do pressuposto que as investigações internas devem cumprir com as exigências legais de qualquer outra investigação, preservando-se, portanto, os direitos fundamentais do investigado, passa-se a análise da exigência de verificação da racionalidade das decisões da equipe apuratória e do órgão julgador da empresa e mesmo da cadeia de custódia da prova.

Saliente-se que, malgrado tanto a observância da cadeia de custódia da prova quanto à exigência da observância dos *standards* de justificação e sopesamento das provas, se dirijam a atores estatais, por se compreender, como visto anteriormente, que as políticas de *compliance* consistem na divisão entre o estado e o particular da responsabilidade de evitar e, possivelmente, apurar e punir os fatos delitivos perpetrados pelos colaboradores da empresa – autorregulação regulada – sugere-se a adoção destes regramentos.

A inobservância de tais critérios pode ocasionar a perda de alto investimento (tanto de pessoal quanto financeiro) em investigações e julgamentos infrutíferos, passíveis de serem anulados através de processos judiciais (ações de indenização cíveis ou reclamações trabalhistas, por exemplo) ou imprestáveis para possíveis apurações de esquemas mais sofisticados, envolvendo grandes escândalos empresariais (que respinga na boa imagem e na identidade da pessoa jurídica).

Por outro lado, preservando-se a cadeia de custódia da prova, oportunizando-se o acesso e produção de provas pela defesa e garantindo-se o controle racional do conteúdo decisório, é possível utilizar plenamente a prova e as conclusões da comissão julgadora pelos órgãos oficiais dos estados, inclusive o compartilhamento de tais provas pelas autoridades centrais dos países, em se tratando de crime transacional.

4.1 *Standards* probatórios

Como bem asseverado por Caio Badaró (2021), historicamente os países de tradição da *civil law* não se dedicaram ao tema dos *standards* probatórios, tendo em vista a predominância do princípio do livre convencimento motivado, afastando a discussão sobre a prova legal ou prova tarifada. Diversamente, o sistema do *common law* dedicou-se a análise dos padrões mínimos de aferição da produção das decisões.

Entretanto, o que se observa é a tendência, cada vez maior, de se discutir os limites do convencimento do magistrado, buscando-se alcançar um mínimo de racionalidade do conteúdo decisório, evitando-se sentenças completamente dissociadas de qualquer critério fático e razoável e mesmo meramente confirmatórias de uma pré-compreensão.

A construção da figura heroica do magistrado, responsável pela gestão da prova e por relevar a verdade real, termina por conduzir, não raro, a decisões injustas, pois o mito da verdade real (COUTINHO, 2004) e da pureza do órgão julgador encerra uma compreensão de que o magistrado se encontra despido de qualquer pré-julgamento, esquecendo-se de sua possível contaminação prévia, seus pré-conceitos.

Não obstante, desconsiderar a humanidade do julgador e alçá-lo à condição de “super-homem” (BAQUEIRO, 2019. p. 420-422) apenas alimenta a possibilidade de maiores erros, principalmente quando se está diante de uma herança processual inquisitorial, como a brasileira.

A sempre importante advertência de Franco Cordero, acerca do primado da hipótese sobre os fatos e a edificação dos quadros mentais paranoicos, exsurge da constatação da atuação do juiz na busca pela verdade real, em que termina, muitas vezes, investigando, acusando e, posteriormente, julgando, em um acúmulo irracional de funções:

A solidão na qual trabalham os inquisidores, nunca expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, pode ser benéfica para o trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Vamos chamá-los de 'primazia da hipótese sobre os fatos': quem investiga segue um, às vezes de olhos fechados; nada garante mais fundamentado do que as alternativas possíveis, nem este mister estimula o cuidado autocrítico; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão e é ele quem iniciou, ele está apostando na 'sua' hipótese"²¹. (CORDERO, 1986, p. 51).

²¹ Tradução livre da autora. Original: *La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoici. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi.*

O magistrado, ao ter contato com a matéria antes da instrução processual, forma sua compreensão (de acordo com suas crenças, ideologias, experiências pessoais), buscando, posteriormente no processo penal os elementos probatórios aptos a confirmar aquela hipótese inicial.

Dessa forma, o estabelecimento de critérios mínimos de aferição da racionalidade da decisão e, especificamente, sobre a produção e valoração da prova, faz-se necessário.

Em virtude, portanto, da constatação do âmbito da discricionariedade do julgador que se deve estabelecer regras mínimas de qualidade decisional, buscando-se controlar a racionalidade destas, a fim de se evitar sentenças arbitrárias e violadoras aos direitos fundamentais.

Entretanto, como bem advertem Janaína Matida e Antônio Vieira, há de se ter cautela, tanto quanto à própria definição de *standard* probatório, quanto o seu próprio uso. Não raro, se verifica a mera citação da expressão “*standard*” como suficiente para dar garantia de fiabilidade da decisão, desconsiderando o caso concreto. (2019, p. 222).

Decerto, a busca pela prova além da dúvida razoável – *beyond the reasonable doubt* – pode conduzir a uma tentativa de se condenar quando se estaria diante de hipótese de absolvição diante da insuficiência de provas. O mero uso desse *standard* de forma automática, provoca a produção de decisões completamente subjetivas e arbitrárias, sem qualquer cuidado exigível do próprio critério, ocasionando um efeito “*anti-standard*”. Isso decorre da mera importação e aplicação descuidada da doutrina estadunidense, sem observar as peculiaridades do processo penal brasileiro (MATIDA; VIEIRA. 2019, [p. 223-224](#)).~~p. 223-224~~). Ao diferenciarem regra de *standard* asseveram:

Por sua vez, o *standard* representa um tipo de estratégia normativa diferente. Ao fazerem uso de termos vagos na formulação normativa, os arquitetos dos mais diversos sistemas jurídicos objetivam garantir espaço à discricionariedade dos aplicadores. A vagueza faz com que a área de incidência do *standard* tem a capacidade de ser mais sensível em cada caso em que sua aplicação seja posta em questão. Enquanto a regra pretende garantir determinado propósito descolando-se das considerações político-morais que lhe serviram de fundamento ao momento de sua formulação, o *standard* representa um convite permanente a reflexões sobre a realização do propósito que ele visa proteger. Não por outra razão, o *standard* “dirija prudentemente” pode excluir da punição o piloto de Fórmula 1 que no nosso exemplo conduzia a mais de 80 Km/h. Verificando a habilidade do piloto de conduzir com segurança mesmo em alta velocidade, o aplicador interpreta o caso individual como conforme ao *standard* e, por isso mesmo, livre de multa. Fica claro que o *standard* representa uma porta aberta ao exercício intelectual do aplicador sobre quais comportamentos, nos casos individuais, representam ameaça ao propósito que visa

proteger. O *standard* pretende ser uma estratégia mais justa para os casos concretos, pois sempre resguarda ao agente discricionabilidade para analisar o caso individual e suas especificidades tendo o propósito para o qual foi criado. Como desvantagem quando compara do à regra, dado que o *standard* pretende oferecer uma pluralidade de respostas a depender das especificidades dos casos individuais, é fonte de incertezas e imprevisibilidade de casos futuros. (MATIDA; VIEIRA. 2019, p.226-227).

Tem-se, por conseguinte, uma dupla preocupação: o estabelecimento de parâmetros mínimos para verificar a racionalidade da decisão judicial e a constatação efetiva da aplicação de tais critérios para fundamentar a decisão.

Colhendo as lições de Michele Taruffo (2005, p.435), aduz-se a necessidade de se ter, além do princípio da *motivação sobre o direito aplicado*, a observância do princípio da *motivação do juízo sobre os fatos*, em que, ao se verificar os fundamentos da sentença em momento posterior à sua prolação, seja possível analisar em que medida os fatos demonstram a tese jurídica que ampara o *decisum*. Ocorre que a constatação das razões do juiz somente é possível a partir daquilo que ele declara, pois não é possível saber ao certo os fundamentos psicológicos e lógicos que conduziram o julgador àquela conclusão.

Corre-se o risco de se manter os subjetivismos do conteúdo decisório:

La Concepción de la motivación como justificación racional del juicio, válida en línea general también por otras muchas razones, encuentra un apoyo particular en la exigencia de control que deriva de la discrecionalidad del juez en la utilización y en la valoración de las pruebas: así concebida, la motivación cumple precisamente la función de control de aquella discrecionalidad, obligando al juez a justificar sus propias elecciones y haciendo posible un juicio posterior sobre ellas, en el proceso y fuera del proceso.

Todo esto lleva a sostener que, cuando la motivación sobre los hechos es capaz de responder a la función que le es propia, ésta satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas.

El análisis de los principios generales no exime, sin embargo, de la constatación de que no es extraño, y la advertencia vale específicamente para el ordenamiento italiano, que la praxis de la motivación sobre los hechos está muy lejos del modelo ideal que está en la base de las consideraciones realizadas. Resulta fácil constatar, en realidad, que a menudo las motivaciones no contienen justificaciones adecuadas de la decisión sobre los hechos y no dan cuenta de los criterios que fundamentan la valoración de las pruebas: la motivación se reduce a menudo a afirmaciones genéricas, de las que no es posible extraer nada significativo acerca del razonamiento del juez. (TARUFFO, p. 436-437).

Esse risco é ainda incrementado quando se refere ao uso de provas atípicas e a valoração crítica da eficácia das provas, pois não repousam na motivação dos fatos. Os Tribunais, por sua

vez, também não conseguem compreender a motivação do juízo de piso, mantendo suas decisões, o que termina provocando uma “não-motivação” ao invés da “motivação” racional das decisões. (TARUFFO, p. 437)

Todavia, não se pode simplesmente afirmar que não se pode verificar e controlar a racionalidade da decisão exarada, repousando o poder decisório no subjetivismo do magistrado, denotando tal afirmação a manutenção de um círculo vicioso (TARUFFO. 2005, 437-438).

Quais critérios, então, seriam razoáveis para se construir um *standard* probatório apto à verificação e controle de sua racionalidade?

Em seu raciocínio, Beltrán (2007, p. 146) destaca que, *ab initio*, deve o julgador evitar vincular a prova às suas crenças, convicções ou dúvidas acerca dos fatos. O grau de corroboração entre uma hipótese não depende das crenças pessoais do julgador, senão das previsões verdadeiras que pode formular a partir das hipóteses e das dificuldades da verificação de tais previsões a partir do confronto com as hipóteses contrárias. Em seguida, pontua o autor que a formulação do *standard* tem que ser suficientemente precisa, possibilitando um controle intersubjetivo de sua aplicação. Esses seriam critérios técnicos. Adiciona ainda um requisito que pode ser interpretado como expressão de preferências políticas compartilhadas com a sociedade, qual seja, que a decisão deve dar preferência por erros negativos frente aos positivos para dar conta dos valores sociais garantistas. Dessa forma, deve preferir por um número de absolvições falsas em detrimento de uma condenação falsa.

Arremata, asseverando que para se considerar provada a hipótese da culpabilidade com a verificação concreta das seguintes condições: 1) As hipóteses devem ser capazes de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas; 2) Todas as demais hipóteses explicativas plausíveis dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do réu devem ter sido refutadas, excluindo meras hipóteses *ad hoc*. (BELTRÁN, 2007, p. 147).

Compreende Ferrer Beltrán (2007, p. 147-148) como hipóteses meramente *ad hoc* a alegação genérica da defesa de que qualquer prova contundente que surja contra seu constituído seja deliberadamente obra de um complô. Seria possível refutar a hipótese do complô²²? Ela é

²² Embora se reconheça a importância das críticas formuladas por Gustavo Badaró (2019, p. 257), acerca da impossibilidade de esgotamento por parte do julgador de todas as eventuais teses de defesa que possam existir no caso concreto, o que exigiria do magistrado sopesar temas fora daquilo adstritamente aduzido no processo, concordamos com a posição de Jordi Ferrer, que, em resposta à crítica de Badaró, pondera: “*en sentido de que el razonamiento probatorio del juzgador teine que ver con la verificación de proposiciones sobre hechos*”

empiricamente contestável? Não é possível pela experiência, então excepcionalmente não se exigiria a refutação.

Transpondo tal discussão para o âmbito da produção probatória e fundamentação das decisões das apurações internas das pessoas jurídicas, há de se observar tais requisitos mínimos para a produção de decisões racionais e passíveis de serem verificadas.

Deve-se estabelecer limites à própria investigação – garantindo-se o acesso aos meios de prova produzidos, a possibilidade de produção de elementos pelo acusado, preservando-se o contraditório e a ampla defesa – e ao próprio conteúdo decisório, sob pena de se realizar um julgamento injusto que possa, inclusive, repercutir externamente, com consequências à imagem da empresa e, especialmente, do colaborador irregularmente condenado, e os eventuais desdobramentos junto aos meios da justiça.

Assim sendo, o responsável por presidir a investigação irá, a partir da notícia crime obtida do canal de denúncias da empresa, traçar o planejamento da investigação – como se verá no próximo tópico – e deverá sempre produzir a prova questionando as hipóteses que exsurgem dos fatos narrados e os elementos concretos que podem confirmá-la ou afastá-la. Essa tarefa há de ser repetida pela própria comissão julgadora, sempre buscando refutar as hipóteses que surgem das evidências com as contraprovas que podem indicar a inocência do acusado.

O cuidado em se despir de suas ideologias e pré-compreensões é a tarefa humana mais difícil, mas essencial na busca por uma apuração e um julgamento justos, devendo a equipe investigativa fundamentar a escolha das evidências colhidas/produzidas e anotar sua tramitação e o órgão julgador irá justificar a opção por determinadas provas, esclarecendo em que medida confirmam os fatos demonstrados e, notadamente, em qual razão não podem ser refutadas pelas teses de defesa, afastando todas as hipóteses plausíveis que possam autorizar de qualquer forma a conduta irregular.

Não basta ao comitê de ética – ou outro nome que a instância possua, de acordo com o quanto disposto no código de ética da empresa – simplesmente alegar que a decisão tomada

passados y no con la predicción de hechos futuros. Las predicciones, como mecanismos de corroboración de una hipótesis, no son necesariamente hacia el futuro, sino hacia lo desconocido. En este el concepto de <<predicción>> propio de la epistemología es distinto del característico del lenguaje ordinario. Se trata de consecuencias derivadas de la hipótesis a probar (H) más generalizaciones empíricas (SA) y características del hecho específico (CI) ya conocidas, cuya contrastación aporta corroboración a la hipótesis. Por otro lado, es claro que la metodología de corroboración de hipótesis propia del razonamiento probatorio no puede tener criterios distintos para quien intenta la corroboración de hipótesis propia del razonamiento probatorio no puede tener criterios distintos para quien intenta la corroboración y para quien la juzga” (2021, p. 216).

está pautada em elementos além da dúvida razoável, para não se esvaziar um *standard* tão caro ao processo democrático. Será obrigado, portanto, a indicar sem dúvidas por quais razões todas as possíveis teses da defesa não podem ser acatadas de acordo com as provas e os fatos concretos.

4.2 A observância da cadeia de custódia da prova

Quanto à cadeia de custódia da prova²³, deve a equipe responsável pela investigação interna atentar para a conservação do indício e anotação de toda a trajetória do elemento, desde

²³ Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do

a sua identificação como de potencial interesse para a investigação, o seu isolamento, armazenamento, bem como quem irá manuseá-lo, de que forma, qual metodologia será empregada na análise de seu conteúdo, a fim de preservar a prova em si e evitar alterações indevidas, garantindo ainda, que o investigado possa acessar o elemento e os laudos / pareceres que advierem de seu estudo.

Isso confere a possibilidade de verificação da prova, ou seja, de sua mesmidade e fiabilidade.

Somente é possível constatar a confiabilidade da prova a partir da realização do seu caminho “inverso”, ou seja, se for constatável o rastreamento do objeto apresentado, retornando até sua origem, e se perceber que a prova permanece inalterada, como asseveram Vinícius Vasconcelos e Lia Andrade de Souza:

Portanto, a não rastreabilidade de uma prova gera dúvidas razoáveis acerca de sua idoneidade, pois se torna praticamente impossível identificar a existência de eventual vínculo entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita (PRADO, 2014b, p. 79). Além disso, a falta de acesso à integralidade dos elementos probatórios colhidos inviabiliza o exercício efetivo do contraditório e do controle das afirmações aportadas por tais informações.

vestígio será determinado pela natureza do material. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, a manutenção da cadeia de custódia é de suma importância, pois é ela quem garante ao réu que a prova trazida pela acusação é a mesma que foi obtida na investigação (“mesmidade”), em observância aos procedimentos legais e sem alterações (“desconfiança”). Se assim não o for, haverá violação ao devido processo legal e ao contraditório. (2020, p. 35)

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 158-A traz a definição de cadeia de custódia: “*Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte*”, esclarecendo ainda em seus parágrafos o que vem a ser vestígio e a responsabilidade do agente pela tutela do elemento que vá interessar à investigação criminal ou a processo penal²⁴.

Ademais, prosseguiu o legislador²⁵ explanando de forma didática cada etapa da custódia do vestígio, informando o que vem a ser o reconhecimento, o isolamento, a fixação, a coleta, o acondicionamento, o transporte, o recebimento, o processamento, armazenamento e descarte da evidência.

Da mesma forma, quando se tratar do uso de dados digitais, observa-se a preservação da cadeia de custódia da prova digital²⁶, mantendo-se integralmente o elemento coletado, possibilitando a sua auditabilidade, justificabilidade, repetibilidade ou reprodutibilidade. Para tanto, exige-se a observância do regramento da ISO 27037.

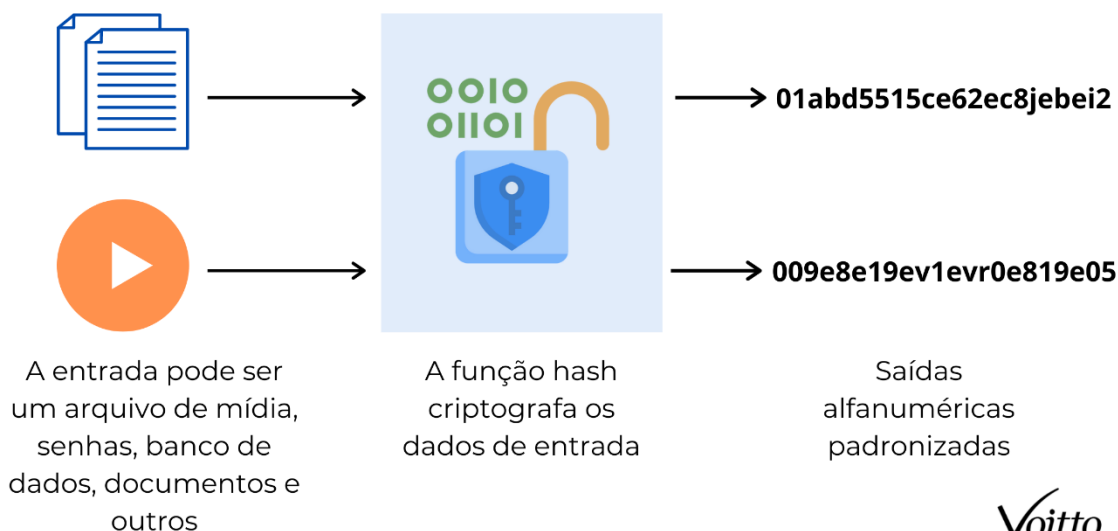
A constatação se houve ou não a manipulação indevida daquele dado digital pode ser verificada a partir da alteração ou manutenção do código *hash*.

Este código, comumente denominado de “impressão digital” da evidência, corresponde a um algoritmo matemático (alfanumérico) que é gerado a partir de um elemento digital (sequência de letras e números que o identificam). Eventual alteração no arquivo original do dado digital provocará uma modificação na função *hash*, permitindo constatar que houve violação à integridade da prova (UFSP; AGITTEC).

²⁴ § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

²⁵

²⁶ Cf.



(VALE, 2020)

Por conseguinte, o código *hash* gerado pela parte que manusear a prova deve ser o mesmo verificável pela perícia oficial do estado, demonstrando que não houve alteração quanto ao conteúdo do dado, apenas sua leitura a extração de informações.

Dessa forma, sendo o objeto da investigação real ou ideal – físico ou digital – o agente responsável pela condução da investigação deverá, também, orientar e fiscalizar sua equipe no manuseio do elemento, para que este não seja indevidamente manipulado, impossibilitando o rastreamento de sua origem e sua mesmidade.

Ademais, há de se lembrar sempre que uma investigação séria e que cumpre as regras é uma investigação que garante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. É direito do investigado / acusado, ter acesso a tais elementos probatórios e contestá-los, bem como produzir, se assim desejar, uma contraprova.

As regras do jogo devem ser observadas tanto no âmbito público quanto no privado, bem como as consequências diante da sua violação – nulidade das provas, imprestabilidade do seu uso e eventuais ajuizamentos de ações de indenização, diante das demissões ou mesmo fornecimento destes elementos contaminados para as autoridades.

5. Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que a mera previsão das políticas de conformidade em uma empresa, não são suficientes para a implementação de um programa de *compliance*. Há de se mudar a cultura empresarial para que se passe a entender as consequências do atuar de forma irregular a nível moral, social e mesmo financeiro para a pessoa jurídica, sobretudo quando envolvida em um escândalo de corrupção.

A corrupção e mesmo o suborno transnacional, por sua vez, revelam-se como, lamentavelmente, práticas recorrentes em grandes empresas, com alcance em mais de um mercado, razão pela qual urge a adoção de medidas de conformidade, mas, na mesma intensidade, exige-se a discussão da legalidade e legitimidade na condução das investigações internas, a fim de não se ter gasto financeiro e mesmo pessoal com a instauração e condução de procedimentos que poderão, posteriormente, serem invalidados, gerando ainda discussões judiciais acerca de eventuais deveres de indenizar ou mesmo readmitir funcionários irregularmente demitidos.

Outrossim, apura-se se as provas produzidas na investigação interna da pessoa jurídica obedecem a cadeia de custódia da prova, ou seja, o regramento nacional e os *standards* probatórios exigidos para o exercício do controle de racionalidade do conteúdo decisório, sobretudo nos países de tradição da *common law*, para garantir sua validade e uso em processos ou investigações, nacionais ou estrangeiras. Ademais, qualquer investigação representa, de *per si*, um potencial constrangimento às partes envolvidas – vítima, testemunhas – e em especial ao suspeito, que deve ter seus direitos e garantias individuais preservados.

Dessa forma, quer sob o prisma econômico e mesmo moral da pessoa jurídica – evitando gastos com investigações que poderão, posteriormente, serem declaradas irregulares e repercutirem em eventual obrigatoriedade de readmissão de funcionários, indenizações, ou mesmo criação de embaraços para a celebração de acordos de leniência ou colaboração premiada – ou sob o enfoque do respeito ao contraditório e ampla defesa e a presunção de inocência do acusado, há de se discutir e mesmo adotar as regras investigativas também para as empresas.

6. Referências

- BADARÓ, Caio Massena. **Prisão preventiva e santards de prova: propostas para o processo penal brasileiro.** Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/617>> Acesso em: 20 mai. 2022
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. A aplicabilidade da lei anticorrupção aos partidos políticos: a necessária adoção dos programas de *compliance* partidário. *In: Estudos de Ciências Criminais: criminalistas baianas homenageiam a jurista Eliana Calmon.* Or. Selma Santana, Taysa Matos, Thaize de Carvalho. Minas Gerais: D'Plácido, 2018. p,13-38.
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. Verdades, dúvida, e (in)certezas: a necessidade da edificação dos mitos no autoritarismo e as ilusões oriundas do *plea bargain*. *In: Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Escritos em homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.* Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, p. 419-428
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L.; COLAVOLPE, Luís Eduardo Lopes Serpa. A cadeia de custódia da prova digital. *In: A prova e o processo penal constitucionalizado. Estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis Júnior.* Minas Gerais: D'Plácido, 2022, p. 169-186.
- BARRANCO, Norberto J. de La Mata; et. Al. **Derecho Penal económico y de la empresa.** Madrid: Editorial Dykinson, 2018.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.
- BRASIL Congresso Nacional. **Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 20 mai 2022.

_____. **Decreto 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 mai 2022

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 mai 2022.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em 20 mai 2022.

_____. **Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002.** Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm> Acesso em 20 mai 2022.

_____. **Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm> Acesso em: 20 mai 2022.

_____. **Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em 20 mai 2022.

CÂMARA BRASILEIRA DE INDÚSTRIA DE CONSTRUÇÃO – CBIC. **Guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor de construção.** Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Etica_e_Compliance_Volume_I_2016.pdf> Acesso em: 20 mai. 2022

CAVERO, Percy García. *Las políticas anticorrupción en la empresa*. Disponível em: <<http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/05/Políticas-Anticorrupcion-PUCV.pdf>>

Acesso em 20 mai 2022.

CHAGAS, Ciro Costa. Investigações internas e a privatização do processo penal sob a ótica da autorregulação regulada *In: Estudos de compliance criminal*. Org. Fernando A.N. Galvão da Rocha. Porto Alegre: RS Editora, 2020, p. 204

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 20 de mai. 2022.

CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul; RAVAZZANO, Fernanda; COSTA, Marlos, Corrêa da. Investigações internas Corporativas: justificativa, fundamentação e desafios para a (des)regulamentação *In: Criminalidade Econômica e Empresarial: Escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022, p. 1014-1042

CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Canelutti, para os operadores do Direito. *In: Revista de Estudos Criminais*, v. 4, n. 14, p. 77-94, abr./jun. 1994.

DICIO, Dicionário Português Online. **Significado de corrupção**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/corruptao/>> Acesso em 20 mai. 2022

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021;

GARRASTAZU. **Passo a passo para implementação de compliance (programa de integridade)**. Disponível em: < <https://www.garrastazu.adv.br/passo-a-passo-para-implantacao-de-compliance-programa-de-integridade> > Acesso em 20 mi. 2022.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance a excelência na prática*. 2ª ed. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2019.

GONZÁLEZ, Jorge Alexandre. *Función de Compliance y partidos políticos en España*. Disponível: < <https://debate21.es/2015/05/08/funcion-de-compliance-y-partidos-politicos-en-espana/>> Acesso em 20 mai. 2022

HÍGIDO, José. **Ministro do STJ garante direito a silêncio seletivo e ordena novo interrogatório**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-ago-29/ministro-stj-garante-direito-silencio-seletivo-ordena-interrogatorio>> Acesso em 20 mai. 2022

MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* da prova “para além de toda dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *In: Revista Brasileira das Ciências Criminais Ano 27, Vol. 156. Jun. 2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 221-248.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. *In: Revista de Informação legislativa*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p. 187-194.

NOME.ME. **Corrupção**. Disponível em: <<https://www.nome.me/pt/palavra/corrupt%C3%A7%C3%A3o.html>> Acesso em 20 mai 2022

OLIVEIRA, Vinícius Machado de. **ISO 27037 Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital**. Disponível em: <<https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-diretrizes-para-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia-digital/>> Acesso em 20 mai.2022

PEREIRA, Isabelle Dianne Gbson. Compliance, internal investigations e direitos dos investigados: reflexões sobre o direito de defesa nas investigações internas. *In: Revista Científica do CPJM*. Rio de Janeiro, Vol.1, N.02, 2021, p. 177-195.

QUEIROZ, Paulo. **Princípio da não autoincriminação.** Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/>> Acesso em: 20 mai. 2022.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Public Compliance e a prevenção da corrupção.** Disponível em: <<https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/60/77>> Acesso em: 20 mai 2022

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance* e o direito penal. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, maio/2011.

SOUZA, Lia de Andrade; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. *In: Revista da Faculdade de Direito UFPR.* Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>> Acesso em 20 mai. 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito Penal Empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do *compliance*.** São Paulo: LiberArs, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MIRANDA, Matheus de Alencar e. *Compliance*, investigações internas e direitos do empregado. *In: Compliance – entre a teoria e prática.* Org. Caroline de Rosa Pinheiro. Indaiatuba: Foco, p. 57-69

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TORREY, Daniel. FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corrupcao-comercial-internacional>> Acesso em 20 mai. 2022

UNITED KINGDOM. **Bribery Act.** Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>> Acesso em 20 mai. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA, Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>> Acesso em 20 mai. 2022.

_____. **FCPA : A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>> Acesso em: 20 mai. 2022.

USFM; AGITECC. **Procedimentos para obter código hash**. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/399/2019/07/Anexo-III-Procedimentos-para-obter-o-c%C3%B3digo-hash.pdf>> Acesso em 20 mai. 2022

VALE, Sávio. **Definição, funcionamento e as aplicações do hash, a função popular da criptografia**. Disponível em: <<https://www.voitto.com.br/blog/artigo/o-que-e-hash-e-como-funciona>> Acesso em 20 mai. 2022.

Dever e poder agir do especialista: um estudo a partir da atuação da equipe técnica matricial da Vale nos termos da Denúncia

Experts' duty and capacity to act: a study case of Vale Company's technical teams by terms of the indictment.

Leonardo Simões Agapito¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo: O presente artigo investiga as categorias centrais da omissão penalmente relevante à luz da responsabilidade do agente especialista, detentor de conhecimentos especiais. Trata-se de uma temática já bastante explorada pelo Direito penal, em suas diferentes correntes, mas que carece ainda de melhores justificativas quanto a sua legitimidade, particularmente em um cenário cada vez mais complexo de responsabilidades compartilhadas dentro de empresas. Para tanto, utiliza-se do estudo de caso, apoiado ao método tópico, observando a narrativa apresentada pelo Ministério Público de Minas Gerais em relação aos crimes praticados especificamente pela equipe técnica matricial da empresa Vale, que levaram ao rompimento da barragem do córrego do Feijão. O artigo se encontra dividido em três partes, a saber: a) a análise do dever agir do especialista; b) a análise do poder agir dentro de estruturas empresariais; c) o ambiente corporativo para tomada de decisões e sua ilegitimidade para decisões de interesse público. Ao final, o artigo apresenta contribuições críticas à teoria do delito, desde uma ótica normativista, para repensar os mecanismos de atribuição de responsabilidade, bem como a insuficiência do Direito penal frente ao modelo regulatório atual.

Palavras-chave: omissão penal; compliance; extrativismo; mineração.

Abstract: The present paper investigates the main categories of criminal omissions of an expert, which has unique knowledge. Many authors have already explored this theme in criminal law studies, from many perspectives, but it still lacks better justifications regarding its legitimacy, particularly in an increasingly complex scenario of shared responsibilities within

¹ Doutorando pela USP no PROLAM. Mestre e graduado em Direito pela UNESP. Professor da UEMG.

companies. The analysis uses a case study, supported by the topical method, observing the narrative presented by the State Prosecution's Office of Minas Gerais against the technical team of the Vale company, which led to the rupture of the dam of the Feijão's brook. This paper is divided into the following three parts: a) the analysis of the specialist's duty to act; b) the analysis of the capacity to act within business structures; c) the corporate environment of decision-making and its illegitimacy in face of public concernments. In the end, the paper presents critical contributions to the general theory of crime, from a normative perspective, to rethink the mechanisms of liability, as well as the insufficiency of criminal law in the face of the current public regulatory model.

Keywords: criminal omission; compliance programs; extractivism; mining.

1. Introdução

De tempos em tempos, surgem casos complexos a serem solucionados pelo Direito penal e que exigem a revisão dos institutos dogmáticos e questionamentos mais profundos. Não raramente, também estes são casos (*e.g.* julgamento de Eichmann, em Jerusalém, e Fujimori, no Peru) que causam grande comoção social, que demonstram a fragilidade da vida e nos provocam um sentimento de impotência. O rompimento da Barragem I, às margens do córrego do Feijão, ocorrido em 2019 na cidade de Brumadinho (MG), assim impõe a todos os pesquisadores que se debruçarem sobre o caso um desafio particular de buscar uma imparcialidade científica que não incorra em indiferença. Por essa razão, nos filiamos também à opinião de Braithwaite¹, de que são nestes momentos de dor que devemos buscar com mais intensidade as respostas para a pergunta: o que deveria ter sido feito? As reflexões a seguir se constroem com total solidariedade às vítimas, a seus familiares e às comunidades atingidas.

O caso que se analisará toma por base a denúncia elaborada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de um dos engenheiros especialistas da empresa VALE²,

¹ BRAITHWAITE, John. Does restorative justice work? In: JOHNSTONE, Gerry. **A restorative justice reader**. 2ed. Londres: Routledge, 2013, p.338.

² MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Denúncia**, com base no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 e no Inquérito Policial n. PCMG-7977979. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/71/E6/14/51/5D44A7109CEB34A7760849A8/Denúncia%20VALE-TUV%20SUD%20-%20homicidio%20crime%20ambiental%20site.pdf>. Acesso em: 11.07.2022. De acordo com a denúncia, o réu era o especialista da Gerência Executiva de Governança em Geotecnia e

porém sem aqui objetivar elaborar um julgamento definitivo sobre o caso, muito menos uma acusação ou defesa. O que se propõe é, com base nos termos da denúncia, investigar as categorias normativas do art.13, §2º, do Código penal, demonstrando os critérios a serem investigados quando da análise da responsabilidade do agente especialista.

Nos termos da denúncia, encontra-se o caso de um engenheiro que: a) por duas décadas trabalhou na barragem em questão, inclusive ocupando cargos técnicos distintos antes da função de engenheiro; b) que desenvolveu seus estudos de mestrado tomando por referência a barragem em questão, tendo publicado uma dissertação e um artigo sobre ela; c) que participou de diferentes reuniões técnicas com seus superiores, onde explicava os termos de segurança, bem como ouvia maiores relatos sobre as reais condições; d) que participou de diferentes conferências e conhecia detalhes da regulação brasileira sobre segurança de barragens; e) que conhecia diversos relatórios da empresa, que já apontavam os danos estimados, inclusive em número de vidas que seriam perdidas e o impacto ambiental; f) que assim exercia uma posição responsável por desenvolver os projetos de verificação e controle de risco das estruturas, inclusive propondo planejamentos de contenção; g) que sabia que nenhuma medida foi tomada pela empresa por anos para mitigar os riscos conhecidos.

O presente artigo está dividido em três partes, a saber: uma análise das possíveis relações entre dever agir e o conhecimento técnico; uma análise das relações entre o poder agir e as necessidades corporativas de se seguir o *tone of the top* (ou, cultura interna da empresa promovida pela alta gestão); uma última parte que apresenta algumas considerações sobre o ambiente corporativo de tomada de decisão e sua incapacidade de tomar decisões responsáveis. Ao final, espera-se contribuir com uma perspectiva que clarifique os critérios de imputação penal, mas que igualmente fundamente as necessárias mudanças de prevenção a estes acidentes, que devem ser construídas em diálogo para além do Direito penal.

Fechamento de Mina e teria atuado também como garante do contrato de auditoria externa firmado entre a Tüv Sud e a Vale, citando episódios de intervenção direta do réu para que os engenheiros da empresa assim formulassem um parecer favorável, apesar dos riscos conhecidos. Neste caso, o réu também responderia, dentro de uma segunda conduta penalmente relevante, pelo tipo penal do art.69-A da Lei de crimes ambientais (Lei n.9.605/98). Sobre esse fato específico, o presente artigo não desenvolverá maiores reflexões por restar a matéria reduzida à prova dos diálogos e da interferência objetivando a imprecisão dos relatórios.

2. Dever e saber

De acordo com o art.13, §2º, do Código penal, a “omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Estes dois elementos geram um duplo filtro a balizar, na teoria do delito, respectivamente, o injusto penal e a culpabilidade, em que o dever é verificado pela adequação à norma (conformidade) e o poder, pelas condições concretas de agir (existência dos meios).³ Considerando a posição do especialista (e o particular desequilíbrio de informações), já se demonstrou, em estudo anterior, como na relação médica o dever não pode ser verificado desde um conhecimento que o agente tenha ou não, mas daquilo que efetivamente deveria ser sabido e performado à luz da ética profissional e dos procedimentos já definidos desde instituições.⁴ Para o Direito penal, perscrutar pensamentos e intenções não é apenas um trabalho impossível, mas também inútil, já que não são eles que causam danos sociais, mas sua externalização por condutas.⁵

Como explica Bacigalupo, a ideia de delitos de infração de dever deriva da divisão inicialmente feita por Binding, de delitos comuns e delitos especiais, em que estes somente seriam cometidos por pessoas com uma especial função (*e.g.* militares).⁶ De acordo com a autora, dentre os delitos especiais, criou-se uma subcategoria dos delitos de infração de dever, em que a autoria seria interpretada à luz de um dever extrapenal existente.⁷ Jakobs, no entanto, teria ido além, considerando o respeito a papéis sociais como verdadeiro balizador das responsabilidades penais, de modo que os delitos organizacionais (comuns) passam a ser interpretados tal qual os delitos funcionais (especiais), ou seja, sob o a ótica de deveres inerentes a papéis de garante recíprocos na sociedade.⁸

Quando se analisa o campo da responsabilidade penal médica, a busca por segurança jurídica e por parâmetros objetivos de adequação da conduta parece mais simples. Por ser a

³ Sobre a divisão entre injusto penal e culpabilidade desde Liszt, ver: PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p.111.

⁴ AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante.** 2018. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2018, p.28 et seq.

⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.** Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996., p.39-40.

⁶ BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p.34.

⁷ BACIGALUPO, *op.cit.*, p.39.

⁸ BACIGALUPO, *op.cit.*, p.85.

responsabilidade médica, em regra, uma obrigação de meio para o Direito civil, há um substrato normativo a orientar os limites dos deveres de agir e, inclusive, os deveres de deixar de agir, para que não incida o profissional, por exemplo, em distanásia.⁹ Por essa razão, não importam propriamente os cursos, especializações ou mesmo o conhecimento prático de anos de experiência na atuação; a responsabilidade penal médica estaria fundada nos conhecimentos exigidos para o exercício daquela prática, seja a clínica geral, seja alguma especialidade regulada por autoridades públicas (Ministério da saúde e suas agências) e órgãos de classe, como o Conselho Federal de Medicina e as associações de especialistas (e.g. conselhos de cardiologia e as sociedades de oncologia).¹⁰ No entanto, apesar de bastante lógicas, estas soluções se tornam simplistas ao tentarem oferecer ao conceito de papel social uma complexidade suficientemente objetiva que nem mesmo as ciências biológicas foram capazes de oferecer.¹¹

Porém, ainda que aquele modelo, de verificação da responsabilidade por meio da adequação aos padrões institucionais, se confirmasse como suficiente, o mesmo não poderia ser aplicado ao especialista de engenharia, que assim é contratado para produzir informações e desenvolver dados que ninguém mais seria capaz de produzir. Assim, as próprias empresas buscam os “melhores”, aqueles que podem ir além dos conhecimentos ordinários. A excepcionalidade é o fundamento dessa atuação, ou ao menos é isso que a cultura corporativa e que os próprios profissionais costumam apresentar em seus portfólios. Se a excepcionalidade é o fundamento da relação de confiança, sobre a qual se constroem as expectativas, qual o limite a dimensionar o dever do especialista de evitar danos?

Retomando as propostas de Jakobs, encontramos uma especial atenção dada à “fidelidade ao direito”, que supera a necessidade de diferenciar o chamado *dolus malus* e o dolo

⁹ AGAPITO, op.cit., p.19 e 20.

¹⁰ AGAPITO, op.cit., p.29-31.

¹¹ Sobre o conceito de papel social, ver: JAKOBS, op.cit, p.41 e 42. Sobre a insuficiência das ciências médicas, é importante observar o conflito revelado pela pandemia da Covid-19, que deixou claras as limitações do conhecimento médico, mas, principalmente, evidenciou a incapacidade das instituições, pautadas por diferentes interesses econômicos e políticos, em desenvolver um debate imparcial sobre a adequada atuação médica. Se por um lado o CFM tem por tradição desacreditar os conhecimentos tradicionais e comunitários, que utilizam diversos produtos naturais e compostos para o tratamento de saúde, não se percebeu o mesmo ceticismo quanto a procedimentos sem comprovação científica que faziam uso de patentes farmacológicas ou eram praticadas por profissionais credenciados sob a influência de planos de saúde. Revelou-se assim um abismo entre a saúde pública como objetivo social e os objetivos próprios das instituições de saúde pública, de modo que já não se pode presumir a adequação aos procedimentos padronizados como atuação profissional adequada. Em outras palavras, as expectativas sociais estão acima das próprias instituições, de modo que os próprios papéis sociais devem se pautar para além destas estruturas.

indireto (eventual), pois o resultado de ambos é o mesmo.¹² Nesse sentido, a maior preocupação se daria não sobre o conhecimento ou a falta dele, mas sobre a disposição de se adequar à norma demonstrada por comportamentos específicos. A não adoção deste padrão, conforme aponta Jakobs, levaria a desproporção das penas aplicadas, de modo que pessoas “preocupadas”, que tomam cautelas insuficientes para conter um dano, sofreriam uma pena mais grave que aqueles que agem ignorando qualquer possibilidade de resultado.¹³

No ordenamento jurídico brasileiro, a distinção entre dolo e culpa ainda se faz por elementos psicologizantes, o que tem se mostrado insuficiente diante das demandas corporativas e da incorporação de categorias norte-americanas via direito penal econômico.¹⁴ Dessa forma, a proposta mais clara até aqui apresentada se deu pelo aumento dos deveres a que está o especialista condicionado, transformando suas responsabilidades abstratas de calcular riscos em um dever de diligência a ser demonstrado conforme padrões internos verificados pela gerência. Dessa forma, sua fidelidade é medida pelo cumprimento de diversas competências próprias e pelo emprego de técnicas pré-definidas. No caso aqui estudado, a denúncia apresentada aponta que:

“Segundo o PGS (Padrão Gerencial do Sistema), a Geotecnia Matricial seria responsável, entre outras funções, por ‘realizar inspeção e monitoramento de barragens, pilhas e cavas, desenvolver projetos de adequação/manutenção de estruturas em operação/inativas, planejar e executar avaliação de segurança/estabilidade de barragens, pilhas e cavas, planejar o atendimento à legislação ambiental e atender condicionantes, manter atualizado o Plano de Segurança de Barragem’.”¹⁵

Assim, o especialista não é responsável pelo que sabe, mas por aquilo que deve apresentar e responder a seus superiores. As informações prestadas e os projetos desenvolvidos são a transferência de sua responsabilidade penal para os tomadores de decisão. Tal qual o profissional médico, as informações devem ser claras e completas, pois a liberdade (poder agir) dos tomadores de decisão estará restrita àquilo que lhes foi oferecido.¹⁶ Nesse sentido, o

¹² JAKOBS, Günther. Dolus malus. **Revista para el análisis del Derecho – Indret**, n.4, outubro, 2009, p.5.

¹³ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, p.42.

¹⁴ Sobre o processo de “americanização” do Direito penal, ver: NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”. **Revista penal**, n.19, p.120-136, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2189596>. Acesso em 10.out.2021.

¹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, Denúncia, fls.303.

¹⁶ Ainda em diálogo com AGAPITO, op.cit., p.13 et seq, que compreendia que a liberdade do paciente estaria condicionada e limitada às informações prestadas. Da mesma forma, um engenheiro deve garantir elementos suficientes para que outro decida de forma responsável, sem manipulá-lo ou fraudá-lo, o que configuraria uma

cumprimento adequado se verifica pela: a) pela coleta de dados; b) pela sistematização dos dados; c) pela apresentação de projetos de gestão do risco; d) pela orientação dada. A partir da análise da qualidade destes elementos (veracidade e suficiência) é que se poderá atribuir responsabilidade penal pelos resultados gerados. Dessa forma, o fato de um agente possuir estudos verificados por terceiros (como é o caso de uma dissertação aprovada e um artigo publicado em revista científica) apenas corrobora com a qualidade dos dados produzidos pelo agente, todavia o conhecimento não gera um especial dever de impedir – apenas de informar.

Este modelo de responsabilização, baseado na organização institucional das expectativas entre empresa-especialista¹⁷, capaz de estruturar esferas de atuação corporativas levaria à necessidade, na falta da devida estruturação dos deveres internos, de responsabilização da pessoa jurídica, superando o vácuo de responsabilidade penal. Sobre isso, Carlos Gómez-Jara Díez aponta que o modelo construtivista da autorresponsabilidade penal empresarial (possibilidade de punir penalmente a pessoa jurídica, independentemente da identificação do comportamento humano) permitiria justamente a superação da “irresponsabilidade organizada”, quando a corporação possui vácuos de responsabilidade.¹⁸ No entanto, quando os deveres existem e não são devidamente supervisionados, também haveria um defeito de organização, que igualmente não poderia eximir administradores e a própria corporação.¹⁹

Assim, os programas de *compliance* se tornaram lugar comum dos debates em Direito penal, oferecendo substrato “organizacional” para definição de responsabilidades penais individuais e coletivas, enquanto as definições estatais e internacionais tentaram oferecer um parâmetro para igualmente delimitar o que seria o comportamento corporativo adequado (*good corporate citizenship*).²⁰ No entanto, como já advertido por Laufer, a instrumentalização dos programas de *compliance* como critério de fixação da responsabilidade penal já serviu às

usurpação de função e, por consequência, violação de sua esfera de competência (passando a responder como verdadeiro autor).

¹⁷ Muito diferente do modelo pensado inicialmente (em que o papel, e seus deveres, são desenhados dentro da instituição e para com ela, como eram as estruturas militares), propõe-se agora um modelo em que o papel é construído pela relação entre estrutura e agente (pensando a estrutura como pessoa, a produzir comunicações relevantes e determinar comportamentos por sua interação, bem como ser responsabilizada penalmente).

¹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015, p.58-59.

¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.79.

²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.119.

empresas norte-americanas como critério de proteção da alta gerência e garantia de impunidade penal, a despeito de qualquer evidência de impacto real de melhora da atuação ética da corporação.²¹ Embora não seja o foco deste artigo a responsabilidade penal empresarial, é importante compreender como tais programas são construídos, esquivando-se a empresa das finalidades de prevenção do Direito penal e, conseqüentemente, tornando indefensável sua idoneidade como parâmetro normativo.

De acordo com a Lei n.12.334/2012, a corporação que assim opera uma barragem deve apresentar um Plano de Segurança da Barragem (art.8º), de modo que é de sua responsabilidade demonstrar os dados técnicos e as análises de risco conforme os padrões mínimos exigidos pelo órgão fiscalizador (art.8º, §1º). Isso nos leva a duas questões: a) quais são os padrões públicos de análise que não foram capazes de interditar a barragem antes do desastre ocorrido?; b) qual exatamente o papel exercido pela empresa de consultoria que assim foi contratada?

De acordo com o cenário apresentado pela denúncia, os técnicos da empresa, responsáveis pela segurança da barragem, discutiam em suas reuniões o nível de segurança em que poderiam operar.²² Esses níveis e índices deveriam então ser apresentados para a autoridade pública responsável por aprovar o Plano de Segurança, à luz de seus próprios critérios técnicos, instrumentos e medições, dentro de sua periodicidade estabelecida pelo próprio órgão. Havendo falta ou sonegação de informações, as autoridades que concedem as licenças ambientais poderiam ter aplicado as medidas previstas no art.72 da Lei n.9.605/96, incluindo a paralisação total das atividades. A Lei n.12.334/2012 ainda impõe deveres de garante aos agentes públicos, como a revisão técnica (art.10) e apresentação de recomendações (art.16, II). Neste mesmo sentido, a Lei n.14.066/2020 ampliou as responsabilidades do agente público, devendo o órgão fiscalizador informar o órgão de proteção e a defesa civil em caso de verificação do risco excessivo (art.5º, §1º), exigir medidas de mitigação do risco (art.7º, §3º), bem como aplicar as sanções cabíveis em caso de infração administrativa pela não adoção de medidas preventivas adequadas (capítulo V-A, art.17-A et seq).

Por esta razão, surpreende que a denúncia não avalie a atuação pública e como os órgãos de fiscalização fracassaram, conscientemente ou não, tendo em vista que são esses que

²¹ LAUFER, William S. **Corporate bodies and Guilty Minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago, Londres: University of Chicago, 2006, p.25. Ver também: LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the paradox of compliance. **Vanderbilt law review**, v.52, 1999, p.1343-1420.

²² MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Deúncia**, fls.305.

deveriam determinar os padrões mínimos de segurança da atividade. A denúncia acusa a empresa de exercer uma “Ditadura Corporativa”²³. Todavia, se compreendemos que a empresa, por não organizar bem suas atividades, pode ser responsabilizada penalmente, deveríamos então admitir que a falta de organização mínima do Estado na fiscalização e emissão de pareceres não transfere *per se* a responsabilidade de fiscalizar para a empresa. O Ministério Público, em sua denúncia, então utiliza da assimetria de informações para justificar o fracasso das instituições de *enforcement*. Por ser a empresa uma grande “especialista” na área, dispõe de recursos e meios de manipulação capazes de levar a regulação à erro – de modo que a falta de informações (as informações não prestadas ou prestadas falsamente) assim atrairia para a empresa a posição de garante (conforme o art.13, §2º, c, Código Penal).²⁴

Para isso, a empresa teria então construído um programa de conformidade que fosse suficientemente convincente, lançando mão de uma empresa de consultoria que aceitasse afirmar que a barragem era, em sua opinião técnica, segura. Ocorre que a legislação brasileira não obriga que as empresas de mineração assim contratem empresas de consultoria. Isso não quer dizer que a empresa de auditoria possa falsificar dados e métricas. Porém, uma vez contratada, o laudo da auditora externa (positivo ou negativo) não precisa ser apresentado à autoridade pública. Apenas com a Lei n.14.066/20, que incluiu o art.18-B à Lei n.12.334/12, é que os órgãos fiscalizadores passam a exigir um cadastro das empresas de auditoria, passando então a regular esta atividade também como estratégica. Diferentemente do que ocorre no mercado de valores mobiliários, em que as empresas de auditoria têm capacidade de manipulação dos investidores e por isso precisam de especial controle (art.26 da Lei n.6.385/76), as empresas de auditoria em engenharia não deveriam ter a capacidade de manipular os órgãos de fiscalização. Em outras palavras, um programa de *compliance* que escolhe os pareceres que irá apresentar ao poder público ou que pressiona outras empresas a apoiá-la em suas decisões não está fraudando os relatórios. A fraude consiste em manipular os dados solicitados pelo órgão regulador, que por sua vez deveria ser fiel às suas próprias métricas e avaliações de adequação. Se assim o programa de cumprimento está voltado para a obtenção

²³ *Ibidem*, p.64.

²⁴ Embora o termo não tenha sido aqui utilizado na denúncia, o conceito por trás dessa manipulação é chamado pelo Direito administrativo de “captura”. Sobre a teoria da captura e o ciclo de vida das agências reguladoras, bem como sua relação com o *criminal compliance*, ver: OLIVEIRA, José Carlos de; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; AGAPITO, Leonardo Simões. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. In: **Quaestio Iuris**, v.10, n.1, 2017, p.365-388.

das licenças e não para a segurança efetiva, isso apenas demonstra as reais prioridades corporativas e, principalmente, a distância entre a “fidelidade corporativa ao Direito” e a adequação aos fins sociais.

Porém, o mesmo agente responsável por definir políticas de segurança e implementá-las não pode ser o responsável por verificar seu cumprimento, tendo em vista o claro conflito de interesses.²⁵ Por essa razão, se assim o técnico responsável, conforme o PGS, por realizar o monitoramento da barragem, desenvolver programas de mitigação de risco e verificar seu cumprimento era também o fiscal do contrato de auditoria²⁶, não há o que se falar em fraude aos documentos (ainda que este tenha realizado uma pressão sobre a empresa para atestar a segurança conforme seus padrões próprios), mas em ineficiência do programa de *compliance* (voltado à aprovação e não à segurança).²⁷

Em suma, mesmo sobre o especialista, não repousa um dever ilimitado de “saber”, mas um dever de adequação aos compromissos assumidos com a própria empresa e, por derivação, com as normas regulamentadoras. Da mesma forma, as empresas de auditoria, quando não especialmente reguladas, respondem somente pelo cumprimento daquilo que elas mesmas afirmam como padrões de segurança. Em ambos os cenários, não se propõe um dever irrestrito de prevenção, mas de fidelidade à relação como construída, fruto do agir comunicativo. Conforme Pawlik, são deveres voluntários, assumidos desde uma autodeterminação possível dentro da sociedade de pessoas (inclusive, jurídicas).²⁸ Sendo estes os fundamentos dos deveres (autodeterminação e agir comunicativo), nada impede a responsabilização penal das próprias corporações.

3. Poder e obedecer

O tópico anterior evidenciou que o especialista não possui um dever de saber (que não poderia ser verificado adequadamente pelo processo penal), mas um dever de realizar as análises com que se comprometeu, além daquelas que lhe são exigidas pelas autoridades

²⁵ Analisando os programas de compliance e a figura do gatekeeper: AGAPITO, Leonardo Simões. Programas de segurança e a responsabilidade dos Gatekeepers. In: MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos et.al. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados: ensaios e controvérsias da Lei n.13.709/18**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.441.

²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.308.

²⁷ No caso concreto, há ainda que se questionar as outras competências e como o especialista exercia funções para além de um consultor técnico, mas igualmente de um *decision-maker*.

²⁸ PAWLK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Barcelona: Atelier, 2016, p.97-98.

públicas. Por isso, faz todo o sentido que o especialista esteja devidamente preparado para conhecer a técnica e a regulação, sem a possibilidade de alegar desconhecimento da lei. Portanto, quais seriam os critérios de verificação de seu poder agir?

Conforme Pawlik, o modelo de Liszt (separando injusto e culpabilidade) se desenvolveu com Welzel pela análise valorativa do “dever ser” independente do “poder”:

“De este modo, el autor lleva a cabo un injusto ya desde el momento en el cual él se comporta – desde un punto de vista negativo – de forma distinta a como el ordenamiento jurídico exige en general a cualquiera en su situación. Por su parte, el autor actuaría sin culpabilidad cuando desde el punto de vista individual y teniendo en cuenta sus déficits personales no le era posible en el momento de la comisión del hecho cumplimentar las exigencias del ordenamiento jurídico.”²⁹

Porém, como Pawlik ressalta, essa divisão não pode ser sustentada pelas leituras finalistas, colaborando em verdade com uma visão global do injusto penal, dispensando a diferenciação entre injusto e culpabilidade.³⁰ Assim apresenta Pawlik sua proposta de uma culpabilidade valorativa desde um dever de colaboração e as necessidades da sociedade de manutenção da solidariedade.³¹ Essa parece ser é uma tentativa de desenvolver um conceito integrado daquela concepção de Jakobs, onde o injusto é a contraposição à norma (comunicação desviante) e a culpabilidade a verificação dos fins de prevenção geral positiva.³²

Tentando incorporar alguns conceitos da semiótica (buscando critérios mais significativos de interpretação dos comportamentos em sociedade), compreendeu-se que a comunicação desviante seria assim verificada pelo uso dos signos conforme as convenções, enquanto a culpabilidade deveria levar em conta também a capacidade de comunicar dos símbolos utilizados.³³ Essa tentativa de incorporar a semiótica na análise da culpabilidade parte do pressuposto de que os estudos que assim se dedicaram ao estudo da filosofia da linguagem no Direito penal tenderam à abstração e relativismo desde uma perspectiva individualista dos signos. Uma perspectiva da construção social dos signos ofereceria parâmetros melhores para aquilo que é a principal preocupação do Direito penal: o quanto as expectativas sociais foram de fato afetadas? Assim, a divisão entre injusto e culpabilidade não se faria apenas pela análise

²⁹ PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p.113.

³⁰ *Ibidem*, p.118.

³¹ *Ibidem*, p.127 et seq.

³² JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, *passim*.

³³ AGAPITO, **Direito médico: a omissão penalmente relevante**, p.61 et seq.

do dever e poder, mas do dever como elemento binário (verificado desde critérios como presente/ausente), enquanto a culpabilidade ofereceria a devida proporcionalidade da medida (desde critérios valorativos que verifiquem diferentes graus do desvio).

Assim, os autores funcionalistas parecem seguir uma linha muito clara da pena como meio de prevenção, justificada dentro dos limites de proteção da manutenção das estruturas sociais.³⁴ Isso não significa dizer que a sociedade deva ser homogênea, massacrando minorias e descartando culturas marginalizadas. Pelo contrário, são justamente estas as comunidades que mais dependem da estabilização de expectativas sociais e que lutam politicamente com mais vigor pelo reconhecimento de suas próprias estruturas normativas. Nesse sentido, talvez o pensamento funcionalista seja o que melhor compreenda as riquezas de ordenamentos jurídicos plurinacionais e ofereça um critério único coerente para os simultâneos conjuntos normativos.

Embora os autores funcionalistas diferenciem o injusto dos delitos organizacionais (crimes comuns) e dos delitos funcionais (crimes especiais), a categoria da culpabilidade não foi igualmente diferenciada neste aprofundamento. Nesse sentido, não se está apenas a tratar da coação e da estrita obediência à ordem, conforme previstas no art.22 do Código penal. É necessário considerar que as possibilidades de agir são limitadas pelas relações constituídas (responsabilidades recíprocas). Da mesma forma que a pesquisa científica está limitada às condições oferecidas pelas instituições de fomento, da mesma forma que a eficiência dos órgãos públicos está limitada ao número de pessoas que ali trabalham, da mesma forma que o sistema de saúde está limitado aos insumos, todo funcionário privado também possui limitações de investimento, recursos humanos e insumos, dentre tantas outras limitações institucionais próprias. Considerando que o caso apresenta uma empresa que possuía cálculos sofisticados dos custos derivados de possíveis acidentes, não se questiona aqui a capacidade corporativa de investimento, mas a disponibilização efetiva desses recursos necessários ao especialista.

Retornando ao PGS, se o especialista era assim responsável por “desenvolver projetos de adequação e manutenção das estruturas”, bem como “planejar e executar avaliação de segurança”, é possível questionar os recursos que o agente possuía para tanto (*e.g.* maquinário,

³⁴ Ver: PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**, p.100, como os deveres paternos podem tornar a sociedade mais segura para todos. De forma ainda mais clara: PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal**, p.94, a legitimidade da pena derivaria do “dever de colaboração” do cidadão. Sobre a necessidade de respeitar a pluralidade dentro de limites que garantam estabilidade social: JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**, p.50.

computadores, funcionários, sistemas de análise, infraestrutura, tempo). Como especialista, a empresa assim esperava que ele propusesse as necessárias modernizações do departamento ou ele não possuía competência para isso? A quem ele poderia solicitar recursos e, se o fez, quais foram as respostas oferecidas? Dentre os equipamentos existentes, em caso de problemas, quanto tempo de manutenção era exigido? Qual a periodicidade da manutenção das máquinas e em que condições estavam os instrumentos de supervisão? Os relatórios do especialista para seus supervisores ofereciam espaço para possíveis requisições? Como o investimento no departamento era apresentado aos acionistas e qual era o *tone of the top* sobre isso? Estas limitações concretas do poder agir não apenas reduzem a reprovabilidade do comportamento do especialista, como oferecem uma visão mais adequada da culpabilidade da própria empresa.³⁵

Dessa feita, o especialista não é o sujeito de quem se espera o cumprimento de uma ordem sem consciência da licitude desta. Pelo contrário, é dele que se espera justamente os apontamentos das possíveis irregularidades, a orientação sobre a norma e as advertências sobre possíveis consequências legais e fáticas de seu descumprimento. Não há o que se falar em obediência hierárquica exculpante, embora se esteja sim a tratar dos limites da intervenção pessoal do agente. Um especialista deve agir com diligência e informar adequadamente seus superiores, que tomarão as decisões, mas não terá um dever de convencimento ou mesmo um dever de intervir ativamente para além de suas competências. Nesse sentido, sua esfera de atuação está limitada pelo compartilhamento de decisões. Da mesma forma que os supervisores e a alta cúpula de uma empresa devem verificar o adequado cumprimento dos deveres do especialista, o especialista se vê limitado pelas decisões tomadas por estes. Mesmo os melhores relatórios e os melhores projetos podem ser rejeitados e essa dinâmica compartilhada de deveres também compartimenta as esferas de intervenção possível (até onde vai a capacidade do agente de determinar os rumos da empresa).³⁶

³⁵ Sobre os critérios de qualidade dos programas de compliance, Nieto Martín aponta: 1) envolvimento dos dirigentes (*tone of the top*); 2) participação dos trabalhadores e grupos de interesse; 3) coerência da cultura corporativa; 4) independência e capacitação dos responsáveis pelo *compliance*; 5) suficiência de recursos; 6) vigência do programa em todos os níveis corporativos. Ver: NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.153-154. Estes critérios poderiam assim oferecer algum parâmetro da adequação da empresa aos seus compromissos de segurança para além da existência de programas “cosméticos”, bem como a análise material da culpabilidade.

³⁶ No julgamento da ação penal 470/MG, pelo STF, a participação do Superintendente de compliance do Banco Rural foi decisiva para a acusação, que assim teve acesso aos relatórios e às decisões da diretoria da instituição, sem que com isso se imputasse responsabilidade ao *compliance officer*. Pelo contrário, este atuou como

Por outro lado, a Lei n.12.334/2012 também prevê deveres de colaboração com a própria administração pública, a serem prestadas pelo especialista, que assim assume um papel de *gatekeeper* da instituição. São exemplares: a) informar mudanças na barragem que reduzam sua segurança (art.17, IV); b) permitir acesso irrestrito do órgão fiscalizador à barragem, instalações e documentos (art.17, VI); c) manter atualizadas as informações do SNISB (Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens) (art.17, XIII). Com a Lei n.14.066/2020, incluíram-se ainda os deveres de: a) implementar um Plano emergencial (PAE) em colaboração com os órgãos de defesa civil (art.17, X); b) notificar o órgão fiscalizador, a autoridade ambiental e a defesa civil sobre qualquer alteração que possa implicar em um acidente (art.17, XIV). Assim, para além do que dizem os programas de *compliance*, está o agente autorizado a fazer as comunicações necessárias de forma direta e segura? A corporação assim garante que o funcionário possa cooperar com os órgãos públicos ou as informações institucionais passam por um filtro prévio? Quem realiza este filtro (independentemente dos organogramas publicados pela empresa)?

Da mesma forma, há novamente que se considerar a própria regulação entre instituições de fiscalização e controle e as condições institucionais oferecidas para que um profissional colabore efetivamente. Não se pode responsabilizar por um crime o agente que ofereceu relatórios incompletos ou que negligenciou dados se os órgãos responsáveis nunca esclareceram os padrões exigidos ou questionaram a qualidade dos dados antes do incidente. A correta cooperação deriva de uma postura regulatória ativa e presente, para além da cobrança de relatórios.³⁷ A menor atuação das instituições de *enforcement* pode produzir sobre os entes regulados um ambiente de maior tolerância ao risco, sem que isso tenha consequências penais diretas.³⁸ No entanto, a aprovação (validação) administrativa destes relatórios (sem a apresentação de recomendações, fiscalizações *in locu*, imposição de sanções) confirmar este comportamento como socialmente aceito, produzindo, por si, a perpetuação da comunicação

testemunha de acusação no julgamento e demonstrou à corte a inércia dos órgãos tomadores de decisão. Ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação penal 470/MG**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Fls.1181 da decisão publicada em: 17.12.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 25.10.2021.

³⁷ Sobre a postura regulatória na produção de dados melhores, ver: AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. On the potentials and limitations of autonomous systems on money laundering control. **Revue Internationale de Droit Pénal – RIDP**, n.1, issue “Artificial Intelligence, big data and automated decision-making in criminal justice”, 2021 (no prelo).

³⁸ Sobre os desafios do modelo de cooperação pelo reforço da autorregulação, ver: SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, Law, and Social Control**. Reprinted. Nova Iorque: Cambridge University, 2005, p.100-111.

defeituosa. Em termos de culpabilidade, a negligência dos agentes públicos se torna penalmente relevante, de forma que a atuação do *compliance officer* da empresa passa a ter uma menor reprovabilidade.

Em suma, o especialista se encontra em uma particular relação de dependência da empresa, de modo que seu poder agir está condicionado ao limite de sua autodeterminação ali dentro (possibilidade de agir e possibilidade de moldar sua própria atuação). Não se pode falar em uma obediência sem conhecimento deste, mas de censuras prévias, filtro das comunicações e até isolamento. As esferas de culpabilidade se limitam reciprocamente. Da mesma forma, o *gatekeeper*, responsável por notificar as autoridades públicas e prestar informações periódicas estaria tanto condicionado à existência de canais adequados e seguros, bem como à efetiva análise e verificação (aprovação/reprovação) de seu comportamento para que assim possa se adequar aos padrões dele esperados (expectativas normativas demonstradas pela regulação).³⁹

4. O ambiente corporativo de tomada de decisão

Analisada a responsabilidade do especialista, resta ainda problemática a forma como a denúncia apresenta a gestão da barragem. Em diferentes momentos há expressões que remetem a um improviso amador ou mesmo um ambiente de investimento agressivo: “Vamos conseguir se Deus quiser” (sobre a tentativa de conter a erosão da Barragem I em 14.06.2018) e “Vamos com fé”⁴⁰; “essa nossa Barragem I sempre foi uma boa menina e ela vai continuar sendo se Deus quiser [...]” (após apresentação dos Painéis Independentes de Especialistas para

³⁹ Outro tópico que poderia ser assim apresentado diz respeito à atuação do *whistleblowing* e os canais adequados de proteção ao colaborador voluntário. A regulação que espera ter *gatekeepers* que colaborem efetivamente deve oferecer a devida proteção, superando espaços de corporativos de controle das informações prestadas. Ver: AGAPITO, Leonardo Simões. Programas de segurança e a responsabilidade dos Gatekeepers, p.443. Nesse sentido, tanto o Direito constitucional, como o trabalhista e o penal devem se adaptar a essa necessidade de proteção do denunciante, a começar por sua identidade: GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais de institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.278 et seq. Quanto aos deveres de colaboração com o poder público, a existência de canais seguros (e sua qualidade) também devem ser pensadas à luz destes debates. Quais são as consequências pessoais ao whistleblower por sua colaboração e como o poder público ofereceu alguma garantia ou segurança? Existem ainda programas corporativos que oferecem proteção a trabalhadores que utilizam *hotlines* internas de denúncia (informando a alta gerência sobre condutas desviantes de supervisores intermediários). Neste caso, qual a segurança desses canais e como os trabalhadores foram preparados a usá-las corretamente? Como essas denúncias geram algum registro e são devidamente encaminhadas pelos órgãos corporativos de controle e compliance? As perguntas todas apresentadas ao longo do presente artigo não devem receber uma “resposta definitiva”, mas oferecem espaço a arranjos e soluções criativas, adequadas a cada realidade corporativa e contexto regulatório (sempre revisadas e atualizadas periodicamente).

⁴⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.269.

Segurança e Gestão de Riscos de Estruturas Geotécnicas – PIESEM)⁴¹; “barragem de montante é ‘emoção a flor da pele para quem opera’” (sobre o fator de Condição de Estabilidade que seria adotado)⁴².

Em um ambiente empresarial, existem decisões arriscadas e investimentos pouco recomendados que podem trazer grande ganho econômico. Não há punições para um investidor agressivo que aceite riscos grandes no mercado de valores, por exemplo. O mesmo não ocorre na atividade bancária, em que o risco adotado pelas instituições financeiras é regulado pelo Banco Central, com base nos acordos de Basileia, e pode gerar uma responsabilização penal nos termos do art.4º, parágrafo único, da Lei n.7.492/86.⁴³ No âmbito da mineração, os riscos de um acidente parecem ter sido calculados com alto grau de detalhamento⁴⁴ típico de um ambiente corporativo racional, mas o processo de tomada de decisão e administração dessas informações não se revelaram tão racionais quanto gostariam os teóricos que ainda utilizam o conceito de *homo economicus*. Não se pretende avançar neste debate, mas uma conclusão obtida da leitura geral da denúncia é de que o ambiente corporativo em questão tinha alta tolerância ao risco, tomando decisões não com base em cálculos de custo/benefício, mas na capacidade individual de realizar apostas.

Nesse sentido, as decisões sobre os padrões de segurança a serem adotados por uma barragem não podem ser tomadas por um pequeno departamento de uma empresa a partir de diretrizes superiores de potencialização dos lucros. Esta conclusão tanto deve ser aplicada para a atribuição de responsabilidades penais, verificando abusos de poder e violações de papéis que tenham ocorrido nesse processo, como é importante para a avaliação dos programas de *compliance*, que intencionalmente transferem decisões para órgãos administrativos inferiores, dando uma autonomia formal (não necessariamente verificada no caso concreto, conforme as diretrizes que limitam o poder agir) excessiva.⁴⁵ Por outro lado, também não seria papel de um

⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.287.

⁴² MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.305.

⁴³ Ver: WENT, Peter. Basel III Acord: where do we go from here? **SSRN Electronic Journal**, 17 de outubro, 2010, p.2. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1693622>. Acesso em: 10.10.2021. O autor assim apresenta o consenso de políticos, reguladores e instituições sobre a necessidade um monitoramento ostensivo e individualizado por parte de reguladores sobre as instituições financeiras para evitar novas crises econômicas graves.

⁴⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.49-53, há a apresentação de algumas planilhas, identificando diferentes valores médios de indenização (conforme a classe social) para bens que fossem danificados, além do cálculo de vidas que seriam perdidas e o dano à imagem da empresa.

⁴⁵ Sobre a transferência do risco de responsabilização: LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. **Vanderbilt Law Review**, v.52, n.5, october, 1999, p.1346-1348, o autor assim

conselho de diretores ou de um conselho de acionistas decidir o risco a ser adotado em uma barragem, de modo que este debate pode ter sido manipulado por um programa de *compliance* desenvolvido para garantir a aprovação dos relatórios e obtenção de licenças ambientais, mas jamais poderia ser “privatizado”. O mercado e as corporações não têm capacidade nem legitimidade para decidir sobre a segurança de pessoas e do meio ambiental, tal qual nenhum cidadão possui capacidade ou legitimidade para decidir sozinho sobre a validade das normas que o regulam.⁴⁶

Analisando o contexto de exploração de minérios na América Latina, tampouco é possível manter sob a responsabilidade do Estado unicamente a decisão sobre padrões de segurança. Conforme apresenta Gudynas, em seu estudo sobre o neoextrativismo, os governos latino-americanos do início do século XXI assim tentaram superar as críticas históricas ao controle das transnacionais estrangeiras, mas mantiveram a exploração de recursos com graves danos ambientais, agora legitimados pelo projeto desenvolvimentista.⁴⁷ Por essa nova política, diferentes comunidades foram afetadas sem qualquer prestação de contas, quando não manipuladas por informações incompletas.⁴⁸ Assim, diversas vezes o Estado privilegia (de cima para baixo, de fora para dentro) o global (abstrato) sobre o local (comunidades afetadas), promovendo a fragmentação territorial.⁴⁹

Embora esse debate pareça superar as fronteiras do Direito penal, em sociedades marcadamente desiguais, há de se considerar a legitimidade dos instrumentos do Estado sobre

toma como hipótese de seu trabalho o esforço corporativo em “empurrar para baixo” a responsabilidade por decisões estratégicas, de modo que a empresa para a ser uma “cidadã de bem”, enquanto alguns trabalhadores intermediários são identificados como “rebeldes” e desviantes. Nesse sentido, o autor então adverte tanto a necessidade de fixação externa (desde *Sentencing Guidelines*) de responsabilidades intransferíveis, quanto a necessidade de desconstruir os programas de compliance como manipuladores da responsabilização penal.

⁴⁶ PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal**, p.132.

⁴⁷ GUDYNAS, Eduardo. Diez tesis urgentes sobre el nuevo extrativismo: contextos y demandas bajo el progressismo sudamericano actual. *In*: CENTRO ANDINO DE ACCIÓN POPULAR, CENTRO LATINO AMERICANO DE ECOLOGIA SOCIAL. **Extratctivismo, política y sociedade**. Quito: CAAP, CLAES, 2009, p.204-205, o autor, citando os estudos de García-Gaudilla, exemplifica tais justificativas com caso de Zulia, considerada “zona de sacrificio minero petrolero” na Venezuela.

⁴⁸ De forma exemplar: WALTER, Mariana. Proyectos mineros, nuevos derechos y respuestas ciudadanas em Argentina. *In*: DELGADO-RAMOS, Gian Carlo (coord). **Ecología política de la minería en América Latina**. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.495-499, a autora apresenta o projeto de mineração em Esquel, que assim propôs à comunidade local um projeto de desenvolvimento, que não se concretizou, e não antecipou os danos ambientais que seriam causados.

⁴⁹ GUDYNAS, op.cit., p.200-201.

comunidades marginalizadas e os efeitos danosos sobre estas.⁵⁰ Há de se considerar a invisibilidade política de diferentes grupos e a perpetuação de situações de exploração. Há, dessa forma, que se realizar uma interpretação positivista da legislação ambiental à luz da Constituição e, assim, reconhecer a necessidade de aprofundamento das consultas públicas⁵¹ e do desenvolvimento de novos mecanismos de participação popular na fiscalização das atividades corporativas.

Desde a perspectiva dos impactos concretos a que estão submetidas diferentes populações e a necessidade de legitimação dos padrões de risco, diversos programas de *compliance* tem assim sugerido a internalização da participação dos *stakeholders* como forma de pacificação dos instrumentos de controle e gestão.⁵² Porém, como demonstra Laufer, há muitos interesses em jogo e estes programas ainda são desenvolvidos como forma de cooptação e legitimação entre conhecidos atores, mas sem impactos reais sobre a melhora dos padrões de segurança de trabalhadores e proteção ambiental.⁵³ Assim, as constantes revisões da organização privada das empresas mascaram a necessidade real de uma revisão da esfera pública. A fixação dos padrões de segurança e o monitoramento ostensivo não podem depender de *stakeholders*, apenas figuradamente sentados a mesma mesa, se os movimentos de cada peça seguem regras próprias. É necessária uma revisão dos *policymakers*⁵⁴, das agências reguladoras

⁵⁰ Sobre o racismo ambiental (*environmental justice*) e os efeitos da colonialidade: WHYTE, Kyle Powys. Indigenous Experience, Environmental Justice and Settler Colonialism. *SSRN Electronic Journal*, 25 abr., 2016, passim. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770058>. Acesso em: 10.10.2021.

⁵¹ Sobre o direito de consulta: SOUSA, Raffaella Cássia de. O direito de consulta e os protocolos dos povos indígenas como instrumentos da democracia participativa. *Themis – Revista da Esmec*, v.19, n.2, jul./dez., 2021, p.313-339. DOI: <http://dx.doi.org/10.56256/themis.v19i2.845>.

⁵² De forma exemplar: NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.146-148.

⁵³ LAUFER, William S. O Compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et.al* (orgs.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do Direito penal na crise financeira**. São Paulo: Liber ars, 2015, p.60 e 63.

⁵⁴ Aqui se faz uma contraposição entre *stakeholders* (diferentes atores interessados na atividade econômica) e *policymakers* (tomadores de decisões públicas, interessados nos objetivos sociais). Diferentes atores sociais a organizar uma atividade econômica encontrarão diferentes motivos para dirigir ações arriscadas. Tomadores de decisão pública não partem da atividade, mas dos valores sociais (não pecuniários) e dos interesses comunitários. Enquanto os *stakeholders* são reunidos para viabilizar os objetivos econômicos, que podem trazer algum benefício social; dos *policymakers* é esperado que garantam segurança e projetos de longo prazo, tendo diferentes atividades econômicas como possíveis caminhos. As regras do mercado têm para estes grupos pesos distintos, pois para uns é o mercado um pressuposto, e para outros, alternativa. Sobre novas possibilidades e alternativas ao extrativismo, ver: MALHEIRO, Bruno; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; MICHELOTTI, Fernando. **Horizontes amazônicos: para repensar o Brasil e o mundo**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Expressão Popular, 2021, p.200 et seq. ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Pós-extrativismo e decrescimento. Saídas do labirinto capitalista**. Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, Autonomia, 2018, p.79 et seq.

e dos programas de licenciamento ambiental. É necessária a radicalização dos padrões democráticos da regulação econômica e da proteção ambiental, pois o déficit democrático destas naturalmente contamina o Direito penal, tornando-o, por consequência, violento e ilegítimo.⁵⁵

5. Considerações finais

O presente estudo não pode oferecer soluções concretas ao caso, mas buscou demonstrar a relação entre alguns conceitos que costumam ser confundidos. De forma simples: a) embora o profissional que atua como especialista técnico tenha conhecimentos especiais, seus deveres penais derivam da assumpção voluntária, autônoma e prévia de um papel funcional para com a empresa, que por sua vez se organiza desde os deveres definidos pelos órgãos de regulação e fiscalização; b) embora todos os trabalhadores sigam deveres e estejam organizados hierarquicamente, sua esfera de atuação está condicionada às relações como praticadas, que não podem ser reduzidas à leitura formal de um organograma, mas, principalmente, à análise das comunicações entre os atores; c) embora o funcionalismo penal pareça uma teoria “conservadora”, ele oferece uma visão mais clara das esferas em que a luta democrática deve ocorrer sem tentar dosar sua tutela de forma paternalista a partir de valores abstratos de política criminal.

Este artigo também ofereceu a oportunidade de revisitar alguns conceitos funcionalistas, corrigindo pequenas confusões sobre a origem dos papéis sociais, como era o caso da confusão entre “interesse público” tutelado e “instituições públicas”. Deste modo, reconhece-se que a obediência às normas vai muito além do que seja uma obediência às instituições e seus protocolos, embora os meios (poder agir) estejam assim limitados por eles. Também se percebeu a importância da regulação e como uma política regulatória negligente pode afetar as condições concretas de agir corretamente dos agentes regulados. Embora não se tenha construído um sistema acabado e coerente, é possível considerar que alguns dos questionamentos feitos ao longo do texto ofereçam caminhos possíveis para a elaboração de

⁵⁵ SVAMPA, Maristella. Neextractivism and development. *In*: VELTMEYER, Henry; ZÁYAGO LAU, Edgar (ed.). **Buen Vivir and the Challenges to capitalism in Latin America**. Nova Iorque: Routledge, 2021, p.138-139, a autora demonstra como o aumento da participação dos Estados nas atividades extrativistas não trouxeram maior participação popular, mas uma maior violência contra os movimentos populares.

novas categorias de análise da imputação penal. Que a busca por critérios mais complexos e exatos da realidade continue.

6. Referências

ACOSTA, Alberto. Extrativismo e neoextrativismo: duas faces da mesma maldição. *In: DILGER, Gerhard et.al. (org.). **Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento***. 1.ed. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p.47-85.

AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante**. 2018. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/154283>. Acesso em: 10.out.2021.

AGAPITO, Leonardo Simões. Programas de segurança e a responsabilidade dos Gatekeepers. *In: MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos et.al. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados: ensaios e controvérsias da Lei n.13.709/18***. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.437-444.

AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. On the potentials and limitations of autonomous systems on money laundering control. **Revue Internationale de Droit Pénal – RIDP**, n.1, issue “Artificial Intelligence, big data and automated decision-making in criminal justice”, 2021 (no prelo).

BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007

BRAITHWAITE, John. Does restorative justice work? *In: JOHNSTONE, Gerry. **A restorative justice reader***. 2ed. Londres: Routledge, 2013, p.320-352.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUDYNAS, Eduardo. Diez tesis urgentes sobre el nuevo extrativismo: contextos y demandas bajo el progressismo sudamericano actual. *In*: CENTRO ANDINO DE ACCIÓN POPULAR, CENTRO LATINO AMERICANO DE ECOLOGIA SOCIAL. **Extratativismo, política y sociedade**. Quito: CAAP, CLAES, 2009, p.187-225.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. Dolus malus. **Revista para el análisis del Derecho – Indret**, n.4, p.1-23, octubre, 2009. Disponível em: <https://indret.com/dolus-malus/>. Acesso em: 10.out.2021.

LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the paradox of compliance. **Vanderbilt law review**, v.52, p.1343-1420, 1999. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/287297601.pdf>. Acesso em: 10.out.2021.

LAUFER, William S. **Corporate bodies and Guilty Minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago, Londres: University of Chicago, 2006.

LAUFER, William S. O Compliance game. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo *et.al* (orgs.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do Direito penal na crise financeira**. São Paulo: Liber ars, 2015, p.57-68.

MALHEIRO, Bruno; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; MICHELOTTI, Fernando. **Horizontes amazônicos: para repensar o Brasil e o mundo**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Expressão Popular, 2021.

NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”. **Revista penal**, n.19, p.120-136, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2189596>. Acesso em 10.out.2021.

NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.79.

OLIVEIRA, José Carlos de; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; AGAPITO, Leonardo Simões. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. In: **Quaestio Iuris**, v.10, n.1, p.365-388, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.26847>. Acesso em: 10.out.2021.

PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Barcelona: Atelier, 2016.

PROCESSO n.XXXXXXX. Justiça Estadual de Minas Gerais. Fls.1-477. Brumadinho. Denúncia apresentada em: 21 jan.2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, Law, and Social Control**. Reprinted. Nova Iorque: Cambridge University, 2005.

SOUSA, Raffaella Cássia de. O direito de consulta e os protocolos dos povos indígenas como instrumentos da democracia participativa. *Themis – Revista da Esmec*, v.19, n.2, jul./dez., 2021, p.313-339. DOI: <http://dx.doi.org/10.56256/themis.v19i2.845>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação penal 470/MG**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Decisão publicada em: 17.12.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 25.10.2021.

SVAMPA, Maristella. Neoextractivism and development. *In*: VELTMEYER, Henry; ZÁYAGO LAU, Edgar (ed.). **Buen Vivir and the Challenges to capitalism in Latin America**. Nova Iorque: Routledge, 2021, p.135-148.

WALTER, Mariana. Proyectos mineros, nuevos derechos y respuestas ciudadanas em Argentina. *In*: DELGADO-RAMOS, Gian Carlo (coord). **Ecología política de la minería en América Latina**. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.483-520.

WENT, Peter. Basel III Acord: where do we go from here? **SSRN Electronic Journal**, 17 de outubro, 2010, p.1-12. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1693622>. Acesso em: 10.10.2021.

WHYTE, Kyle Powys. Indigenous Experience, Environmental Justice and Settler Colonialism. **SSRN Electronic Journal**, 25 abr., p.1-17, 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770058>. Acesso em: 10.10.2021.

La imputabilidad de las personas jurídicas

The imputability of legal persons

Percy García Caveró¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumen: Se discuten los criterios de imputación a la entidad colectiva, sosteniendo que la teoría del delito de la persona jurídica debe construirse de forma análoga a la imputación a las personas naturales, destacando que la culpabilidad debe fundarse en la falta de fidelidad a la ley, que se manifiesta mismo al autoorganizarse de manera defectuosa mientras realiza un hecho socialmente perturbador.

Palabras clave: Teoría del delito - Persona jurídica - Compliance - culpabilidad

Resumo: Discorre-se sobre os critérios de imputação ao ente coletivo, sustentando-se que a teoria do delito da pessoa jurídica deva ser construída de forma analógica a imputação às pessoas naturais, enfatizando-se que o juízo de reprovabilidade deve se basear na sua falta da fidelidade ao Direito, manifestada ao se auto-organizar defeituosamente quando da realização de um fato socialmente perturbador.

Palavras-chave: Teoria do delito – pessoa jurídica – compliance – culpabilidade.

Abstract: The imputation criteria to the collective entity are discussed, sustaining that the legal person's theory of crime must be constructed in an analogical way to the imputation to natural persons, emphasizing that the culpability must be based on the lack of fidelity to the law, which manifests itself when self-organizing defectively while performing a socially disturbing fact.

Key-words: Theory of crime – legal entity – compliance – culpability.

¹ Universidad de Piura (Perú)

1. Introducción

El discurso del *compliance* ha sido utilizado como la principal herramienta hermenéutica para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas asumida en tiempos recientes por nuestra legislación, tal y como ha sucedido en otros países de tradición europea continental que también han dado ese paso legislativo. Tal proceder tiene la ventaja innegable de ofrecer contornos claros a conceptos dogmáticos con cierto nivel de abstracción como, por ejemplo, la tan mencionada defectuosa organización, lo que, sin duda, resulta sumamente útil a la hora de decidir en el caso concreto si una persona jurídica debe responder penalmente. Sin embargo, no todo ha sido ganancia con esta concreción de los conceptos dogmáticos por medio de la lógica del buen gobierno corporativo, pues eso también ha significado que la reflexión dogmática se haya visto prácticamente reducida a la discusión de “si” las personas jurídicas deben responder penalmente, dejándose absolutamente en manos de la lógica operativa del *compliance* la determinación del “cómo” deberían hacerlo. Eso explica que un sector importante de la doctrina penal sostenga que la imposición de una pena a la persona jurídica se tiene que sustentar en presupuestos distintos a los que se utilizan para sancionar a una persona natural¹. Básicamente, a la persona jurídica se le sancionaría penalmente por la comisión de un delito en su beneficio por parte de una persona natural a ella vinculada, sin que previamente sus órganos de decisión hayan adoptado e implementado un *criminal compliance* idóneo para prevenirlo o reducir significativamente el riesgo de su realización.

La presente contribución sigue una línea de argumentación distinta a la antes referida, pues considera necesario elaborar categorías dogmáticas con las que fundamentar, desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En concreto, parte de la idea de que se debe construir una teoría del delito de la persona jurídica que sea analógica a la que se utiliza para imputar responsabilidad penal a la persona natural (I). En sintonía con este punto de partida, propone la formulación de una categoría de la

¹ Con diferentes particularidades, NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal», en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p.140 y s.; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2013, p. 35 y ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015, p. 291 y ss.; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, 2017, p. 141 y ss.

culpabilidad con la que sustentar un reproche personal a la persona jurídica por su falta de fidelidad al Derecho (II). Uno de los elementos constitutivos de esta culpabilidad penal de la persona jurídica debe ser, al igual que en el caso de una persona natural, su imputabilidad, en la medida que solamente un sujeto capaz de comprender plenamente el sentido de las normas penales puede mantenerse en observancia de las mismas. Así como en relación con la persona natural la imputabilidad se conforma con un grado de madurez personal (edad) y una capacidad de percepción, comprensión y determinación (salud física y mental), en el caso de la persona jurídica deberá encontrarse situaciones análogas con las que darles un tratamiento similar (III). Si la persona jurídica adolece de alguna de estas condiciones, deberá ser declarada penalmente inimputable y, por lo tanto, no podrá ser sancionada. En este último caso, si existe un juicio de prognosis positivo de futura comisión de delitos en el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, lo que corresponderá es aplicarle medidas de seguridad. A las consecuencias accesorias cabría asignarles el cumplimiento de esa función de prevención (IV).

2. Una teoría del delito analógica para la persona jurídica

La razón por la que a una persona se le impone una pena es para restablecer comunicativamente la vigencia de la norma defraudada por un delito que a ella se le ha atribuido². Esta atribución se debe llevar a cabo con una teoría del delito que ha de estar estructurada con la vista puesta en la función de la pena antes mencionada. Con independencia del innegable entrelazamiento funcional de sus elementos, puede concluirse que la teoría del delito consta fundamentalmente de injusto y culpabilidad. El primero requiere la imputación objetiva y subjetiva de un hecho a una persona como socialmente perturbador para la vigencia de la norma penalmente garantizada, mientras que el segundo establece que a esa persona se le pueda reprochar la imputación de ese hecho como un hecho propio. Con la acreditación de ambos elementos en el caso concreto se legitima la imposición de una pena a la persona culpable del injusto con la finalidad, como se vio, de restablecer comunicativamente la vigencia de la norma defraudada.

El esquema precedente es utilizado para atribuir un delito a personas naturales, pero se discute si resulta también adecuado para el caso de personas jurídicas. Recurriendo a una

² Básico, JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004, p. 31. En esta misma línea, aunque a partir de un concepto de persona de base ontológica, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Lima, p. 95 y ss.

abstracción máxima de los conceptos, algunos defienden una aplicación de la misma teoría del delito tanto para unas como para otras. La idea central es que, desde el punto de vista de la función del Derecho penal, no habría ninguna razón consistente para distinguir los criterios de imputación del delito en función de si el sujeto de imputación es una persona natural o una persona jurídica³. Otros, por el contrario, consideran que tal planteamiento implicaría abandonar injustificadamente aspectos esenciales de la persona natural en la determinación de la responsabilidad penal, por lo que habría, más bien, que formular unos criterios de imputación penal distintos⁴. A mi modo de ver, ninguno de estos dos extremos produce una solución satisfactoria. No hay duda de que las personas naturales tienen una esencia distinta a la que caracteriza a las personas jurídicas, lo que no puede ser dejado de lado por el sistema jurídico-penal. Sin embargo, el que sean ontológicamente distintas no conlleva necesariamente que deban ser tratadas con estándares penales de distinto orden. En mi opinión, a las personas jurídicas se les debe responsabilizar penalmente con un esquema conceptual analógico al que es usado para las personas naturales. Este tratamiento analógico cuenta con un sustento material y otro procesal. En el plano material, la persona jurídica responde penalmente por un injusto por el que también pueden responder las personas naturales actuantes, mientras que, en el plano procesal, ambas responsabilidades se pueden llegar a determinar, de ser el caso, en un mismo proceso penal.

La formulación de una teoría del delito para las personas jurídicas analógica a la de las personas naturales encuentra respaldo en el planteamiento que, sobre la personalidad de las personas jurídicas, propuso en su momento Arthur KAUFMANN. Al respecto el recordado profesor de la Universidad de Múnich sostuvo que “(...) *correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la teoría de la finalidad patrimonial una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido analógico*”⁵. Bajo estas consideraciones, si el ordenamiento jurídico le reconoce a la persona

³ Vid., así, con base en la función de prevención general positiva, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, p. 298 y s.

⁴ En este sentido, por ejemplo, SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos directivos en la Unión Europea, (trad. Sacher), conferencia dictada en el Seminario “Constitución europea y Derecho penal económico”, dirigido por el Prof. Bajo Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, p. 8 y ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, p. 119 y ss.

⁵ Vid., KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., (trad. Borda/Montoya), Bogotá, 1999, p. 216 y s.

jurídica una personalidad analógica a la que tiene la persona natural, los criterios de determinación de su responsabilidad deberían configurarse también de manera analógica. Siguiendo este razonamiento, la teoría del delito a utilizar para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas debería estar compuesta por los mismos elementos que integran la teoría del delito de las personas naturales, aunque referidas a realidades propias de la persona jurídica que sean análogas a las que se tienen en cuenta para el caso de una persona natural.

Debe hacerse aquí la atinencia de que el planteamiento propuesto no pretende, en lo absoluto, sostener una identidad de la persona jurídica con la persona natural. Todo lo contrario. Lo que se busca, más bien, es preservar la identidad de la persona natural y establecer solamente una relación de similitud en cuanto al tratamiento de la responsabilidad penal con la persona jurídica. Anteriormente esto fue también advertido explícitamente por el mismo Arthur KAUFMANN, quien con suma claridad sostuvo que “*sólo la comprensión de la persona jurídica como una persona en sentido analógico permite, por un lado, aclarar la forma de la realidad que representa y, por otro, evitar el peligro de que se pasen por alto las diferencias con la persona natural, que corren al lado de las semejanzas, y de que se ensanche la equiparación más allá de la justa medida*”⁶.

3. La categoría de la culpabilidad en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Al igual que la persona natural, la culpabilidad de la persona jurídica debe ser entendida también como una culpabilidad de acto, no siendo procedente dar cabida aquí a una culpabilidad por el carácter⁷ o el modo de conducción de vida⁸. Admitir esto último no sólo implicaría revivir parcialmente el desterrado criterio de la culpabilidad de autor⁹, sino que además traería consigo un tratamiento jurídico-penal diferenciado poco conciliable con el principio de igualdad que precisamente da contenido material a la categoría de la culpabilidad. Mientras que a la persona

⁶ Vid., KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de las cosas. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago de Chile, 1976, p. 66

⁷ Como, por el contrario, propone LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, (trad. Gómez-Jara/Orce/Polaino-Orts), Lima, 2003, p. 162 y s., con la culpabilidad por el carácter o ser así de la empresa en el sentido de tener una organización deficiente o en una filosofía empresarial criminógena.

⁸ Como, por el contrario, propone HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pp. 249, 265 y ss., con la culpabilidad por la conducción de la empresa.

⁹ Así, la crítica de GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 184, en el sentido de no poder integrarse en el Derecho penal moderno.

natural se le impondría una pena por lo que hizo, a la persona jurídica se le sancionaría por lo que es. Con todo, se ha intentado justificar este trato diferenciado a partir del dato de que las personas jurídicas no poseen una libertad de actuación con la que, como sucede con las personas naturales, responsabilizarlas penalmente por la realización de un injusto¹⁰. No obstante, no se trata de encontrar en las personas jurídicas las mismas características antropológicas de las personas naturales que se toman en cuenta para dar contenido a la categoría de la culpabilidad, sino de identificar en su propia realidad cuáles serían los referentes analógicos.

Para determinar cuáles serían los referentes analógicos en las personas jurídicas para establecer su culpabilidad penal, resulta necesario precisar primero en qué se sustenta la culpabilidad penal de las personas naturales. A mi modo de ver, esta culpabilidad tiene su sustento en su individualidad y en su sociabilidad. La individualidad parte de atribuirle libertad y reconocerle la capacidad de expresar esa libertad hacia el mundo exterior por medio de acciones¹¹. Debe quedar claro que no se trata de un dato empírico sensorialmente verificable¹², sino, más bien, de una atribución normativa vinculada a su reconocimiento como persona¹³. A esta individualidad se le debe sumar la socialidad, la cual dota a su libre actuación de un sentido comunicativo específico. Si bien toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene relevancia social, eso no quiere decir que se le deba atribuir siempre el mismo sentido comunicativo en los distintos ámbitos sociales. Para poder comunicar socialmente se requiere que esta actuación exprese algo necesitado de una respuesta social específica para el desarrollo o el mantenimiento del orden social, esto es, que la persona sea considerada por el sistema social como un sujeto responsable¹⁴. Esta responsabilidad constituye, por lo tanto, un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra y actúa¹⁵.

¹⁰ Vid., GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 155 y s.

¹¹ Similarmente, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976, p. 208.

¹² Así, ampliamente, ENGISCH, *La doctrina de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, (trad. Guzmán Dálbora), Montevideo, 2006, p. 76 y s.

¹³ En este sentido, SPAEMANN, *Philosophische Essays*, Stuttgart, 1994, p. 78, que considera que la libertad no es un *factum* verificable, sino que se fundamenta en un recíproco reconocimiento y liberación de seres naturales.

¹⁴ Vid., en este sentido, VAN DER VEN, «Verantwortung und Verantwortlichkeit», en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), Tübingen 1983, p. 33. Como lo pone de relieve LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, (trad. Ragués), Bogotá, 2001, p. 8: “(...), pues libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura arbitrariedad *subjetiva*” (las cursivas son del original).

¹⁵ En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1950, p. 83 y s.; GÜNTHER, «Acción voluntaria y responsabilidad criminal», (trad. Alcácer), en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Alcácer (comp.), Buenos Aires, 2007, p. 100 y s.

¿Cuáles serían entonces los referentes analógicos a la individualidad y a la socialidad de la persona natural que están presentes en la realidad de los entes colectivos?

En cuanto a la individualidad de la persona jurídica podría sostenerse que ésta se alcanza con su sola constitución formal como tal. Toda persona jurídica estaría jurídico-penalmente individualizada por el solo hecho de estar formalmente constituida como tal. La validez de este criterio es puesta en tela de juicio, sin embargo, por dos situaciones nada inusuales en el mundo corporativo. Por un lado, la constitución de sociedades fachada con la sola finalidad de evitar la identificación de las personas que se encuentran detrás de ellas ha dado pie a la formulación de la llamada teoría del levantamiento del velo societario que niega, en tales casos, el reconocimiento jurídico de una persona jurídica distinta¹⁶. Por otro lado, la existencia de sociedades de hecho se encuentra ampliamente reconocida en las regulaciones jurídicas, por lo que se establecen, para estos casos, reglas especiales de tratamiento unitario, pese a la pérdida de su vigencia formal¹⁷. En consecuencia, queda claro que el solo dato de la constitución formal de una persona jurídica no alcanza para reconocerle una individualidad con la que se le pueda reconducir una imputación penal¹⁸.

La individualidad de las personas jurídicas debe estar fundada en el dato material de la existencia de una organización sujeta a una dinámica propia que se expresa en sus actividades¹⁹. Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, podría sostenerse que una persona jurídica llega a desarrollar esa dinámica propia cuando, en virtud de su complejidad organizativa, pasa a autoorganizarse, autodeterminarse y autoconducirse en razón de intereses sociales propios distintos a los de sus órganos, representantes, trabajadores e incluso socios

¹⁶ Vid., GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel», *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 471. Sobre la teoría del levantamiento del velo y su relevancia en la imputación de la responsabilidad penal, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, Parte General, 4ª ed., Lima, 2022, p. 298 y ss.

¹⁷ No es un dato menor que el artículo 2 de la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por diversos delitos, incluya expresamente a las sociedades irregulares.

¹⁸ Debe quedar claro que la complejidad organizativa no es el único sustento de la imputabilidad de una persona jurídica, pues, de ser así, se incluirían también a las organizaciones criminales. Esa complejidad organizativa debe estar referida a entidades que operan válidamente en el tráfico jurídico. No se presenta, por lo tanto, una mezcla de criterios contradictorios como lo señala, CIGÜELA SOLA, «La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre», *InDret* 1.2021, p. 644, en una crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

¹⁹ En el mismo sentido, con base en el sistema social organizativo que subyace a la persona jurídica, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 472.

(autorreferencialidad)²⁰. Esta complejidad no se alcanza con la sola existencia de unos estatutos propios y un organigrama formal²¹; la persona jurídica debe haber desarrollado una estructura organizativa que asegure la consecución de sus objetivos al margen de la voluntad de una persona o de una cúpula directiva. Lo relevante es que el desenvolvimiento de la persona jurídica no está en función de los intereses de las personas naturales actuantes en el plano fáctico, sino de un programa corporativo propio efectivamente instaurado. Por lo tanto, una persona jurídica se individualiza como tal cuando alcanza una complejidad organizativa tal que le lleva a configurar modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen²².

En lo que respecta a la socialidad, ésta es alcanzada por la persona jurídica cuando los *outputs* de su organización tienen la capacidad de defraudar comunicativamente las normas penalmente garantizadas y, en consecuencia, se hace necesario restablecer la vigencia de éstas por medio de la imposición de una pena a ella misma. El reconocimiento social de esta responsabilidad de la persona jurídica tiene, como punto de partida, el dato incontrovertido de su participación en el tráfico económico-patrimonial²³. La entidad colectiva no se presenta en

²⁰ Vid., con base en el constructivismo operativo, TEUBNER, «Unternehmenskorporativismus», *KritV* 1987, p. 68; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 250; EL MISMO, «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», *SchwZStr* 120 (2001), p. 24 y s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 429 y ss.; EL MISMO, «Autorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial» *RECPC* 08-05 (2006), p. 4 y s.

²¹ Como, por ejemplo, parecen reducirlo JAKOBS, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», (trad. Suárez González), en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 62 y s.; FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, p. 85.

²² Vid., así la llamada cultura o identidad corporativa, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, p. 22 y ss.; LAMPE, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 130 y s., 163; HEINE, «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur“», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 101 y s.; DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, p. 108. Una cultura de la asociación a partir de una orientación hacia la teoría de los sistemas autopoieticos, TEUBNER, *KritV* 1987, p. 74; SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», (trad. Peñaranda Ramos/Pérez Manzano), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 572; BOTKE, «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996, p. 75.

²³ Sobre la realidad social de las empresas, vid., EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin, 1993, p. 145; BOTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 95; EL MISMO, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen „stramündig“ werden?», *wistra* 1997, p. 248; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 65 y s. Pero esta participación en el tráfico económico-patrimonial no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse sólo a infracciones de carácter económico, sino que, como lo señalan DANNECKER, *GA* 2001, p. 115 y s.; PIETH, «Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz», *SchwZStr* 120 (2001), p. 13; KREMNITZER/GHANAYIM,

este ámbito en un nivel inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de negociación²⁴. Pero lo decisivo es la asignación del estatus de ciudadano (corporativo)²⁵, lo que otorga a sus actuaciones el sentido jurídico específico de cuestionar la vigencia de la norma penalmente garantizada y justifica, en consecuencia, una respuesta social concreta (responsabilidad)²⁶. La ausencia de derechos políticos no puede cuestionar en lo absoluto que se le atribuya el estatus de ciudadano²⁷, pues, si se aprecia detenidamente la política, se podrá constatar con facilidad el papel relevante que tienen las corporaciones en las campañas electorales, en las decisiones de gobierno y en la exposición de sus puntos de vista en el debate de los asuntos públicos²⁸

Con base en lo hasta aquí expuesto puede concluirse que también las personas jurídicas presentan en su propia realidad una individualidad y una socialidad con las que podría atribuírseles la realización culpable de un delito. Por lo tanto, no tendría que haber mayor problema para reprocharles, al igual que las personas naturales, una falta de fidelidad al Derecho, cuando se han autoorganizado defectuosamente en la realización de un hecho socialmente perturbador y cuestionado comunicativamente la vigencia de la norma que ese hecho defrauda. Con la formulación de este reproche se sustenta materialmente su culpabilidad en el delito.

«Die Strafbarkeit von Unternehmen», *ZStW* 113 (2001), p. 555 y s., puede ampliarse a delitos como lesiones corporales, homicidios o injurias.

²⁴ Vid., HURTADO POZO, «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 462.

²⁵ Vid., en este sentido, la idea del buen ciudadano corporativo del Derecho estadounidense expuesta por DANNECKER, en «Das Unternehmen als „good Corporate Citizen“ – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 55; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl., Sinzheim, § 9, n.m. 447, quien reconoce que este concepto ha sido introducido ya en la jurisprudencia penal alemana. Este concepto de ciudadano corporativo ha sido utilizado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC* 08-05, p. 18 y s., para otorgar a las corporaciones la capacidad de culpabilidad penal. Críticamente, CIGÜELA SOLA, *InDret* 1.2021, p. 646.

²⁶ En este sentido, TEUBNER, *KritV* 1987, p. 73 y ss.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 263 y s.; HIRSCH, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW* 107 (1995), p. 292; VOGEL, «Wege zu europäisch-einheitliche Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ* 1995, p. 341; WIELAND, «Globalisierung und rechtliche Verantwortung. Die Unternehmung als Akteur der Gesellschaft», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 58. Crítico ante la posibilidad de una subjetividad jurídica de la empresa para justificar la imposición de sanciones penales, VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998, pp. 65, 77 y ss. También crítico se muestra JAKOBS, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), p. 60 y s., pero por la ausencia en la persona jurídica de una capacidad de tomar postura ante la norma, lo cual presupone el acoplamiento de una conciencia con la capacidad de expresión.

²⁷ Vid., esta apreciación, FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 83.

²⁸ Vid., al respecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad jurídico-penal», en *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en coautoría Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, Pamplona, 2012, p. 173; EL MISMO, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 465.

4. La imputabilidad penal de la persona jurídica

En el caso de las personas naturales, la culpabilidad requiere, como primer elemento, una imputabilidad penal, esto es, la capacidad de percibir la realidad que le rodea, valorar esa realidad desde los parámetros jurídico-penales y actuar conforme a esa valoración²⁹. En nuestro sistema penal esta capacidad empieza a partir de los 18 años³⁰, cuando la persona natural adquiere la llamada capacidad de ejercicio. Se entiende que a partir de ese momento la persona cuenta con la madurez suficiente para sopesar las consecuencias de la realización de hecho contrario a las normas penalmente garantizadas. Pero no basta con alcanzar la mayoría de edad para ser penalmente imputable, sino que es necesario también que el mayor de edad esté en uso de las facultades físicas y mentales necesarias para percibir la realidad, valorarla y actuar en consecuencia. Una persona natural es penalmente imputable únicamente bajo estas condiciones.

El criterio de la edad, como expresión de la madurez necesaria para asumir las consecuencias de las propias acciones, no parece que pueda aplicarse a las personas jurídicas bajo un criterio también cronológico, pues su capacidad de ajustar la actuación colectiva a la norma no depende del paso de más o menos años desde su constitución. El desarrollo de parámetros propios de valoración de la actuación colectiva con los que ponderar sus consecuencias se consigue a partir de alcanzar cierto nivel de complejidad organizativa. Con base en esta idea GÓMEZ-JARA propuso diferenciar, al igual que la persona natural, entre personas jurídicas imputables y no imputables³¹. Como ejemplo más evidente de una falta de organización propia y, por lo tanto, de una inimputabilidad de la persona jurídica se alude al caso de las sociedades offshore³². Pero, bajo esta lógica, podría también incluirse a las empresas

²⁹ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal*, PG, p. 675.

³⁰ Así, como una presunción de la capacidad de actuar culpablemente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, Parte General, I, 4ª ed., Lima, 2011, § 14, n.m. 1663.

³¹ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 425 y ss. De acuerdo también, NIETO MARTÍN, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), p. 141 y s. El Tribunal Supremo Español ha sido receptivo con este planteamiento, señalando en la STS 534/2020 lo siguiente: “solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la “culpa organizativa”, prevista por el artículo 31 bis del Código Penal”.

³² Vid., GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 10 (2010), p. 470. Del mismo parecer es el Tribunal Supremo Español en la STS 534/2020: “Por el contrario, las denominadas “sociedades pantalla” que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del “levantamiento del velo” dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización”. Anteriormente también la STS 108/2019.

individuales de responsabilidad limitada, en las que el propietario y, a la vez, gestor controla completamente el desarrollo de la actividad empresarial y somete a sus propios criterios de valoración la decisión de cometer un delito en dicha actividad³³. En consecuencia, no es el tiempo de existencia de una persona jurídica lo que vale analógicamente como una “mayoría de edad”, sino haber alcanzado un grado de complejidad en su organización que le permite someter su actuación colectiva a objetivos e intereses propios³⁴.

Posiblemente lo más complicado de resolver en el planteamiento propuesto sea la cuestión operativa de cuándo la persona jurídica alcanza esa complejidad organizativa que la convierte en penalmente imputables. Una alternativa podría ser hacer esta determinación en cada caso concreto sin ningún tipo de estandarización, identificando si la específica persona jurídica ha logrado desarrollar internamente parámetros de valoración propios de su actuación. Sin embargo, si lo que se pretende es establecer conceptos análogos a los que se utilizan para determinar la responsabilidad penal de las personas naturales, entonces tendría que fijarse legislativamente también aquí un estándar común para la imputabilidad, como sucede con los 18 años de las personas naturales³⁵. Como criterios estandarizados para establecer que la persona cuenta con una complejidad organizativa que le proporciona parámetros propios de valoración de sus actividades podrían considerarse, por ejemplo, la existencia de una estructura societaria compleja con órganos de decisión y control diferenciados, un número relevante de trabajadores o miembros individuales, niveles importantes de ventas u operaciones mensuales o anuales, la presencia de filiales o subsidiarias, entre otros más. No se trata obviamente de un dato ontológico que el legislador simplemente debe reconocer, sino un límite normativo que debe establecer, recogiendo sin duda los conocimientos aportados por la teoría de las

³³ Abarcando incluso a empresas con trabajadores menores a 50, NIETO MARTÍN, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), p. 141. En la jurisprudencia chilena destaca el caso de la empresa Asevertrans (Sentencia absolutoria dictada el día 2 de junio de 2015, causa caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada”, RIT N° 33- 2014, RUC N° 1100770074-3, emitida por el Tribunal De Juicio Oral en lo Penal de Arica), en donde, invocando el *ne bis in idem*, se dejó sin sanción a una persona jurídica absolutamente controlada por su titular. Crítico ante esta posibilidad por no corresponderse con la decisión del legislador español de incluir a las pequeñas empresas, CIGÜELA SOLA, *InDret* 1.2021, p. 645.

³⁴ Con base en una doble autorreferencialidad, TEUBNER, «Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese», en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Haferkamp/Schmid (Hrsg.), 1987, p. 117.

³⁵ En contra, sin embargo, CIGÜELA SOLA, *InDret* 1.2021, p. 647, destacando además que la complejidad de una persona jurídica podría sufrir reversiones o modificaciones a lo largo del tiempo. Tal crítica vuelve a una estandarización con un criterio cronológico, lo que, como ya se vio, no es el relevante para las personas jurídicas.

organizaciones³⁶. Mientras esta determinación legislativa no se haga, la imputabilidad de la persona jurídica la tendrá que decidir el juez en cada caso concreto³⁷.

La distinción entre personas jurídicas imputables y personas jurídicas inimputables en atención al grado de complejidad organizativa ha sido cuestionada por asumir una lógica binaria en lugar de un sistema gradual mucho más razonable³⁸. En efecto, las exigencias de cumplimiento y las sanciones por su inobservancia deberían variar en función del tamaño y complejidad de la persona jurídica: a mayor complejidad, mayores exigencias y mayores cuotas de responsabilidad, y viceversa. Pero lo cierto es que la propuesta analógica de una imputabilidad penal de la persona jurídica a partir de un nivel de complejidad organizativa no se opone, en lo absoluto, a un sistema gradual. De hecho, una responsabilidad gradual está prevista también en imputabilidad de las personas naturales, al contemplarse una reducción de la sanción penal para los llamados imputables restringidos (artículo 22 del CP). Por lo tanto, resulta plenamente admisible la posibilidad de modular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en función de la mayor o menor complejidad organizativa una vez superado el umbral de la imputabilidad penal.

Cumplido el estándar básico de la “mayoría de edad” de las personas jurídicas con base en un grado de complejidad organizativa, su imputabilidad penal requerirá aún de otro componente: la salud física y mental. La pregunta que habrá que formularse aquí es si resulta posible sostener la existencia de algunas patologías en las personas jurídicas que les impida ponderar adecuadamente sus actuaciones. En la doctrina norteamericana se han esbozado interesantes planteamientos proclives a reconocer en las personas jurídicas cierta situación de insania mental. Obviamente no en los mismos términos de la que pueda aquejar a una persona natural, pero sí de una forma analógica. En ese sentido, el Prof. Mihailis Diamantis, de la Universidad de Iowa, sostiene que en la psicología organizacional se pueden diagnosticar organizaciones disfuncionales, en las que existe un desorden organizacional que les impide ajustar su actuación a las normas penales y las lleva, más bien, por un camino autodestructivo³⁹. En tales casos, debería ser posible alegar una defensa de insania para conseguir un tratamiento

³⁶ Destaca GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 472 que no se trata de un límite ontológico, sino normativo.

³⁷ Como ha decidido hacerlo el Tribunal Supremo Español en la STS 534/2020. Críticamente, CIGÜELA SOLA, *InDret* 1.2021, p. 638 y ss.

³⁸ Así, CIGÜELA SOLA, *InDret* 1.2021, p. 648.

³⁹ Vid., ampliamente, DIAMANTIS, «The corporate insanity defense», *The Journal of Criminal Law & Criminology* Vol. 111, No. 1 (2021), p. 1 y ss., espec. p. 43 y ss.

que responda mejor al problema desde la perspectiva de las víctimas y de los terceros inocentes vinculados con la corporación. De acuerdo con esto, cabría entonces encontrar en las corporaciones la existencia de defectos que inhibirían la volición o afectarían la cognición respecto de la conducta delictiva de acuerdo con los parámetros aceptados para alegar una defensa por “locura”.

Sobre la base de la idea inicialmente aceptada en este trabajo de encontrar criterios analógicos a los que se usan en la determinación de la responsabilidad penal de las personas naturales, considero completamente viable entender que el referente analógico a la salud física y mental de las personas naturales, como condición de su imputabilidad penal, sería, en el caso de las personas jurídicas, la capacidad para instaurar en su organización una cultura corporativa de respeto a la legalidad. Esta imputabilidad penal no requiere que la persona jurídica haya efectivamente desarrollado una cultura corporativa de esas características en su organización, sino que basta con que haya estado en capacidad de hacerlo. Por el contrario, si existe en la persona jurídica un desorden organizacional de un nivel tal que le impide instaurar una cultura corporativa de respeto a la legalidad y, en ese contexto, no puede evitar la realización de una conducta penalmente relevante, debería entonces poder alegar que padecía una patología organizacional que la hace penalmente inimputable. De esta manera, se consolidaría también para las personas jurídicas la idea de que no se les podrá reprochar una falta de fidelidad al Derecho, si organizacionalmente estaban en incapacidad de desarrollar una cultura corporativa de respeto a la legalidad.

Al planteamiento propuesto podría inmediatamente oponérsele el cuestionamiento de que admitir tal inimputabilidad de las personas jurídicas traería consigo la inaceptable posibilidad de sustraerlas fraudulentamente de su responsabilidad penal, pues sus directivos podrían provocar exprofesamente el caos organizativo para preservarla de esta manera de la imposición de sanciones penales con el argumento de su inimputabilidad penal. Semejante objeción no tiene, sin embargo, un asidero consistente, pues, así como en el ámbito de las personas naturales la figura de la *actio libera in causa* impide el uso fraudulento de la inimputabilidad para evadir la responsabilidad penal, lo mismo cabría concluir para las personas jurídicas cuando éstas, para preservarse de sanciones penales, generan deliberadamente una patología organizacional que les impide el desarrollo de una cultura corporativa respetuosa de

la legalidad⁴⁰. De acreditarse que la persona jurídica creó premeditadamente su incapacidad organizacional para desarrollar una cultura de cumplimiento de la legalidad, entonces no tendría que haber ningún impedimento para responsabilizarla penalmente por los delitos cometidos en el desarrollo de sus actividades.

5. Las consecuencias accesorias como medidas de seguridad para personas jurídicas inimputables peligrosas

Cabe preguntarse ahora cómo habría que proceder con las personas jurídicas inimputables que están organizadas de una manera peligrosa en el sentido de estar inclinadas a la realización de conductas penalmente relevantes. Como bien se sabe, en el caso de la persona natural inimputable, lo que corresponde es la imposición de una medida de seguridad. La situación no debería ser distinta para el caso de personas jurídicas inimputables que evidencien una peligrosidad criminal⁴¹. Sin embargo, las medidas de seguridad recogidas en la regulación penal están diseñadas para ocuparse de la peligrosidad de personas naturales, por lo que su ámbito de aplicación no podría extenderse sin más a la que es propia de las personas jurídicas. Bajo este contexto, admitir entonces la existencia de personas jurídicas inimputables traería consigo la indeseable consecuencia de dejar sin ningún tipo de respuesta los casos en los que éstas son peligrosas.

Considero que, en realidad, no existe un vacío regulativo en el caso de las personas jurídicas inimputables que sean peligrosas, pues lo que correspondería es acudir a las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del CP. Podría sostenerse que estas medidas sólo tienen sentido cuando un sistema jurídico-penal no recoge la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, de manera tal que con la aprobación en nuestro país de la Ley N° 30424 ya no tendría sentido mantener la posibilidad legal de aplicar consecuencias accesorias a personas jurídicas. Tal conclusión, sin embargo, no es del todo correcta, pues, si bien no habría necesidad de preverlas para las personas jurídicas a las que ya se les pueda sancionar penalmente, todavía son necesarias para aquellas otras que no responden penalmente. Por un lado, las consecuencias accesorias seguirán siendo aplicables a personas

⁴⁰ En el mismo sentido, con base en los criterios jurídicos desarrollados al respecto en el derecho estadounidense, DIAMANTIS, *The Journal of Criminal Law & Criminology* Vol. 111, No. 1 (2021), p. 42.

⁴¹ Así con claridad en el sistema jurídico estadounidense, DIAMANTIS, *The Journal of Criminal Law & Criminology* Vol. 111, No. 1 (2021), p. 65 y ss. Sobre la conveniencia político-criminal de un sistema de doble vía para las personas jurídicas, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 475.

jurídicas cuando el delito involucrado no sea alguno de los recogidos en la Ley N° 30424. Pero, por otro lado, es posible también que, incluso respecto de los delitos previstos en la Ley N° 30424, una persona jurídica tampoco responda penalmente por su falta de imputabilidad conforme a los criterios expuestos en el apartado precedente. En estos casos, si la persona jurídica está organizada de una manera tal que existe el peligro de que sus miembros individuales puedan volver a cometer un delito, lo que corresponderá es la aplicación proporcional de una consecuencia accesoria⁴². No se trata, por lo tanto, de sanciones penales que respondan a la culpabilidad de la persona jurídica⁴³, sino de medidas preventiva impuestas que apuntan a mitigar el peligro de que la organización de la persona jurídica pueda ser nuevamente utilizada por sus representantes o administradores para la comisión de otros delitos⁴⁴.

De lo expuesto se puede concluir que las consecuencias accesorias se aplican a una persona jurídica penalmente inimputable si existe un peligro relevante de que su organización facilite o encubra la realización de hechos delictivos⁴⁵. El delito cometido por el sujeto individual pone a la vista del sistema penal una situación objetiva de peligrosidad criminal de la organización que debe ser erradicada de cara a una protección integral de los bienes jurídicos⁴⁶. A diferencia de las penas, como puede fácilmente percibirse, la imposición de las consecuencias accesorias se guía por una lógica abiertamente prospectiva que no depende de

⁴² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 131 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 99; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 801 y s.

⁴³ Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte General, 5ª ed., Valencia, 2016, p. 538. En la doctrina nacional, igualmente, ALPACA PÉREZ, «Reflexiones en torno al estado actual de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40 (2012), p. 75. En la jurisprudencia nacional cabe destacar la Resolución N° 11 del 13 de marzo de 2019 emitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios en el Exp. N° 00249-2015-39 (Caso del Partido Nacionalista).

⁴⁴ Igualmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUCP, Lima, 1999, p. 19; PINEDO HIDALGO, «La vulneración del *non bis in idem* mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27 (2011), p. 99 y s.

⁴⁵ Vid., en la doctrina penal nacional, GARCÍA CAVERO, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Lima, 2008, p. 82 y ss.; ARBULÚ RAMÍREZ, «Fraude de etiquetas en la responsabilidad de las personas jurídicas de la Ley N° 30424», *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 59; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, Lima, 2013, p. 189; REYNA ALFARO, «Notas sobre la regulación legal de las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas jurídicas al estilo Twitter», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 46 y s.; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «Reflexiones sobre la aplicación de medidas accesorias a las personas jurídicas en la praxis judicial actual», *Actualidad Penal* 2 (2014), p. 157.

⁴⁶ Similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Montevideo, 2009, p. 83 y s. desde la perspectiva de negar la capacidad delictiva de las personas jurídicas.

una culpabilidad por el delito cometido. Se trata claramente de consecuencias jurídicas que no tienen un carácter punitivo, sino preventivo. Lo que se procura es evitar que la persona jurídica inimputable pueda ser utilizada nuevamente por personas naturales en la realización de futuros delitos. Lo que es objeto de debate es si las consecuencias accesorias se imponen a la persona jurídica como un sujeto de imputación⁴⁷ o como un objeto peligroso⁴⁸. Si bien la respuesta a esta cuestión no plantea diferencias prácticas relevantes⁴⁹, parece que lo más razonable de cara a la vigencia de ciertas garantías como la proporcionalidad sería tratarla como un sujeto, aunque penalmente inimputable.

6. Conclusiones

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas debe determinarse con una teoría del delito que sea analógica a la que se utiliza para establecer la responsabilidad penal de las personas naturales.

2. La culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica por un hecho penalmente desvalorado cometido en el desarrollo de sus actividades corporativas consistirá en una falta de fidelidad al Derecho que se pone de manifiesto al haberse autoorganizado defectuosamente en la realización de un hecho socialmente perturbador y cuestionar comunicativamente la vigencia de la norma defraudada por ese hecho.

3. La imputabilidad es un elemento de la culpabilidad de la persona jurídica que permite hacerle el juicio de reproche por su falta de fidelidad al Derecho. Esa imputabilidad precisa, en primer lugar, un nivel de complejidad de su organización que la lleve a desarrollar parámetros propios de valoración de la actuación colectiva y, por lo tanto, a ponderar sus consecuencias desde esos parámetros. En segundo lugar, la imputabilidad de la persona jurídica requiere de una organización “saludable”, en el sentido de no padecer de un desorden organizacional que le impida instaurar una cultura corporativa de respeto a la legalidad.

⁴⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 133 y ss.

⁴⁸ Vid., así FEIJOO SÁNCHEZ, en «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 178 y ss.; RAMÓN RIBAS, «La respuesta del Derecho penal moderno al delito: Del Derecho penal de doble vía ¿al Derecho penal de cinco vías?», en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Faraldo Cabana (dir.), Valencia, 2004, p. 247; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 276.

⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 179 y s., habla de diferencias accidentales, secundarias o de matiz.

4. Si la persona jurídica inimputable está inclinadas a la realización de conductas penalmente relevantes, lo que corresponderá es la imposición de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del CP. Esta imposición se sustenta en la peligrosidad de la forma como se encuentra organizada la persona jurídica, en el sentido de favorecer u ocultar la comisión futura de hechos delictivos por parte de sus miembros individuales.

7. Bibliografía

ALPACA PÉREZ, «Reflexiones en torno al estado actual de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, 2012.

ARBULÚ RAMÍREZ, «Fraude de etiquetas en la responsabilidad de las personas jurídicas de la Ley N° 30424», *Actualidad Penal* 25, 2016.

BOTTKE, «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996.

BOTTKE, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen „stramündig“ werden?», *wistra* 1997.

CIGÜELA SOLA, «La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre», *InDret* 1.2021.

CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015.

DANNECKER, «Das Unternehmen als „good Corporate Citizen“ – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998.

DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001.

DIAMANTIS, «The corporate insanity defense», *The Journal of Criminal Law & Criminology* Vol. 111, No. 1, 2021.

EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin, 1993.

ENGISCH, *La doctrina de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, (trad. Guzmán Dálbora), Montevideo, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Montevideo, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Caveró (coord.), Mendoza, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002.

GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, Lima, 2013.

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, Parte General, 4ª ed., Lima, 2022.

GARCÍA CAVERO, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Lima, 2008.

GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel», *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 10, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Autorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial» *RECPC* 08-05, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad jurídico-penal», en *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en coautoría Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, Pamplona, 2012, p. 173; El Mismo, *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 10, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.

GÜNTHER, «Acción voluntaria y responsabilidad criminal», (trad. Alcácer), en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Alcácer (comp.), Buenos Aires, 2007.

HEINE, «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», *SchwZStr* 120, 2001.

HEINE, «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur“», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998.

HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995.

HIRSCH, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW* 107, 1995.

HURTADO POZO, «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001.

HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, Parte General, I, 4ª ed., Lima, 2011.

JAKOBS, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», (trad. Suárez González), en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004.

JAKOBS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.).

JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004.

KAUFMANN, ARTHUR, *Analogía y naturaleza de las cosas. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago de Chile, 1976.

KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976.

KAUFMANN, ARTHUR, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1950.

KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., (trad. Borda/Montoya), Bogotá, 1999.

KREMNITZER/GHANAYIM, «Die Strafbarkeit von Unternehmen», *ZStW* 113, 2001.

LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, (trad. Gómez-Jara/Orce/Polaino-Orts), Lima, 2003.

LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, (trad. Ragués), Bogotá, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte General, 5ª ed., Valencia, 2016.

MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUCP, Lima, 1999.

NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal», en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.).

PIETH, «Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz», *SchwZStr* 120, 2001.

PINEDO HIDALGO, «La vulneración del *non bis in ídem* mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, 2011.

RAMÓN RIBAS, «La respuesta del Derecho penal moderno al delito: Del Derecho penal de doble vía ¿al Derecho penal de cinco vías?», en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Faraldo Cabana (dir.), Valencia, 2004.

REYNA ALFARO, «Notas sobre la regulación legal de las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas jurídicas al estilo Twitter», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62, 2014.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «Reflexiones sobre la aplicación de medidas accesorias a las personas jurídicas en la praxis judicial actual», *Actualidad Penal* 2, 2014.

SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», (trad. Peñaranda Ramos/Pérez Manzano), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995.

SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos directivos en la Unión Europea, (trad. Sacher), conferencia dictada en el Seminario “Constitución europea y Derecho penal económico”, dirigido por el Prof. Bajo Fernández, Universidad Autónoma de Madrid.

SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Caveró (coord.), Mendoza, 2004.

SPAEMANN, *Philosophische Essays*, Stuttgart, 1994

TEUBNER, «Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese», en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Haferkamp/Schmid (Hrsg.), 1987.

TEUBNER, «Unternehmenskorporativismus», *KritV* 1987.

TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl., Sinzheim.

VAN DER VEN, «Verantwortung und Verantwortlichkeit», en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), Tübingen 1983.

VOGEL, «Wege zu europäisch-einheitliche Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ* 1995.

VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998.

WIELAND, «Globalisierung und rechtliche Verantwortung. Die Unternehmung als Akteur der Gesellschaft», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998.

Public compliance nas licitações e contratos administrativos

Public compliance in bids and administrative contracts

Rodrigo de Castro Villar Mello¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho aborda o tema *compliance* como mecanismo de prevenção de desvios funcionais, fraudes e corrupção na Administração Pública, especialmente no âmbito das licitações e contratos administrativos. Nessa esteira, demonstrar-se-á que essa prática é produto de um processo evolutivo recente que migra do setor privado para o público com o desiderato de promover a integridade no ambiente público, conferir maior dimensionamento à eficiência, que predica a atividade administrativa, e estabelecer um modelo bem delineado de responsabilidade e comportamentos responsivos. Inaugura-se um novo quadro estrutural de boas práticas de governança pública que passa a exigir o comprometimento de todos órgãos públicos, instituições de caráter público e empresas estatais, sobremaneira da alta administração.

Palavras-chave: *Compliance* Público. Integridade. Alta administração. Licitações e contratos administrativos.

Abstract: The present work addresses the theme compliance as a mechanism for the prevention of functional deviations, frauds, and corruption in the Public Administration, especially in the scope of bids and administrative contracts. In this regard, it will be demonstrated that this practice is the product of a recent evolutionary process that migrates from the private to the public sector with the desideratum of promoting integrity in the public environment, giving a greater dimension to efficiency, which predates the administrative activity, and establishing a well delineated model of responsibility and responsive behavior. It inaugurates a new structural

¹ Professor nas matérias de *Compliance (Criminal Compliance)*, Direito Penal (Econômico) e Direito Processual Penal. Pesquisador e colaborador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* (CPJM-UERJ). Coordenador e integrante do corpo docente do CEPED-UERJ. Especialista em Ciências Criminais, em Direito Processual Civil e em Direito para a Carreira da Magistratura pela EMERJ. Mestre em Direito Penal Econômico e Doutorando em Direito Penal pela UERJ.

framework of good practices of public governance that starts to require the commitment of all public agencies, institutions of public character and state-owned companies, especially the senior management.

Keywords: Public Compliance. Integrity. Senior Management. Public Bids and Contracts.

1. Introdução

O tema governabilidade tem como imperativo a viabilização das “condições políticas” do projeto de Estado, a exemplo das condições substantivas inerentes a definição de regras, estruturas e processos institucionais; formulação de planejamento estratégico, inclusive para a atuação na ordem econômica e para alinhamento entre leis orçamentárias, disponibilidade e alocação de recursos públicos; concretização de políticas públicas e tomadas de decisões políticas; e formação de ajustes cooperativos e de padrões de articulações, inclusive entre Poderes, instituições, órgãos e agentes.

Trata-se de uma capacidade política do Estado de governar que deve estar pautada em princípios democráticos para realização das tarefas sociais e consecução do interesse público. Essa capacidade política instrumentaliza-se por meio da governança, é dizer, mediante um sistema abrangente de estratégias de gerenciamento dos bens e interesses públicos, planejamento, supervisão, controle, monitoramento e direcionamento da atividade política e da função administrativa no novo formato da administração pública gerencial também chamado de nova gestão pública (*new public management*).

Exsurge um novo modelo pautado na necessidade de atuação preventiva e na responsividade, “um tipo de Administração Pública que seja, a um só tempo, transparente e dialógica nas suas ações, mas também proba e imparcial nas suas relações.”¹ Trata-se de uma alteração estrutural e funcional que passa a exigir, inclusive o compromisso e apoio da alta administração do órgão ou entidade, o denominado *tone from the top* do setor privado – ou o “exemplo vem de cima” –, e a incorporação de novos instrumentos para disseminação e concretização de uma cultura de *compliance*.

¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O estado democrático como princípio estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática*. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, p. 164, jul./dez. 2016.

De efeito, o rompimento com o paradigma gerencial administrativo burocrático anterior pressupõe adoção de comportamentos dos agentes públicos que estão no topo hierárquico para que os integrantes das estruturas inferiores não tenham dúvida acerca dos padrões elevados de conduta ética e gestão e, assim, contribuam para a disseminação e concretização da cultura organizacional de integridade.

A governança corporativa e seus instrumentos, na perspectiva dimensional revelada pelo termo *corporate governance* (governança corporativa) consagrado no final da década de 1970, migram para o setor público, como um *benchmarking* sob novas cores e matizes, para conferir sentido ao dever de cumprir as tarefas de interesse público com maior responsabilidade, proatividade, transparência e equidade, sem descurar-se o gestor público do dever de prestação de contas (*accountability*) dos resultados obtidos quando da gestão dos bens e valores confiados a sua responsabilidade.²

Conecta-se, desta feita, o tema governança no setor público e *compliance*, que é o objeto deste trabalho. A análise perpassará, portanto, pela compreensão do *compliance* e sua importância para o setor público, inclusive para o procedimento de licitação, bem como para sua função instrumental ao combate de desvios funcionais dos agentes públicos que atuam para satisfação de interesses ilegítimos no ambiente de licitações e contratos administrativos.

2. *Public Compliance* e o comprometimento da alta administração

A pauta do empenho global de promoção da ética e combate à corrupção e às fraudes, no âmbito de órgãos, instituições e empresas estatais evidencia a importância do dever de “estar em *compliance*”, ou seja, estar em conformidade com as normas internas e externas e com as boas práticas de governança,³ que viabilizam a adequada gestão de riscos (*governance, risk and compliance* - GRC).

² O Professor Artur de Brito Gueiros Souza destaca que os programas de *compliance* ou integridade foram teorizados e incorporados, num primeiro momento, na iniciativa privada. Mais tarde foram transpostos para a seara da Administração Pública de diversos países, com as devidas matizações, em uma ambiência em que a política criminal de alcance internacional se preocupava com eficiência a fim de enfrentar o fenômeno da corrupção ativa e passiva (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *O compliance no Ministério Público. Compliance program in The Public Prosecution Service. Revista Científica do CPJM*, 1(04), 18–43. Disponível em: <<https://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/92>>.

³ Acerca da origem, definição e terminologia do termo *compliance*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021, passim. No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance programs: una visión panorámica. In RCPJM*, Vol. 01, N. 03, 2022, p. 3. Disponível em <https://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/58/75>.

Nesse cenário, edificaram-se novos instrumentos para a proteção da probidade e da moralidade administrativa e otimização da gestão da coisa pública, inclusive integrando a sociedade – os cidadãos e as organizações da sociedade civil são *stakeholders* – no processo cooperativo democratizante de combate a fenômenos corruptivos e de incentivo global de práticas relacionadas à transparência dos governos.⁴ Ganha dimensão o tema *compliance* cooperativo, uma técnica moderna de *enforcement* para implementação de programas de integridade por agências e órgãos administrativos.⁵

Adán Nieto Martín destaca que é possível identificar o *compliance*, como ferramenta para a prevenção de fraudes na contratação, como uma iniciativa evidente desde o surgimento da *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* (DII), uma organização sem fins lucrativas formada por associados, principalmente da indústria aeroespacial e de defesa, que realizam contratos com o governo dos Estados Unidos. Segundo o autor, a DII é uma iniciativa decorrente das fraudes da indústria de armas em seus contratos com o Departamento de Defesa

⁴ A participação cívica nos assuntos públicos é um dos pilares sobre o qual se edificou a Parceria para o Governo Aberto (*Open Government Partnership* – OGP), uma “iniciativa internacional que pretende difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social. A OGP foi lançada em 20 de setembro de 2011 e o Brasil é um dos oito países fundadores da Parceria, sendo reconhecido como protagonista no cenário internacional no que diz respeito ao tema.” O Decreto nº 10.160, de 9 de dezembro de 2019, instituiu a *Política de Governo Aberto*. (Brasil. Ministério da Controladoria Geral da União. Parceria para Governo Aberto. Disponível em <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-politicas-digitais/politicas-e-planos-de-acao-para-governo-aberto#:~:text=A%20Parceria%20para%20Governo%20Aberto,melhoria%20da%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os>>. Acesso em 28 maio 2022). Deve-se destacar a criação de programas de denúncia para que denunciantes – *whistleblowers* ou “soprador do apito” – auxiliem em investigações policiais, prestando informações, com direito à preservação de sua identidade, a qual apenas pode ser revelada se houver comunicação prévia ao informante, sua concordância formal e se trate de caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. Assegura-se, ainda, ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas, bem como possibilidade de ser recompensado em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (artigos 4º-B e 4º-C, da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018).

⁵ Cf. “En vez de fundamentar la inspección en una estrategia policial, tendente a descubrir irregularidades y sancionar, el cumplimiento cooperativo trata de establecer un clima de confianza entre los supervisores y los sujetos obligados con el fin de que se comuniquen con lealtad los problemas que pueden tener para cumplir con una determinada regulación o las dudas que le surgen al interpretarla. Los programas de cumplimiento normativo dentro de esta nueva estrategia constituyen una herramienta para crear ese clima de confianza, de buena relación, entre la agencia administrativa y las empresas que supervisan.” (NIETO MARTÍN, op. cit. p. 3)

nos anos finais da guerra fria. Nesse momento, o Ministério da Defesa passou a exigir que as empresas participantes de licitações públicas tivessem programas de *compliance*.⁶

Mais tarde, estratégias semelhantes foram adotadas em outros segmentos, como no setor de saúde e no sistema de *debarment* ou listas negras do Banco Mundial, com o intuito de proibir temporária – até a implementação de um programa de *compliance* e melhora da cultura de controle – ou definitivamente a recontração no caso de empresas que realizam algum tipo de fraude em contratos financiados com os fundos do banco. Cite-se ainda os regulamentos europeus de contratação pública, nos quais os programas de *compliance* também desempenham um papel importante para viabilizar que as empresas cujos diretores tenham sido sancionados por atos de corrupção voltem a participar de licitações públicas.⁷

Artur Gueiros aponta que diversas foram as razões que favoreceram a incorporação dos modelos de *compliance* no setor público: (1) a elaboração ou, ao menos, a modernização de códigos de ética ou de boas práticas para guiar comportamento dos agentes no âmbito das organizações; (2) o mapeamento ou cartografia dos riscos decorrentes, direta ou indiretamente, das atividades organizacionais; (3) o comprometimento da alta administração em ser a primeira a cumprir com as regras estabelecidas pelo programa; (4) o estabelecimento ou aprimoramento dos canais de denúncia para recebimento de informações sobre irregularidades; (5) a criação de um sistema de proteção para o informante; e (6) a investidura de uma pessoa ou órgão com atribuição de fiscalizar o atendimento das normas de conformidade por parte dos servidores ou por terceiros com os quais se estabeleçam negócios, dentre outras estratégias gerenciais dos riscos de integridade.⁸

De efeito, as funções de prevenção, coordenação, orientação e apoio à integridade pública⁹ são concebidas para assegurar que a gestão pública não sofra interferências de

⁶ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 3.

⁷ Ibidem.

⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (2022). *O compliance no Ministério Público / Compliance program in The Public Prosecution Service*. Revista Científica do CPJM, 1(04), 18–43. Recuperado de <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/92>, p. 19-20.

⁹ A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define integridade pública como o alinhamento e a adesão a normas, valores, princípios éticos compartilhados para defender e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público. De acordo com a OCDE, a corrupção é uma das questões mais corrosivas do nosso tempo e está sendo relatada como a preocupação número um dos cidadãos, causando mais preocupação do que a globalização ou a migração. (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública*. Disponível em: <www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/conflito-de-interesses>. Acesso em: 26 maio 2022.

interesses privados, coibindo desvios funcionais, sobremaneira em diversos ambientes de maior risco de integridade, como em matéria de corrupção, lavagem de capitais, concorrência, ambiental e de mercado de valores mobiliários. Busca-se defender e priorizar o interesse público, integrando correição à integridade ética e legal; o dever dos agentes públicos para com a transparência, equidade, prevenção, detecção, correção e participação no processo de apuração de irregularidades com às normatividades jurídicas.

No plano interno, essa realidade é consolidada por intermédio de uma série de normatividades e diretivas promocionais em prol da integridade, transparência, prestação de contas, participação social, ações correccionais e punitivas,¹⁰ bem como pela criação de diversos mecanismos e órgãos de integridade, a exemplo da Controladoria-Geral da União, Comissão de Ética Pública (CEP), Tribunal de Contas da União, Conselho de Atividades Financeiras (COAF). São medidas que primam pelo comportamento ético e legal na gestão da coisa pública e no desempenho da atividade administrativa a fim de combater esse fenômeno corrosivo, que é a corrupção.¹¹

Num prisma referencial recente, cite-se o Decreto Presidencial nº 10.756, de 27 de julho de 2021, que instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (SIPEF), no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, definiu programa de integridade no seu artigo 2º, inciso I, incumbido de criar uma unidade de gestão da integridade (UGI), para prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades e de outros desvios éticos e de conduta.

¹⁰ A preocupação com a política de *compliance* remonta ao início do século passado como instrumento de regulação, fiscalização de atividades e promoção de integridade em ambientes propícios à regulação. No Brasil, a política de *compliance* irradia efeitos com a Resolução n. 2.554 do Banco Central do Brasil (BACEN) de 1998, que estabeleceu a necessidade de implantação de sistemas de controle interno no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, em observância ao primados do Acordo de Basiléia firmado em 1988 para fixar maior controle sobre o sistema financeiro.

¹¹ Nesse sentido, Artur Gueiros pondera que, em janeiro de 2022, foi publicada a Resolução nº 757/2021, instituindo o Programa de Integridade no Supremo Tribunal Federal (STF), que objetiva implementar um conjunto de medidas e ações institucionais sistematizadas voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de irregularidades administrativas, condutas ilícitas e desvios éticos, permitindo que vários instrumentos de gestão e controle passassem a ser vistos em conjunto, com abordagem e utilização sistêmicas, com destaque para o alinhamento da Corte Suprema para com as recomendações internacionais acerca das estratégias de *compliance* no setor público. Destaca ainda o ilustre professor que, “ao lado do mencionado Programa de Integridade do CNMP, outras unidades e ramos do Parquet brasileiro têm instituído semelhante normativa, como, v.g., o Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO)⁵⁴ e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP-SC),⁵⁵ além de outros.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros, 2022, op. cit., p. 36)

O órgão central do SIPEF é a Controladoria-Geral da União (CGU), responsável pelas providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal, inclusive por meio de interlocução entre órgãos, promoção de capacitações e certificações e veiculação de informativos e normativos sobre integridade pública.

Em janeiro de 2019, a CGU publicou a Portaria nº 57, de 04 de janeiro de 2019, alterando a Portaria nº 1.089/2018, para regulamentar o Decreto nº 9.203/2017 e estabelecer procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de integridade em órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com destaque para o comprometimento da alta administração refletido em elevados padrões de gestão, ética e conduta, bem como em estratégias e ações para disseminação da cultura de integridade no órgão ou entidade.

O Painel de Integridade Pública da CGU, atualizado em março de 2022, incumbido do panorama de cumprimento das etapas de implementação do Programa de Integridade, informações qualitativas sobre o processo de implementação do Programa e sobre a posição da UGI na governança do órgão/entidade, aponta que dos 187 órgãos federais 186 já indicaram sua UGI (99%); 152 definiram o fluxo interno para verificação de situações de nepotismo (81%); 174 instituíram unidade de comissão de ética (93%); 161 definiram fluxo interno para análise de consulta sobre conflitos de interesses (86%); 165 definiram de fluxo interno para tratamento de denúncias (88%); 171 designaram área responsável pela condução de processos disciplinares (91%); 161 realizam levantamento de riscos para a integridade, com definição de área responsável pela gestão de riscos (89%); e 186 aprovaram plano de integridade (99%).

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 46.745, de 22.08.2019, implementou o Programa de Integridade Pública no âmbito dos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional para promover a ética, a moralidade, a integridade e a eficiência. O referido Decreto foi regulamentado pela Resolução CGE-RJ nº 124, de 04 de fevereiro de 2022, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado Rio de Janeiro adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade.

Desta feita, a Administração Pública passa atuar preventivamente no desempenho de suas atividades, com compromisso irrefutável com diversas normas e diretrizes estabelecidas para cada setor específico, bem como com a prevenção e repressão de infrações, preservando valores de honestidade, transparência, equidade e integridade. Associa-se governança pública à eficiência – ou melhor ao princípio da boa administração –, a responsabilidade e a ética à atividade política e à função administrativa como axiomas indissociáveis do catálogo de compromissos do setor público.¹²

Pode-se afirmar que o *compliance*, a boa governança e a responsabilidade no ambiente público e privado corporativo são produtos desse processo evolutivo que impôs uma necessária simbiose entre boas práticas de governança, propensões e finalidades dos agentes que integram organizações privadas e públicas, inclusive daqueles que ocupam a alta administração e exercem funções de liderança. O comprometimento da alta administração com a política de integridade e funcionamento adequado do programa reforça o estado de conformidade e contribui para sua difusão.

Nessa perspectiva, o *compliance* pode ser delineado sob a órbita de instrumentos de *soft law* e *hard law*.¹³ Precipuamente, cite-se a atuação de organizações internacionais como a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção para compreensão e disseminação dos programas de integridade. Adán Nieto elucida que, nos últimos anos, muitos países têm proliferado agências anticorrupção, cujas características essenciais se encontram no art. 5 e 6 da Convenção das Nações Unidas contra a

¹² Segundo a *International Federation of Accountants* (IFAC) e o *Chartered Institute of Public Finance and Accountancy* (CIPFA), a função da governança é garantir que uma organização ou parceiro cumpra seu propósito geral, alcance os resultados pretendidos para os cidadãos e usuários de serviços e opere de maneira eficaz, eficiente e ética. (International Federation of Accountants (IFAC; Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA). *International framework: Good governance in the public sector*. July 2014. Disponível em: <https://www.ifac.org/system/files/publications/files/International-Framework-Good-Governance-in-the-Public-Sector-IFAC-CIPFA.pdf>). Acesso em: 26 maio 2022.

¹³ Segundo Machado, ao contrário da expressão *hard law*, “soft law refere-se aos instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos.” (MACHADO, Máira Rocha. *A internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 45)

corrupção. Sua função básica consiste em ajudar, promover e controlar que as administrações públicas implementem corretamente as medidas de prevenção à corrupção.¹⁴

A recomendação sobre integridade pública da Organização para a OCDE que, ao definir integridade pública como o consistente alinhamento e a adesão à valores éticos, princípios e normas compartilhados para defender e priorizar o interesse público sobre interesses privados no setor público, estabelece que uma estrutura coerente e sistema abrangente de integridade pública é alcançada com a demonstração de compromisso nos mais altos níveis políticos e gerenciais no setor público para melhorar a integridade pública e reduzir a corrupção; esclarecimento de responsabilidades institucionais em todo o setor público para fortalecer a eficácia da integridade pública; e estabelecimento de padrões de conduta para funcionários públicos; além de outras medidas.¹⁵

Por sua vez, desenvolvem-se padronização relacionadas a aspectos gerais dos programas de integridade e a aspectos específicos como a prevenção de práticas corruptas. Na esteira do ensinamento de Adán Nieto, essas regras de padronização melhoram a autorregulação interna, pois medem a eficácia do sistema de gestão. Essas regras não determinam o conteúdo dos controles que as empresas devem ter e conferem prêmios ao estabelecimento de habilidades dos membros da organização, objetivos a serem alcançados, tarefas a serem executadas, fluxos de informações, etc. Ademais, a obtenção de um certificado aumenta as oportunidades de negócios da empresa e, em determinados setores, podem ser um fator importante para que a empresa seja escolhida como fornecedora.¹⁶

O Sistema de Gestão Antissuborno descrito na ISO 37001:2016 desenvolvida pela *International Organization for Standardization* aponta que a Alta Direção deve ter total responsabilidade pela implementação e conformidade com o sistema antissuborno e deve demonstrar liderança e comprometimento com relação ao sistema. A obtenção da certificação ISO 37001:2016 esclarece que o comprometimento dos órgãos da administração com a gestão ética e responsável é necessário para combater a oferta, promessa, doação, aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida de qualquer valor (financeiro ou não financeiro), direta ou indiretamente, e independente de localização, em violação às leis aplicáveis, como um

¹⁴ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 19.

¹⁵ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf>>. Acesso em 28 maio de 2022.

¹⁶ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 10.

incentivo ou recompensa para uma pessoa que está agindo ou deixando de agir em relação ao desempenho das suas obrigações.

O referido *standard* internacional é aplicável apenas ao suborno, mas o sistema de gestão pode incluir outras práticas corruptas, tais como fraude, cartéis, antitruste/anticoncorrencial, lavagem de dinheiro. Mais recentemente, a entidade suíça *International Organization for Standardization (ISO)* publicou a ISO 37301:2021, que é uma norma mais abrangente substituta da ISO 19600:2014 (Sistema de Gestão de *Compliance*, com diretrizes também reativas à corrupção, cuja origem remonta ao *Australian Standard 3806*) e que permite certificações para diferentes setores.

De acordo com a ISO 37301:2021, *compliance* significa “atender todas as obrigações de *compliance* da organização” (item 3.26) e as obrigações de *compliance* são os “requisitos que uma organização mandatoriamente tem que cumprir, como também os que uma organização voluntariamente escolhe cumprir” (item 3.25). Os padrões internacionais residem em pontos comuns, principalmente no comprometimento da alta administração e na criação de controles e procedimentos de monitoramento de riscos.

2.1 A responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade na nova Lei de Licitações

A licitação é um processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei para legitimar a celebração de contrato administrativo que assegure o tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evite contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentive a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Trata-se de um processo que, de acordo com o artigo 2º, *caput*, e parágrafo único, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, alcança i) alienação e concessão de direito real de uso de bens; ii) compra, inclusive por encomenda; iii) locação; iv) concessão e permissão de uso de bens públicos; v) prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; vi) obras e serviços de arquitetura e engenharia; e vii) contratação de serviços de tecnologia da informação e de comunicação.

Por outro lado, a nova Lei de Licitações não incidirá (artigo 3.º) nos contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e de concessão de garantia relacionadas a esses contratos;

e nas contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria. Ademais, a nova Lei de Licitações não incide sobre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, , ressalvado o disposto no seu artigo 178 da Lei de Licitações, que trata dos crimes em licitações e contratos administrativos (artigo 1º, § 1.º, da nova Lei de Licitações).

Vale destacar que a nova Lei de Licitações, a exemplo da legislação pretérita (Lei 8.666/1993), evidencia um caráter híbrido, é dizer, é uma lei nacional quanto às normas gerais e uma lei federal no tocante às normas específicas. Apesar dessa natureza, o diploma legal traz importantes disposições sobre o papel da alta administração, nos artigos 11, parágrafo único, e 169, §§1º e 3º, bem como sobre as diligências imanentes ao *compliance* nas licitações e contratações públicas, como o disposto nos artigos 18, I e X, § 1º, I e X; 25, *caput* e §4º; 48, parágrafo único; 60, inciso IV; 117; 156, inciso V; e 163, parágrafo único.

O referido artigo 11, parágrafo único da nova Lei de Licitações determina que a alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos para o processo licitatório, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

A alta administração do órgão ou entidade tem ainda responsabilidade de levar a efeito práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo sobre as contratações públicas, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas (artigo 169, da nova Lei de Licitações).

Como se pode observar, o novo marco legal do processo administrativo de licitação trouxe uma relevante novidade que não existia expressamente na legislação pretérita. Elencou como pilares do programa de integridade pública o comprometimento da alta administração, a elegeu como área responsável pela gestão do programa, exigiu a implementação de processos

e estruturas, a elaboração de código de ética e conduta, a instituição de canal de comunicação, sistemas de controles internos, inclusive de monitoramento e avaliação de riscos licitatórios.

O novel quadro normativo torna, ainda, factível o processo de *due diligence* para orientar o processo licitatório, permitindo a coleta de informações sobre o participante e os possíveis riscos associados às suas operações econômicas, de sorte a identificar, prevenir ou mitigar possíveis efeitos adversos capazes de comprometer o interesse público. Assegura-se, assim, os desideratos e o próprio objeto do processo licitatório, conferindo transparência e segurança ao ambiente público e econômico, além, ainda, de fortalecer a governança corporativa (*corporate governance*) perante os parceiros participantes ou contratantes.

Vale destacar que a nova realidade de instituição de procedimentos de controles internos espelha o disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei n. 13.303/2016, que trata da gestão da integridade nas empresas estatais, estabelecendo a obrigação de criação de código de conduta e integridade para assegurar, principalmente, a higidez corporativa, as práticas de *disclosure* sobre gerenciamento de riscos e a prestação de contas (*accountability*).

A importância da temática sedimenta a própria criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (artigo 174 da nova Lei das Licitações), que permitirá o controle exercido pelos entes públicos e também pela própria sociedade, inclusive viabilizando o acesso às informações referentes à execução do contrato. Isso vai possibilitar a comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes. De efeito, o princípio da transparência, catalogado no artigo 5º da referida Lei, densifica-se para estabelecer formas plurais de prestação de contas transcendentais às esferas dos envolvidos no processo licitatório.

No cenário atual de conformidade global e transfronteiriça (*cross-border compliance*), que há muito despertou para o combate às fraudes, à corrupção, à lavagem de dinheiro e à evasão fiscal, inclusive com a formatação de arranjos globais que se dedicam a tais desideratos, em especial no ambiente de promoção do *compliance* público, a nova Lei falhou ao não exigir a apresentação prévia de programa de integridade para a contratação com o parceiro público.

Como visto acima, o *compliance* será exigido do licitante vencedor somente no prazo de seis meses após a celebração do contrato, nos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, não obstante a prévia existência do programa seja critério de desempate entre duas ou mais propostas (artigo 25, § 4º, da nova Lei de Licitações). Isso deixa um flanco aberto a diversos riscos – financeiros, operacionais, de imagem etc. –, o que é algo intolerável,

principalmente para a probidade e a moralidade administrativa, representando, ainda, uma possível fragilização da própria gestão da coisa pública.

A implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade contribui para a avaliação de riscos do terceiro contratante e, assim, assegura a integridade do patrimônio público e mantém o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade. A exigência incentiva a implementação de uma política de *compliance* na cadeia de negócios, além de viabilizar a detecção dos riscos de terceiros capazes de afetar a integridade das empresas comprometidas com seus programas.

Essa cautela remonta a própria essência do *compliance* como resposta à atividade autorregulatória de órgãos estatais. Adán Nieto destaca que, desde a primeira fase de concepção das funções de *compliance* ligada ao surgimento das agências administrativas nos Estados Unidos, admitia-se que fosse negada a habilitação para atuar em determinados setores se não houvesse controles adequados estabelecidos, bem como viabilizava-se a imposição de sanções administrativas ou civis.¹⁷

Trata-se de conjugação de esforços públicos e privados periódica balizado em diversos critérios de avaliação muito além do só comprometimento da administração. A idoneidade e a capacidade operacional-financeira do parceiro contratante são padrões de integridade societária que devem ser exigidos pela Administração previamente ao processo licitatório, principalmente, para intensificar elementos dissuasivos de subornos e de outras formas de corrupção nos setores público e privado.

A novel legislação representa, sim, um avanço ao exigir a implementação do programa de integridade, o que evidencia novos instrumentos para a consecução do processo licitatório e em defesa do patrimônio público. Incrementa-se, desta feita, o eixo central axiológico de promoção à moralidade e à legalidade para consecução de objetivos da República catalogados no artigo 3º, da Constituição da República, que integram o sistema anticorrupção composto por diversas leis que concebem um tratamento específico para condutas que envolvam agentes públicos e/ou patrimônio ou interesse público.

Dispensar o pleno funcionamento do programa de integridade antes da contratação com a Administração é um ponto que merece ser revisitado, em função do possível

¹⁷ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 3.

comprometimento do próprio processo administrativo de contratação, tornando-o inexecutável e desvirtuando os fins da própria licitação, que é a escolha da melhor proposta, é dizer, a mais vantajosa para o poder público. Isso somente será, de fato, verificado a partir do monitoramento e gerenciamento prévio dos riscos inerentes à decisão de contratação com parceiros, sob pena de comprometer a própria integridade pública.

É certo que muitas empresas e empresários adotam a cautela da implementação de um programa de integridade em momento antecedente à sua participação no processo licitatório. No entanto, como a exigibilidade legal da sua institucionalização somente se dará, no caso de contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, no semestre subsequente à celebração do contrato com o ente público, há uma clara fragilização das estratégias que norteiam a chamada “era *compliance*”, deixando um flanco aberto a uma série de riscos e, naturalmente, à eventuais questionamentos na esfera judicial.

3. *Criminal Compliance* no âmbito da Administração Pública

A Administração Pública é o principal artífice no processo de evitação de comportamentos desvirtuados, inclusive daqueles que atentam contra a higidez e lisura do processo licitatório. Nesse cenário, o *compliance* torna-se um instrumento imprescindível para proteger bens jurídicos e evitar ou mitigar os riscos para a coisa pública, exigindo-se conformidade normativa e observância às parametrizações internas e aos instrumentos de *soft law*, além de funcionar como mecanismo para detectar, apurar e sancionar irregularidades e ilícitos, subsidiando a decisão sobre contratações e operações financeiras com terceiro.

Enquanto o *compliance* refere-se à conformidade às leis e regulamentos, por meio de diversos mecanismos aptos a corrigir imediatamente todos comportamentos desviados, identificando-se e punindo seus responsáveis, o *criminal compliance* denota preocupações com a elisão de infrações penais e conecta-se com o modelo de enfrentamento de uma criminalidade de poder que não é adequadamente combatido pelos mecanismos penais clássicos e pelas tradicionais técnicas de investigações policiais.¹⁸

¹⁸ Destaca NIETO MARTÍN que a maioria dos programas de *compliance* tem por objetivo gerar uma cultura ética ou legal dentro da organização e isso é a base para prevenir comportamentos desviantes. Embora exista uma conhecida dicotomia que faz a distinção entre programas de *compliance* orientados à ética e orientados ao controle, e fica claro que ambos os elementos – cultura da legalidade + procedimentos e controles – são imprescindíveis. O modelo COSO de controle interno, que é hoje o paradigma dominante, estabelece nesse sentido que o ambiente ético é na verdade mais um controle interno, necessário para que os demais controles sejam plenamente eficientes (NIETO MARTÍN, op. cit., p. 6-7).

Portanto, o *criminal compliance* surge como mecanismo de combate às infrações plurais passíveis de ocorrência no âmbito dos processos licitatórios, conferindo subsídios para uma Política Criminal cuja atuação transcenda a mera intervenção *ex post facto*, e funcione também como mecanismo contributivo para determinação e atribuição da responsabilidade penal em quadros estruturais plurais, sobremaneira quando identifique-se uma “irresponsabilidade organizada”,¹⁹ um “deslocamento do risco”²⁰ ou até mesmo um desconhecimento do alto escalão do que acontece nas camadas inferiores da estrutura de empresas ou do próprio Estado,²¹ o que dificulta a verificação de responsabilidade penal dos ocupantes dos altos cargos da administração.

Adán Nieto esclarece que o epicentro da responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, na maioria dos países, passou a residir na não implantação ou implementação incorreta de programas de *compliance* a partir da primeira década do século XXI. No campo do Direito Penal, cada vez mais países consideram o programa de *compliance* e sua eficácia como o cerne da responsabilidade penal das pessoas e até mesmo como fator de determinação da pena.²²

¹⁹ Carlos Martínez-Buján Pérez adverte que surge uma nova e complexa questão nos casos em que o sujeito que imediatamente executa a ação típica não é aquele que detém a qualidade especial de autoria. A questão se complica ainda mais se for aceito que dentro dos crimes especiais as regras de imputação apresentarão outras peculiaridades nos casos em que a qualidade especial da autoria é conferida pela atribuição de um dever institucional extrapenal. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 501-502)

²⁰ A propósito, Adán Nieto Martín esclarece que quem tem o poder é capaz de transmitir seus problemas e riscos para os outros. Este fenômeno é denominado de deslocamento do risco. A pressão exercida sobre a alta direção se transfere com rapidez para os escalões mais fracos (NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción. Derecho Penal Económico y de la empresa*. Mata Barranco, Norberto J. et al. Madrid: Dykinson, 2018, p. 43-44).

²¹ A falta de vigilância ou de diligência pode encetar responsabilidade dos agentes, inclusive em âmbito penal, como faz o Código Penal Espanhol, que prevê a possibilidade de afastamento de responsabilidade se existir um modelo de organização e gestão que resulte adequado para prevenir delitos ou para reduzir significativamente o risco de sua prática. A Espanha instituiu um recente Sistema de Gestão de Compliance Penal (Norma UNE 19601) para impulsionar a cultura de integridade, prevenir a prática de infrações penais e evitar responsabilidade penal de organizações. Estruturada em 10 grandes seções, estabelece, entre outros requisitos, as responsabilidades dos órgãos sociais, da alta direção e da função de *compliance*. Integra-se, assim, aos outros sistemas de gestão acima mencionados, como a ISO 19600 e ISO 37001.

²² NIETO MARTÍN, op. cit., p. 7. Para o autor, o programa de *compliance* só evita a responsabilidade da empresa na medida em que tenha servido para evitar ou dificultar consideravelmente a prática do crime de conexão especificamente cometido. Assim, seria indiferente para a escusa da pessoa jurídica, se o canal de alerta da empresa

Há também uma aproximação entre o desenvolvimento de programas de *compliance* do campo da ciência sobre o qual a criminologia foi construída. Essa nova orientação também integra ferramentas como estatísticas ou inteligência artificial, para criar ferramentas preditivas, que conectam programas de *compliance* com o que hoje se chama de política criminal atuarial ou gerencialismo.²³

A correta identificação dos riscos requer, em um primeiro momento, o comprometimento da alta administração e a instituição de processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. Entretanto, os objetivos do processo licitatório, num ambiente íntegro e confiável, dependem também do protagonismo dos demais agentes que intervêm no processo e da atuação dos cidadãos.

Oportuno consignar que, nos casos de delegação da prestação do serviço público, feita pelo Estado por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), mediante licitação, subsiste responsabilidade do delegante pela fiscalização e correto funcionamento do serviço, numa ambiência responsável pela conformidade. De efeito, o programa de integridade em funcionamento é a admissão prévia de um mecanismo de fiscalização da atividade delegada e do correto funcionamento do serviço.²⁴

A nova Lei de Licitações, no seu artigo 169, dispôs que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou

funciona corretamente, o envolvimento de seus gestores na implantação do programa, as horas de treinamento ministradas, etc.

²³ Ibidem, p. 7 e 15.

²⁴ Nesse sentido, NIETO MARTÍN esclarece que a teoria da delegação de poderes, cujo conteúdo é comum a muitos países, estabelece que quando uma função é delegada (no nosso caso, a implementação de um controle), surge uma nova obrigação no delegante, a fiscalização do seu correto funcionamento (NIETO MARTÍN, op. cit., p. 8-9).

entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

E para proteção dos objetivos do processo licitatório, o legislador inseriu no Título XI da Parte Especial do Código Penal, o Capítulo II-B, incriminando as seguintes condutas: a exemplo da contratação direta ilegal (artigo 337-E), frustração do caráter competitivo de licitação (artigo 337-F), patrocínio de contratação indevida (artigo 337-G), modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (artigo 337-H), perturbação de processo licitatório (artigo 337-I), violação de sigilo em licitação (artigo 337-J), afastamento de licitante (artigo 337-K) e fraude em licitação ou contrato (artigo 337-L), contratação inidônea (artigo 337-M), impedimento indevido (artigo 337-N) e omissão grave de dado ou de informação por projetista (artigo 337-O).

Evidencia-se, portanto, uma intervenção penal baseada na política crime-pena para buscar a proteção dos bens jurídicos que interessam ao processo licitatório, alinhando-se, ao menos no plano procedimental, à evolução da política de integridade que passa a integrar o catálogo material de deveres da administração, principalmente dos órgãos de cúpula. Portanto, a tipificação dos crimes sucede à falha na intervenção ex ante decorrente da existência do programa de integridade idôneo levado a efeito pela administração e, em muitos casos, também pelos contratantes.

4. Conclusão

O *compliance* público representa a instituição de deveres e de mecanismos para combate aos ilícitos no setor público e promoção da integridade no âmbito de órgãos, instituições e empresas estatais, cooperando no combate às formas plurais de comportamentos desviados, sobremaneira corrupção e fraudes, a fim de conferir feições adequadas ao funcionamento da economia e à gestão da Administração pública.

O produto dessa nova realidade do cenário global é a edificação de parametrizações internas flexíveis ou fundadas em *guidelines* impositivos para a gestão pública, com o objetivo de evitar ou mitigar riscos plurais que envolvem a atividade (aspecto preventivo do *compliance*), bem como exige a criação de mecanismos para detecção, apuração e sancionamento de irregularidades e ilícitos, subsidiando decisões sobre contratações e operações financeiras com terceiro, sem prejuízo da comunicação dos fatos às instituições ou

órgãos públicos com atribuições persecutórias e fiscalizatórias (aspecto repressivo do *compliance*).

Não por outro motivo surge um movimento no âmbito da Administração Pública para promoção da ética pública, moralidade, integridade e eficiência, com criação de órgãos, comissões de ética, auditorias internas e corregedorias para coordenar e articular as atividades relativas à integridade, estabelecendo, como eixos principais, a necessidade de criação de programa de integridade que demonstre o comprometimento da alta administração, a existência de unidade responsável pela implementação do programa, análise, avaliação e gestão de risco associados ao tema da integridade, o monitoramento contínuo do Programa de Integridade Pública.

Deveras, a gestão dos riscos plurais que circundam a atividade desenvolvida por agentes públicos deve ser eficiente e, desta feita, não prescinde do adequado funcionamento de mecanismos plurais vocacionados à conformidade com diretrizes e normas internas e externas para reforço ao cumprimento com a legalidade. Por isso, a nova Lei de Licitações determina que as contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

Tudo isso passará a ser realidade a partir da exigência de programa de *compliance* capaz de dar concretude aos compromissos da Administração e alcançar os objetivos estabelecidos para o processo licitatório, contribuindo para promover um ambiente íntegro e confiável, alinhados contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias em prol da eficiência, efetividade e eficácia das contratações.

A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime nos acordos de não persecução penal
The (in)compatibility of the requirement of necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of crime in non-criminal prosecution agreements

Rodrigo Martins¹

Túlio Felipe Xavier Januário²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A Lei 13.964/2019 introduziu no processo penal brasileiro um novo mecanismo consensual, denominado Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”). Para a celebração do acordo, estabeleceu-se como requisito a constatação de que a avença se afigura necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime. Nesse contexto, a partir de uma pesquisa bibliográfica e legislativa, o presente artigo científico pretende analisar, à luz da fundamentação político-criminal do ANPP, se o requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime se mostra compatível com o instituto consensual em debate. Para tanto, estuda-se o processo penal e o ANPP enquanto instrumentos de política criminal, investiga-se o conteúdo normativo do requisito da necessidade e suficiência do acordo para a prevenção e reprovação do crime e, posteriormente, analisa-se as possíveis incompatibilidades entre o requisito investigado e o ANPP. Ao final, conclui-se que o requisito da necessidade e suficiência, pautado na perspectiva da prevenção geral do direito penal, não se mostra compatível com o ANPP, de modo que, como forma de superação do problema, propõe-se a análise do mecanismo consensual a partir de outros enfoques.

Palavras-chave: Política criminal. Justiça penal negociada. Acordo de não persecução penal. Necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime.

¹ Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade CESUSC. Advogado criminalista.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Bolsista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

Abstract: The law 13.964/2019 brought to the Brazilian criminal process a brand new consensual mechanism, named as non-criminal prosecution agreement (“ANPP”). For the execution of the agreement, several objective and subjective requirements were established, among them the conclusion that the non-criminal prosecution agreement is necessary and sufficient to the prevention and reprobation of crime. In this context, based on a bibliographic and legislative research, this paper intends to analyze, from the political-criminal fundamentation optics of the ANPP, whether the mentioned requirement of the necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of the crime is compatible with the consensual institute under discussion. Therefore, the criminal process and the ANPP are examined as instruments of criminal policy, the normative content of the necessity and sufficiency requirement of the agreement for the prevention and reprobation of the crime is explored, and the possible incompatibilities between the investigated requirement and the ANPP are analyzed subsequently. At last, it is concluded that the requirement of necessity and sufficiency, based on the perspective of general prevention of the criminal law, is not compatible with the ANPP. Thus, as a way to overcome the issue, it is recommended the analysis of the consensual mechanism from other approaches.

Keywords: Criminal politics. Criminal justice negotiated. Non-criminal prosecution agreement. Necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of crime.

1. Introdução

A Lei 13.964/2019 introduziu o art. 28-A no Código de Processo Penal brasileiro, passando a prever um novo mecanismo de consenso denominado “acordo de não persecução penal”, através do qual dispensa-se o processo criminal tradicional a partir do cumprimento de condições previamente estabelecidas entre o órgão acusador e o investigado.

A inovação legislativa, por certo, resulta da intensa crítica dirigida ao sistema de justiça criminal brasileiro e sua disfuncionalidade, e tem por objetivo incentivar um processo penal cuja política criminal esteja pautada na eficiência, menor formalidade e superação do modelo puramente punitivista, primando por soluções consensuais que resolvam, de forma

célere, os casos penais, sem menoscabo das irrenunciáveis garantias e direitos constituídos pelo Estado Democrático de Direito.

Para a celebração do acordo de não persecução penal é necessário o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, dentre os quais destaca-se o requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. A aludida exigência parte da adoção da perspectiva da prevenção geral do direito penal e impõe ao órgão acusador, antes do oferecimento do acordo, a análise subjetiva de critérios como a culpabilidade e o injusto penal, a fim que seja verificado se o caso concreto autoriza a celebração do mecanismo consensual.

A presente pesquisa, assim, dirige-se no sentido de analisar, a partir da fundamentação político-criminal do acordo de não persecução penal, se o requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime se mostra compatível com o mecanismo consensual em debate.

Nesse sentido, busca-se, inicialmente, analisar os fundamentos do acordo de não persecução penal à luz da compreensão do processo penal como um instrumento de política criminal. Na sequência, investiga-se, a partir das recentes contribuições doutrinárias sobre o instituto em questão, o conteúdo normativo do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. E, ao final, discute-se a respeito de alguns aspectos que se contrapõem ao requisito investigado.

A hipótese que conduz o trabalho e que ao final é confirmada, é que há uma incompatibilidade entre o estabelecimento do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime e o acordo de não persecução penal, seja porque em matéria de consenso no processo penal, a discricionariedade do órgão acusador deve estar delimitada por critérios objetivos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, seja porque a exigência imposta pelo legislador não converge com os próprios objetivos político-criminais do acordo de não persecução penal, muito mais próximos do paradigma da redução de danos e da resolução de casos penais de forma eficiente, do que da restrição do acordo segundo critérios de prevenção geral.

Por fim, como alternativa à resolução do problema evidenciado, apresenta-se duas propostas. Em primeiro lugar, entender o novo acordo penal como um mecanismo de redução de danos, retirando-se, assim, o requisito da necessidade e suficiência dentre as exigências do acordo de não persecução penal. Em segundo lugar, optando-se por manter a avaliação subjetiva

quanto à necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime, propõe-se que tal circunstância seja analisada em momento posterior, qual seja o da mensuração das condições impostas ao investigado para o cumprimento do acordo de não persecução penal.

2. O Acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal

O acordo de não persecução penal, inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal através da Lei 13.964/2019, possui, como demonstraremos, uma clara orientação político criminal, fruto da intenção do legislador de viabilizar a adoção de soluções consensuais para determinados casos penais revestidos de média gravidade, mantendo, por outro lado, a persecução penal tradicional para os casos assim entendidos como graves.

Desse modo, levando em consideração que o novel instituto consensual parte desse pressuposto, inicialmente, se faz necessário compreender o processo penal como um instrumento de política criminal para, posteriormente, investigar a fundamentação político-criminal do acordo de não persecução penal.

2.1 O processo penal como instrumento de política criminal

A política criminal representa um conjunto de princípios, garantias e decisões que, em certa medida, cuidam de traçar direcionamentos relativos ao sistema penal. Há no contexto da política criminal uma permanente análise dos processos de mudança social, dos resultados obtidos a partir de determinadas propostas penais e da evolução da criminologia¹.

O espaço da política criminal abarca diversas vertentes, como, por exemplo, a política de segurança pública, com ênfase nas instituições policiais, a política judiciária, com foco na instituição judicial e a política penitenciária, voltada às instituições prisionais e à execução penal, todas elas integrantes do conjunto da política criminal².

Não cabe, portanto, limitar o campo de estudo da política criminal como uma mera “conselheira da sanção penal”, conforme assevera Nilo Batista, cuja função se reduziria a simplesmente apontar ao legislador quais condutas criminalizar³. No âmbito da justiça criminal, assim, à política criminal é dada a tarefa de não apenas delimitar o escopo de atuação do direito

¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 34.

² *Ibid.*, p. 34.

³ *Ibid.*, p. 35.

penal, mas também de direcionar a forma mais adequada de operacionalizar a sanção penal⁴. Indo ainda mais além, diz-se que as decisões valorativas político-criminais devem ser introduzidas no sistema do direito penal, de maneira com que submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não se contradigam, mas sim, estejam unidos em uma síntese, compondo uma unidade dialética⁵.

Aliás, conforme explica Claus Roxin, os aspectos condutores da política criminal devem orientar não apenas as regulações em matéria penal, mas também as de ordem processual penal, acentuando, inclusive, a proximidade entre estes dois subsistemas e distanciando, este último, dos demais ramos processuais. Salienta, o autor, que, “na prática, uma ordem jurídico-penal será tão boa quanto lhe permita o procedimento para sua realização” e, por sua vez, uma regulação processual somente será satisfatória se pensada para a realização do direito material e das consequências jurídicas nele previstas⁶. É por isso, pois, que se identifica entre o direito penal e o direito processual penal uma *relação mútua de complementaridade funcional*, sendo possível concebê-los como integrantes de uma mesma unidade⁷.

A partir da compreensão do processo penal como sistema normativa e dogmaticamente autônomo, mas também integrante de um *direito penal total*⁸ - no qual direito substantivo, adjetivo e de execução penal se complementam e se influenciam funcionalmente⁹-, temos que o processo penal passa a se orientar não apenas de maneira retrospectiva, voltado à reconstrução dos fatos relativos à infração penal, mas também *prospectiva*, passando a considerar as finalidades de política criminal no contexto social em que é aplicado¹⁰.

De acordo com Fernando Fernandes, tal qual o dinheiro penal material,

O processo penal também constitui um sub-sistema aberto, servindo o modelo de processo penal respectivo para a exteriorização das proposições de política criminal no *modus* da validade jurídica (aspecto *funcional*), nos limites fixados pelos valores e princípios constitucionais (aspecto *garantista*)¹¹.

⁴ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almeida, 2001, p. 47.

⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000. p. 6.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 28.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 23 e ss.

⁹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almeida, 2001, p. 36 e ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 67-73.

¹¹ *Ibid.*, p. 46

Ou seja, é através do processo penal que se exteriorizam as finalidades da política criminal. Mas serve ele, também, como um freio a essas finalidades¹².

Conforme analisa o autor, existe uma evidente tensão entre os modelos “garantistas” e os modelos que se apresentam como dotados de maior “eficiência” e “funcionalidade”. Enquanto o primeiro se ocupa em sustentar a necessidade de que o direito penal, *lato sensu*, represente uma barreira às intervenções do poder punitivo estatal e um mecanismo de defesa social, do acusado e da vítima, o segundo vai além e defende a ideia da urgência de um direito penal cuja atuação goze de maior funcionalidade, impondo-se celeridade e retirando formalismos encarados como exacerbados¹³.

Com efeito, é na tensão entre essas duas vertentes que se propõe a compreensão do processo penal como instrumento de política criminal, de modo que se consiga alcançar as finalidades atinentes à questão penal¹⁴, sem descuidar, concomitantemente, das garantias constitucionalmente previstas inerentes a um processo penal inserido em um Estado Democrático de Direito¹⁵.

A proposta de entendimento do processo penal como um instrumento de política criminal, a despeito das críticas relacionadas à segurança jurídica e à proteção das liberdades individuais, conforme afirmado, deve ter em mente que a otimização de seus resultados é limitada por certas garantias¹⁶.

Parte-se, portanto, do pressuposto de que há um compromisso sério entre os vetores “garantia” e “funcionalidade”, a fim de que essa conciliação se traduza nas respostas almejadas pela sociedade no que diz respeito ao sistema penal¹⁷, pois embora sejam encaradas por muitos como antagônicas, eficiência/funcionalidade e garantia são vertentes que devem ser postas em

¹² *Ibid.*, p. 46.

¹³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴ A utilização da expressão “questão penal” está atrelada ao termo adotado pelo autor Fernando Fernandes na obra “O processo penal como instrumento de política criminal”. Segundo ele, “a opção por esta expressão prende-se com o intuito de tornar o mais ampla possível a abordagem nessa primeira perspectiva, envolvendo todo o universo das questões relacionadas com o tema do delito” (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almeida, 2001, p. 9).

¹⁵ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almeida, 2001, p. 12.

¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda, Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Lusitana*. Direito. Lisboa, n. 3, 2005, p. 15-16.

¹⁷ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almeida, 2001, p. 51.

equilíbrio, abrindo-se mão de uma polarização desarrazoada em prol da união dos aspectos convergentes entre si¹⁸.

Dito isso, observa-se há muito tempo um clamor por maior eficiência do sistema de justiça penal, face às constantes transformações da sociedade e das relações humanas. Ao mesmo tempo, nota-se certa preocupação na recepção de novas lógicas ao sistema penal, especialmente no que toca à fragilização de direitos fundamentais do cidadão até então considerados impassíveis de relativização¹⁹.

Essa discussão acerca da efetividade do direito penal e da necessidade de se pensar novas formas de sua realização, implica, invariavelmente, em reflexões e possíveis modificações dogmáticas influenciadas pela política criminal referentes ao processo penal, entendendo-se, pois, que este acabe por se mostrar como um instrumento de política criminal. Aliás, conforme bem destaca Cláudia Cruz Santos ao analisar a relação entre as finalidades da pena e as do processo penal, se este último pode ser considerado, por si só, “um outro mal que acresce ao mal da pena”, deve, portanto, “esse mal do processo conter-se, também ele, o mais possível, para que as finalidades penais não comecem a comprometer-se logo aqui, antes das eventuais condenação e execução da pena”²⁰.

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, op. cit., p. 30.

¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Lusíada*. Direito. Lisboa, n. 3, 2005, p. 29-30. Neste sentido, aliás, salientando os possíveis óbices derivados de um excessivo enfoque na celeridade do processo penal, explica Cláudia Cruz Santos: “a celeridade pode ser vantajosa, mas só até certo ponto, aquele ponto em que passa a ser lograda através da amputação de momentos do processo que se devem considerar indispensáveis sob o enfoque das garantias de que um processo justo não pode prescindir. E o consenso, se também comporta inegáveis vantagens e se entre elas se conta uma certa legitimação da desformalização que favorece a celeridade, não deixa, porém, de ser, na justiça penal, um consenso com muitos limites, tendo em conta o papel dominante que é reservado às autoridades judiciárias na definição da solução e a primazia das finalidades preventivas especificamente penais. Nesta medida, torna-se fácil compreender que o horizonte onde as soluções de celeridade através do consenso se têm afirmado seja apenas o da criminalidade de pequena e de média gravidade” (SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 216).

²⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 24-25. Ao analisarem as possíveis razões que levariam inocentes a celebrar acordos com reconhecimento de culpa, Lascuráin Sánchez e Gascón Inchausti vão em sentido próximo, destacando que eles podem ser “uma ferramenta razoável aos olhos do acusado inocente para evitar os custos de se ver submetido a um processo penal, independentemente de seu possível resultado”. Relembrem que, associados a um eventual (e longo) processo penal, há custos de índole moral (estresse, sofrimento, repercussões sobre a vida pessoal, familiar e profissional) além dos custos financeiros para o exercício da defesa. Cfr.: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa?. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 93-123. p. 111-113.

Atualmente, tem destaque na orientação político criminal do processo penal a necessidade de se propor novas formas de operacionalização da persecução penal, pois considera-se que o procedimento até então aplicado sofre de um formalismo exagerado, tem um custo desnecessário e se mostra ineficiente²¹.

Nessa direção, a implementação de uma política criminal voltada para a prevenção da criminalidade, por meio da introdução de mecanismos consensuais, tem sido bem recepcionada em diversos ordenamentos jurídicos e já se mostra uma tendência processual irreversível.

Através da perspectiva consensual no processo penal, abandona-se a ideia de reconstrução da verdade formal concebida sob o contraditório, ou seja, de um procedimento que possui caráter retrospectivo, para se buscar uma verdade consensuada²², caracterizada por um procedimento de caráter prospectivo, destinado à obtenção das finalidades de política criminal, consubstanciadas na celeridade e eficiência na aplicação da prestação jurisdicional como medidas de prevenção geral ou especial²³.

Nota-se, assim, a presença forte de uma consciência no sentido de que é imperiosa a mudança de paradigma processual como alternativa à crise do sistema penal, por outra que seja orientada pelas finalidades político-criminais, voltadas à maior funcionalidade do processo em si, balizada, é certo, pelo vetor garantia²⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal mudança vem ocorrendo desde o advento da Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, prevendo institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, conforme analisar-se-á adiante.

2.2 A introdução da justiça penal consensual no processo penal brasileiro

Em meio a um cenário contemporâneo marcado por intensos questionamentos acerca da ineficiência do sistema penal, paulatinamente são apresentadas propostas de transformação do paradigma processual penal²⁵.

²¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (online), Brasília, v. 7, n. 1, p. 286-303, 2017, p. 291.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

²³ FERNANDES, Fernando, op. cit., p. 70.

²⁴ FERNANDES, Fernando, op. cit., p. 67.

²⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 23.

Uma das principais concepções projetadas nesse sentido tem como mote a ideia de aceleração e desburocratização²⁶ procedimental, abreviando-se o percurso necessário para a imposição de uma sanção penal. Isso porque, o processo penal atualmente é encarado como um procedimento moroso e ineficiente, haja vista que a produção de provas em respeito a determinados direitos e garantias exige tempo e disposição²⁷.

Um fenômeno que tem demonstrado crescimento exponencial é a justiça penal consensual (ou negocial), mecanismo que representa uma tendência do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do imputado com a persecução criminal através de acordos penais, exigindo-se, a depender da espécie de acordo, o reconhecimento da culpabilidade e/ou a incriminação de terceiros, objetivando a facilitação da atividade acusatória e desonerando o Estado dos custos²⁸ envolvidos em uma persecução penal²⁹.

Aliás, conforme classificação apresentada por Marcos Zilli, podemos identificar, no âmbito dos *acordos penais lato sensu*, (i) aqueles que “estabelecem caminhos alternativos de solução do conflito, sem proclamação de culpa”, (ii) os que envolvem colaboração processual

²⁶ Neste sentido, Fábio Guaragni aponta que, dentre os fatores que justificam a inclinação por soluções de justiça negociada, encontra-se não apenas um certo “fracasso da pretensão ressocializadora da pena”, mas também uma “pretensão de acelerar a solução de casos penais e respectivas respostas estatais, desburocratizar a persecução penal, aliviar a carga de serviço”. Mostra-se, assim, o ANPP, como “solução de gestão, de administração do papel que o MP possui de titular da ação penal” (GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 479-502. p. 482).

²⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87.

²⁸ Nesse sentido, interessante é a colocação de Lorena Bachmaier Winter: “Todos os sistemas de justiça criminal enfrentam o problema do excesso de carga de trabalho e, por consequência, o atraso dos processos, em virtude não somente de uma maior criminalidade, mas, sobretudo, ao fato de que os recursos econômicos e humanos são cada vez mais limitados. Embora a eficiência e os custos não devam ser parâmetros para medir a justiça e regular a sua administração, na prática não apenas são fatores que devem ser levados em consideração, mas que nenhum sistema judicial pode ignorá-los. Ademais, o tema da eficiência é significativo para além da mera praticidade; o direito a um processo justo e sem dilações indevidas também é um direito fundamental consagrado no art. 6.1 da CEDH”. Salienta, porém, a autora, que a justiça negociada é, ao seu ver, “o fracasso da própria administração da Justiça em conduzir os processos com todas as suas garantias conferidas pelo Estado em tempo e custos razoáveis; ou uma opção de política judiciária que permite reduzir os custos” (BACHMAIER WINTER, Lorena. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 9-40. p. 9-10).

²⁹ A justiça consensual (ou negocial) “contrapõe-se à justiça imposta ou conflitiva, em que a aplicação da pena pressupõe o trâmite completo de um processo marcado pela produção de provas e pelo debate, até o pronunciamento do Estado-juiz e a imposição da reprimenda ao réu, em caso de condenação” (ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2.ed., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 57).

e (iii) os acordos penais em sentido estrito (como o *patteggiamento sulla pena*, o *absprachen* e o *guilty plea*)³⁰.

Nos Estados Unidos, estima-se que mais de 90% dos casos penais são solucionados sem a devida instrução probatória pautada no contraditório processual, isto é, são resolvidos por meio de mecanismos de barganha³¹. Neste caso, as provas são produzidas na fase de investigação tão somente com o objetivo de angariar elementos aptos a convencer o suspeito sobre a vantajosidade de aderir ao acordo de antecipação de pena.

No Brasil, por sua vez, ainda que no início da década de 90 já se pudesse notar alguns instrumentos incipientes que permitiam ao imputado realizar uma delação premiada (como, por exemplo, na Lei dos Crimes Hediondos), o consenso no processo penal surgiu de maneira mais expressiva a partir da instituição dos Juizados Especiais Criminais, por meio da Lei 9.099/95.

Autorizada pelo art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988³², a Lei 9.099/95 inaugurou uma nova sistemática processual penal no ordenamento jurídico brasileiro, estipulando algumas alternativas de abreviação e antecipação de pena (não restritivas de liberdade)³³.

A partir de então, nos crimes de menor potencial ofensivo, ao invés de se prosseguir com a investigação e consequente proposição de denúncia, quando presentes os respectivos

³⁰ Conforme destaca o autor, o fato de ser exigida a confissão do investigado para a celebração do ANPP não remete este instituto para o âmbito daqueles em que há afirmação de culpa, já que “a homologação judicial não contém qualquer declaração de culpa ou de responsabilização penal”. Cfr.: ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 27-60. p. 47.

³¹ BUREAU OF JUSTICE. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Plea and Charge Bargaining. Research Summary*. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>.

³² “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021).

³³ Para uma análise dos mecanismos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, cfr.: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do procedimento sumaríssimo no Brasil: uma análise dos mecanismos de celeridade e consenso previstos pela Lei 9.099/95. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 90, p. 49-71, 2018. p. 55 e ss.

pressupostos, o Ministério Público passou a oferecer propostas de transação penal ou de suspensão condicional do processo³⁴.

O conteúdo do consenso, por assim dizer, reside no oferecimento de um acordo de antecipação de pena (não privativa de liberdade, frise-se) por parte do órgão acusador e na concordância do imputado com a pena oferecida. A não resistência à pretensão punitiva manifestada pela acusação é, pois, um acordo para cessar desde logo o conflito processual³⁵.

Reconhecida pelo legislador ordinário a necessidade de colaboração do imputado com a persecução penal através de acordos penais, dada a ineficiência do sistema penal, percebe-se uma expansão dos mecanismos de consenso no processo penal brasileiro, especialmente através da criação dos institutos da colaboração premiada, por intermédio da Lei 12.850/13, e do acordo de não persecução penal, por meio da Lei 13.964/19 (comumente chamada de Lei Anticrime).

Nos institutos consensuais da Lei 9.099/95 a aplicabilidade da negociação se restringia aos crimes de menor potencial ofensivo, permitindo a supressão do processo e da produção de provas acerca da culpa do imputado, sem a imposição de penas privativas de liberdade.

A partir da colaboração premiada, regida pela Lei 12.850/13, ocorre uma verdadeira ampliação do espaço de negociação entre as partes, pois por mais que o processo permaneça presente, autoriza-se, por exemplo, na seara da criminalidade complexa, a negociação acerca da imposição de pena de prisão. A confissão, por sua vez, é encarada como elemento essencial do acordo³⁶.

Muito se discutiu a respeito da natureza jurídica da colaboração premiada. Contudo, concebe-se o acordo como uma espécie da justiça penal negocial, pois a defesa obtém um benefício (redução de pena ou até perdão judicial) em troca de sua colaboração ao processo³⁷.

O acordo de não persecução penal, por sua vez, foi previsto, inicialmente, na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Alvo de críticas por ter sido implementado por meio de resolução administrativa, o acordo foi posteriormente incluído no

³⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

³⁵ Sobre o conteúdo do acordo consensual sobre a pena, a autora vai além e sustenta que na transação penal, o aceite do acusado reflete tão somente um reconhecimento (ou procedência) do pedido da ação penal, o que não significa dizer que o réu admitiu a veracidade dos fatos alegados na denúncia (KARAM, Maria Lúcia, op. cit., p. 95).

³⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020, p. 241-242.

³⁷ *Ibid.*, p. 246.

Projeto Anticrime e finalmente passou a constar do art. 28-A do Código de Processo Penal após a edição da Lei 13.964/19.

Trata-se de um mecanismo de simplificação procedimental, consubstanciado em um negócio jurídico entre acusação e defesa, no qual o imputado abre mão do exercício de certos direitos fundamentais – tais como o direito à prova, ao contraditório e ao silêncio – e, conformando-se com a pretensão acusatória, aceita determinadas condições e confessa a prática dos fatos, para evitar, assim, a apresentação da denúncia ou, caso esta já tenha sido apresentada, uma eventual sentença condenatória³⁸.

Semelhante ao instituto da transação penal, com a celebração do acordo de não persecução penal dispensa-se a persecução criminal a partir do cumprimento de condições previamente estabelecidas entre o órgão acusador e o investigado. A decisão judicial a respeito do acordo é meramente homologatória e não importa em condenação criminal³⁹. Uma das principais diferenças do novel instituto, reside na obrigatoriedade da confissão formal do investigado para a celebração do acordo, o que antes não era previsto na Lei 9.099/95, por exemplo.

Outro aspecto importante é que o acordo de não persecução penal é incabível nos casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça e naqueles praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, embora, ainda assim, seja aplicável a boa parte dos delitos previstos na legislação penal, especificamente aqueles cuja pena mínima seja inferior a quatro anos⁴⁰.

Ademais, deve-se entender que o acordo de não persecução penal, em que pese tenha sido inserido no Código de Processo Penal, tem natureza híbrida, ou seja, processual e penal (material). Processual porque tem o condão de interferir no direcionamento da persecução penal ou mesmo de impedi-la, e penal porque o cumprimento regular das cláusulas do acordo resulta na extinção da punibilidade⁴¹.

³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Ebook. Não Paginado. Cap. 2. S. 2.1.

³⁹ MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 68.

⁴⁰ BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴¹ MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luís Felipe Sene da, op. cit., p. 68. Em sentido semelhante: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe

O oferecimento do acordo de não persecução penal depende da reunião de diversos requisitos objetivos e subjetivos, os quais serão detalhadamente explorados no capítulo seguinte.

2.3 Fundamentos político-criminais do acordo de não persecução penal

O sistema penal brasileiro, atualmente, tem sido fortemente criticado por cultivar no processo penal um formalismo tido por alguns como exagerado, cuja operacionalização se revela traumática e dispendiosa, não se prestando mais a alcançar as suas finalidades.

É por esta razão que, ao analisar-se o ambiente em que se insere a “revolução do sistema de justiça penal brasileiro” rumo às soluções negociadas, são identificados como fatores primordiais, não apenas um intercâmbio entre os sistemas jurídicos (favorecido pela globalização), mas também “o reconhecimento de novas e complexas dinâmicas criminais, o alargamento do Direito Penal como resposta imediatista ao fenômeno da violência urbana, a deficiência das estruturas persecutórias e a crescente complexidade das formas processuais”, as quais acabam por evidenciar uma certa insatisfação com as formas tradicionais de persecução penal⁴².

Nesse cenário de um sistema de justiça criminal reconhecidamente disfuncional⁴³, assume protagonismo a concepção de uma política criminal orientada pela liberdade, menos preocupada com um modelo puramente punitivista e mais voltada à prevenção delitiva,

Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 397-418. p. 398-399.

⁴² ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 71-100. p. 73-74.

⁴³ É importante mencionar, porém, o interessante contraponto trazido por Aury Lopes Jr., no sentido de que “banalizamos o Direito Penal como resposta a problemas sociais complexos, priorizando soluções paliativas e sem enfrentar as causas reais. Sem dúvida o enfrentamento da crise do bem jurídico contribuiria para a redução significativa desse argumento eficientista, ainda mais se aliado ao filtro processual de maior exigência de responsabilidade acusatória e principalmente, efetividade do controle de admissibilidade da acusação por parte dos juízes. Na dimensão processual, existe ainda um imenso e perverso (ab)uso do poder de acusar, com a conivência do poder judicial que não barra, como deveria, uma enxurrada de acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa. E, quando se trata de acusação para negociação, além dos evidentes abusos (*overcharging*), existe uma ausência de filtragem processual, na medida em que os juízes simplesmente desconsideram essa análise, basta ver o que ocorre nos juizados especiais” (LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul./2021).

superando a retórica simbologia da repressão penal ao se valer de modernos instrumentos de prevenção e controle dotados de maior eficácia⁴⁴.

Essa constatação deságua, como já visto, na compreensão de que ao processo penal deve se estender a influência dos aspectos de política criminal, desde a formação das normas processuais pelo legislador ordinário, de modo que o processo penal seja funcionalmente orientado à realização de uma justiça célere, eficiente e segura, sem descuidar de irrenunciáveis garantias e direitos constituídos pelo Estado de Direito⁴⁵.

Na legislação brasileira, a Lei 9.099/95 foi o primeiro indicativo de que o processo penal passou a ser utilizado como instrumento de política criminal, a partir do estabelecimento de significativas diversificações processuais no contexto dos crimes de menor potencial ofensivo⁴⁶.

O acordo de não persecução penal, recentemente inserido na legislação processual penal, não diferente, como alternativa a um sistema de justiça penal considerado ineficiente e disfuncional, orienta-se por fundamentos de política criminal atualmente vistos como imprescindíveis.

Embora sejam institutos próximos, Cabral assevera que eles apresentam distintas orientações político-criminais, vez que, “de um lado a transação pretendeu uma retirada do Direito Penal, por outro, o acordo de não persecução penal visa uma atuação mais efetiva e adequada do Direito Penal”⁴⁷.

Com efeito, um dos aspectos relevantes que fundamentam o acordo de não persecução penal certamente é a questão da celeridade na resolução dos casos penais. A legislação criminal brasileira mantém um enorme contingente de tipos penais que impulsiona o abarrotamento do

⁴⁴ MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020, p. 1184-1186.

⁴⁵ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017, p. 256.

⁴⁶ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017, p. 261.

⁴⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 72.

sistema com demandas que, em grande medida, poderiam ser resolvidas em outras searas do direito (administrativo, civil, ambiental, dentre outros)⁴⁸.

Sob a ótica do acusado, o prolongamento de um processo penal durante anos, com a participação em diversos atos, por vezes, também é encarado como algo negativo, se assemelhando à uma sanção penal, haja vista os efeitos danosos de suportar uma ação penal cujo fim seja imprevisível⁴⁹.

A celeridade⁵⁰, como viés da ideia de eficiência, porém, não pode ser um fim em si mesmo, pois o processo penal também significa garantia, a qual, aliás, se vê reduzida nos espaços de justiça consensual. É necessário, assim, encontrar um equilíbrio entre a construção de um sistema de justiça criminal eficiente e ao mesmo tempo atento às garantias constitucionais irrenunciáveis.

Bem por isso que uma das influências político-criminais do acordo de não persecução penal se revela na preocupação de se ter um processo penal célere, voltado apenas àquelas condutas criminosas cujas alternativas à pena de prisão não sejam consideradas suficientes, haja vista que os casos de pequena e média complexidade podem ser solucionados à margem de uma persecução penal.

De acordo com Aires e Fernandes, “a questão da celeridade como meio para o fim eficiência/funcionalidade é um dos tópicos substanciais na exploração do processo penal como instrumento de política criminal” e é nesse influxo que se opta pela implementação de um mecanismo consensual tal como o acordo de não persecução penal, que abrange número significativo de delitos previstos da legislação brasileira⁵¹.

⁴⁸ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade, op. cit., p. 258.

⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79.

⁵⁰ Sobre a celeridade processual e sua busca através de inovações legislativas, destacam Cani e Eberhardt: “Medidas de economia processual visam acelerar o processo, algumas vezes a fim de tentar equilibrar o tempo de duração do processo e a efetividade da tutela de direitos e garantias fundamentais, outras vezes meramente sob o manto do combate à impunidade. De certo modo, a celeridade processual interessa a todos, razão pela qual concentra divergências no *como*, mas não no *se* deve existir” (CANI, Luiz Eduardo; EBERHARDT, Marcos. Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, n. v. 191, p. 49-92, jul./ago. 2022. p. 59).

⁵¹ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017, p. 258.

Percebe-se, por outro lado, que o acordo de não persecução penal, além da celeridade, objetiva contribuir para o descongestionamento dos estabelecimentos prisionais, uma vez que, promovendo uma verdadeira transformação no enfrentamento dos casos penais, reduz-se substancialmente os efeitos adversos da pena privativa de liberdade, como a superlotação carcerária⁵².

De Bem, analisando os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, constatou que nos seis primeiros meses de 2019, o contingente de presos privados de liberdade somava 758.676 pessoas. Diante desse cenário, o autor estimou que, à luz dos requisitos necessários à celebração do acordo de não persecução penal, especialmente a pena mínima cominada ao delito, mais de 120 mil presos poderiam ser beneficiados com o acordo, ou seja, em torno de 15% da população carcerária brasileira⁵³.

Sabe-se que a implementação do acordo de não persecução penal não foi motivada, ao menos diretamente, pelos níveis de encarceramento brasileiro. Contudo, o *status* atual do sistema penitenciário brasileiro, enquanto demanda de direitos humanos visivelmente urgente, certamente influenciou e continua influenciando a opção por uma política criminal cuja privação de liberdade seja, de fato, a *ultima ratio*.

Por fim, tem-se como principal fundamento político-criminal do acordo de não persecução penal a necessidade de implementação de um mecanismo que confira ao sistema penal maior efetividade e dinamismo.

É inegável que a justiça consensual se funda na “crise do processo penal”, conforme sustenta Vasconcellos, decorrente do conflito entre a expansão do direito penal e a ausência de recursos econômicos/humanos, fato que estimula o descrédito da sociedade no tocante ao sistema de justiça criminal. Na visão do autor, porém, o anseio por celeridade nos julgamentos de casos penais, pautado por posturas efficientistas, significa a perda da verdadeira essência do processo penal, qual seja a limitação do poder de punir do Estado⁵⁴.

⁵² DE BEM, Leonardo Schmitt; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 120.

⁵³ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020, p. 162-163.

Em posição oposta, Suxberger e Filho defendem que o entendimento citado representa uma expressão de um garantismo negativo, isto é, que acaba por negar, de outro vértice, o princípio da tutela penal deficiente⁵⁵.

Conforme explica Gloeckner, o ANPP tem aptidão para alcançar a maior parte dos crimes previstos na legislação brasileira, podendo efetivamente “transformar as práticas do sistema de justiça criminal brasileiras, essencialmente negociais”. Contudo, não se pode abstrair de alguns problemas já identificados em outros instrumentos negociais, e que são repetidos no instituto ora em análise. É o caso, por exemplo, “da voluntariedade, da assimetria de informação existente entre órgão acusador e acusado e da concepção de que se trata de um contrato entre as partes, movidas ambas pelo interesse de maximizar ganhos ou reduzir perdas”⁵⁶.

Ressalvadas as pertinentes discussões travadas no campo dogmático a respeito da utilização da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, e sabendo-se que a melhor alternativa, sem dúvida, seria submeter todos os casos penais a um júízo pleno⁵⁷, o fato é que o legislador optou por apostar no acordo de não persecução penal como garantia de efetividade, na intenção de que aludido mecanismo consiga solucionar os casos penais de forma mais rápida e menos custosa, retirando da sociedade o sentimento de impunidade. Para tanto, estabeleceu-se requisitos e condicionou-se a avença à concordância do investigado com as condições pré-estabelecidas para o acordo.

No entendimento de Mendes e Souza, o acordo de não persecução penal se mostra vantajoso porque nenhuma medida de natureza preventiva goza de tamanha efetividade quanto aquelas que contêm a concordância de seu destinatário⁵⁸.

Entende-se que há no centro da ideia de um processo penal mais efetivo, uma opção político-criminal que substitua o paradigma punitivista por uma concepção racional de prevenção, através da qual legitima-se o modelo de solução consensual dos casos penais,

⁵⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016, p. 391.

⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 329-373, jul./ago. 2022. p. 363.

⁵⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 45.

⁵⁸ MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020, p. 1198.

“possibilitando o fortalecimento das normas e da dinâmica de ressocialização, que não pode ser obtido com a mesma legitimação por meio do processo penal tradicional”⁵⁹.

Portanto, tem-se que o acordo de não persecução penal, assim como outros instrumentos de justiça penal consensual, almeja não apenas a desburocratização procedimental, mas se orienta pela busca da finalidade de prevenção do direito penal⁶⁰.

3. Os requisitos do acordo de não persecução penal

A celebração do acordo de não persecução penal deve atender à determinados requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal, os quais a doutrina⁶¹ convencionou classificar entre objetivos e subjetivos, dado os interesses político-criminais do legislador ordinário ao estabelecer as regras dispostas na norma processual para possibilitar o acesso ao mecanismo negocial.

Adiante serão analisados os requisitos objetivos e subjetivos a serem atendidos para a celebração do acordo de não persecução penal, aprofundando-se o estudo, no segundo momento, quanto ao requisito subjetivo da necessidade e suficiência do acordo.

3.1 Requisitos objetivos e subjetivos

A realização do acordo de não persecução penal, primeiramente, está restrita aos tipos penais cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, levando-se em consideração as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto⁶². Por este requisito, procurou-se atrair ao novo instituto consensual os delitos que na eventualidade de uma condenação criminal

⁵⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. É importante destacar porém, que Schünemann vê de maneira crítica os institutos de justiça penal negocial. Ao analisar, por exemplo, a *guilty plea* norte-americana, ele aponta como suas principais objeções: i) a possibilidade de punição mais severa daqueles que optarem pela prova de sua inocência através do processo penal, sem aceitar o acordo; ii) a pressão exercida sobre o investigado, para a celebração da avença; iii) a subversão da função protetiva do direito penal, a partir da aplicação de penas inferiores àquelas que seriam devidas; iv) a discriminação para com investigados de baixo nível social, que poderão não ter condições de angariar melhores acordos; v) a aniquilação da posição de sujeito de direito, do Acusado. Cfr.: SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240-264. p. 252-254.

⁶⁰ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes, op. cit., p. 387.

⁶¹ Em razão de o acordo de não persecução penal se tratar de um instituto recente na legislação brasileira, ainda são escassos os estudos a respeito do tema. Nesse sentido, no presente trabalho, adota-se como fonte de pesquisa sobre o instituto consensual as obras publicadas pelos autores Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Leonardo Schmitt de Bem, Alexandre Bizzotto e Rômulo de Andrade Moreira.

⁶² BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

não resultariam na imposição de pena privativa de liberdade ao imputado, mas somente penas restritivas de direito⁶³.

Quando presentes causas especiais de aumento ou diminuição de pena, com efeito, deve-se levar em consideração, na primeira hipótese, o mínimo de majoração possível, e na segunda hipótese, o máximo de redução possível, chegando-se, assim, ao mínimo de pena em cada situação específica⁶⁴.

A oferta do acordo de não persecução penal, por outro lado, pressupõe a existência de todas as condições para a deflagração da ação penal (legitimidade de parte, punibilidade concreta, indícios suficientes de autoria e materialidade), informações que serão extraídas dos autos da investigação criminal, pois sendo o caso de arquivamento, é vedada a celebração do acordo, conforme dispõe o art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal⁶⁵.

Trata-se, o acordo de não persecução penal, de uma nova exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, cujo órgão acusador, em tese, tem o dever de, uma vez verificados os pressupostos da ação, oferecer a denúncia⁶⁶.

Tem relevância na análise sobre o cabimento do acordo de não persecução penal, também, a forma como o delito foi cometido. É que o aludido instituto consensual não pode ser celebrado na hipótese de crimes cometidos com violência ou grave ameaça⁶⁷.

⁶³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 89.

⁶⁴ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: Dialética Editora, 2020. Edição Kindle, p. 57.

⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021. Sobre este ponto, aliás, ao discorrer sobre uma possível abstração da busca pela verdade no âmbito da justiça penal negocial, Luis Felipe Kircher destaca a necessidade de uma base factual mínima para a celebração dos acordos. No âmbito do ANPP, a proposta deve “expor, ainda que de forma sucinta, qual é o substrato mínimo que dá base para o oferecimento do mesmo”. A partir desta constatação, é possível identificar a necessidade de um “juízo de probabilidade que é idêntico ao que se exige para o recebimento da acusação”, ou seja, deve haver justa causa. Em outras palavras, a partir da constatação de que a distribuição do risco de erro deve pender mais para a acusação, sustenta, o autor, o emprego de um *standard* probatório intermediário, tal como proposto por Ferrer Beltrán, de “que a hipótese acusatória seja a mais provável de ser verdadeira, e que ela seja estabelecida com um grau suficiente de probabilidade, tendo em vista os elementos de informação obtidos no âmbito da investigação”. Cfr.: KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível?. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 61-92. p. 73 e ss.; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 210.

⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juízados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁶⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Segundo Cabral, trata-se de uma legítima opção político-criminal do legislador brasileiro de não beneficiar os agentes que pratiquem infrações revestidas de maior gravidade e, portanto, incorram em condutas mais reprováveis, pois mais significativo o desvalor da ação. No entendimento do autor, a violência a que se refere o art. 28-A da norma processual penal pode ser tanto a violência dolosa, quanto a violência culposa, na medida em que o legislador não expressou à qual modalidade de imputação tal restrição diz respeito⁶⁸.

Posicionando-se de outra forma, De Bem opina que, embora o legislador não tenha feito distinção entre infrações dolosas ou culposas, esse requisito não abrange o comportamento culposos, pois na culpa ocorre uma falha na execução, o resultado decorre de um desdobramento involuntário. Já no comportamento doloso, o agente infringe a norma penal com violência ou grave ameaça de forma deliberada, com o objetivo de lesar ou colocar em perigo um interesse alheio⁶⁹.

Outro requisito que impede a realização do acordo de não persecução penal é a possibilidade de ser oferecida, no caso concreto, a transação penal. Apesar de os institutos consensuais se mostrarem semelhantes, é certo que a transação penal constitui modalidade mais branda da justiça consensual e justamente por prever condições menos onerosas, deve preceder ao acordo de não persecução penal⁷⁰.

Importante ressaltar que o investigado não fará jus ao acordo de não persecução se nos últimos cinco anos já tiver sido favorecido pelo mesmo acordo, pela transação penal ou pela suspensão condicional do processo, conforme estabelece o art. 28-A, § 2º, inciso III, do Código de Processo Penal⁷¹.

O último requisito objetivo do acordo de não persecução penal refere-se à vedação da celebração do instituto nos casos de crimes praticados no contexto de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. O impedimento de celebração do acordo nessas hipóteses representa, claramente, uma política criminal estatal atenta e preocupada com a proteção da mulher e, sobretudo, com as

⁶⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 91-92.

⁶⁹ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 230.

⁷⁰ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: Dialética Editora, 2020. Edição Kindle, p. 72.

⁷¹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

formas de discriminação e violências de gênero, mantendo, assim, uma resposta punitiva retributiva àqueles agentes que incorrerem em delitos situados no âmbito familiar e doméstico ou em razão do gênero feminino⁷².

No tocante aos requisitos subjetivos, destaca-se, inicialmente, a exigência de que o investigado não seja reincidente. Ou seja, adotou-se um critério político-criminal de privilegiar o agente que tenha praticado delito pela primeira vez ou àquele cuja condenação criminal já tenha sido extinta há mais de cinco anos⁷³.

A vedação do acordo de não persecução penal em virtude da reincidência desperta algumas críticas, como, por exemplo, a ultratividade das consequências do delito anterior e a “reavaliação de um delito que não é objeto do acordo”, conforme assevera De Bem⁷⁴. Observa-se, também, um apego do legislador ao passado, evidenciando, também no instituto consensual, um direito penal do autor, em que não se reprova o fato, mas a personalidade do autor⁷⁵.

Enquanto requisito subjetivo, há, ainda, a previsão legislativa de que o acordo de não persecução penal não será aplicado quando existirem elementos de prova que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional⁷⁶.

Essa particularidade, igualmente, é alvo de severas críticas da doutrina⁷⁷, ante as lacunas decorrentes dessa restrição ao benefício penal. Conforme ressalta Moreira, notam-se graves impropriedades no requisito em comento, a começar pela referência a “elementos probatórios”, já que o acordo de não persecução penal, em tese, é proposto a partir da análise dos elementos indiciários, ou seja, obtidos na fase investigatória, na qual inexistente produção de provas, apenas adoção de atos investigativos. De acordo com o autor, percebe-se, também, violação ao princípio da legalidade, pois o legislador se utiliza de conceitos não definidos em lei, como a

⁷² BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: Dialética Editora, 2020. Edição Kindle, p. 79.

⁷³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 107-108.

⁷⁴ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 247.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111.

⁷⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷⁷ Para uma análise crítica do emprego do termo “delinquente habitual”, cfr.: SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 175-205, jul./ago. 2022. Passim.

configuração da habitualidade delitiva, reiteração ou profissionalidade⁷⁸. Essa circunstância, notoriamente, confere ao órgão acusador uma subjetividade que não é permitida no espaço de oportunidade do acordo de não persecução penal, mormente porque a discricionariedade, na justiça consensual brasileira, é regulada, de modo que sua aplicação deve ser orientada por critérios controláveis⁷⁹.

Segundo De Bem, mais que violar o princípio da legalidade, o referido requisito ofende o princípio da presunção de inocência, na medida em que impede a celebração do acordo com investigado não reincidente⁸⁰.

Por fim, tem-se como outro requisito subjetivo do acordo de não persecução penal a confissão⁸¹ do investigado.

O art. 28-A do Código de Processo Penal exige que no acordo de não persecução penal haja a confissão do investigado, inicialmente, de maneira formal. Nesse sentido, a confissão deve estar bem esclarecida nas cláusulas do acordo celebrado e deve ser feita por escrito na presença do defensor e do membro do Ministério Público⁸².

Por outro lado, a lei dispõe que essa confissão deve ser feita circunstancialmente, ou seja, os fatos devem ser descritos de maneira detalhada, para que não reste qualquer dúvida

⁷⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 212.

⁷⁹ CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano. 11, v. 18, n. 1, p. 118-149, jan./abr., 2017, p. 143.

⁸⁰ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 248.

⁸¹ Criticamente a essa exigência, explica Marco Aurélio Nunes da Silveira: “Se há exigência de confissão, é indiscutível que o foco é uma pena, ainda que o instituto seja chamado de acordo de não persecução penal, paradoxalmente. Perceba-se que o legislador confundiu a ideia de *solução fora do processo* (a exemplo das vias alternativas ao processo e à pena previstas nos Códigos hispano-americanos), inerente à expressão “não-persecução”, com a ideia de aplicação imediata de pena por meios consensuais (barganha judicial, *plea bargaining*). Ora, se há alguma espécie de castigo (mesmo que implícito), há, inexoravelmente, persecução (ainda que ela não se desenvolva em processo de conhecimento, com instrução e julgamento). Criou-se, então, uma quimera, uma figura híbrida, uma combinação heterogênea e incongruente de elementos diversos: por um lado, o texto não fala expressamente em pena (como ocorre, aliás, no art. 76 da Lei 9.099/95, em relação à transação penal) e a consequência do cumprimento do acordo é a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP); por outro lado, há exigência de confissão e o *caput* do artigo exige que o acordo seja suficiente para a “reprovação e prevenção do crime”. Em suma, na linha de nossa comparação com a experiência processual penal latino-americana, conclui-se que o ANPP brasileiro promove uma hibridização do *processo abreviado* (aplicação imediata da pena) com as *formas extraprocessuais* (soluções não punitivas, restaurativas)” (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 305-327, jul./ago. 2022. p. 322).

⁸² DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 171.

sobre a prática delituosa, prezando-se sempre para que tal ato não seja maculado por coações de nenhuma natureza, conforme preceitua o art. 8º, 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸³.

O conteúdo da confissão no acordo de não persecução ainda tem natureza desconhecida, em razão da recente inclusão do novo mecanismo de consenso no processo penal. Contudo, já há autores que defendem que esta é uma confissão que não pode ser singela, se resumindo simplesmente ao objeto da investigação, mas que deve ser uma confissão que narre convincentemente a prática criminosa, revelando todas as suas minúcias, sob pena de a omissão parcial sobre o delito ser encarada como justificativa plausível para a rescisão do acordo⁸⁴.

Ao tratar sobre o tema dos acordos sobre a sentença penal, Nuno Brandão, de modo propositivo, afirma que:

Nessa medida, para o funcionamento do acordo é imprescindível a confissão. Não, porém, como simples declaração ou assunção de culpa, estando arredada a possibilidade de o acordo incidir sobre a questão da culpabilidade *qua tale*, mas como elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos factos objeto do processo. Sendo essa a sua função, serão de considerar inadmissíveis e inidóneas para esse efeito as confissões meramente formais, vazias de conteúdo⁸⁵.

Na visão de De Bem, o legislador não exigiu que para a celebração do acordo a confissão seja minuciosa, porém, o teor da aludida confissão se submete à uma valoração subjetiva do órgão acusador, que poderá interpretá-la, segundo a sua concepção, como insuficiente para o preenchimento do requisito. Eis a problemática acerca do conteúdo da confissão⁸⁶.

Aspecto que também protagoniza debates diz respeito à validade jurídica da confissão como elemento de prova para fundamentar uma sentença condenatória, caso o investigado, descumprindo o acordo, venha a ser denunciado e condenado. A questão é complexa, pois em que pese a confissão tenha sido formalizada, a rigor, fora dos autos, é indiscutível o seu conhecimento por parte do juiz da causa, podendo suggestioná-lo na fase decisória⁸⁷.

⁸³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal, op. cit., p. 208.

⁸⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112-113.

⁸⁵ BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n. 25, p. 161-178, 2015, p. 173.

⁸⁶ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 254.

⁸⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 209.

Para além dos efeitos práticos produzidos pelo uso da confissão como um dos elementos essenciais para a celebração do acordo de não persecução penal, é possível observar, em outra perspectiva, que a consubstanciação de um acordo penal nos moldes estabelecidos pela Lei Anticrime, além de exigir uma manifestação autodeclaratória de culpa de forma pretensamente voluntária, representa novamente uma supervalorização da confissão incriminadora⁸⁸.

Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, o ANPP poderá ser proposto, com a necessidade de cumprimento cumulativo ou alternativo de certas condições, cujo rol é trazido pelos incisos do Art. 28-A do CPP. Destaca-se a necessidade de (i) *reparação do dano ou restituição da coisa à vítima (salvo na impossibilidade de o fazer)*⁸⁹; (ii) *renúncia de bens e direitos indicados pelo MP*; (iii) *prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública*; (iv) *pagamento de prestação pecuniária*; (v) *cumprimento de outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração*.

3.2 O requisito da necessidade e suficiência do Acordo para a prevenção e reprovação do crime: Diretrizes político-criminais

Dentre os requisitos subjetivos do acordo de não persecução penal há, ainda, a previsão de que o acordo somente poderá ser celebrado se este for necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime⁹⁰.

Sem embargo das problematizações que serão apresentadas no capítulo seguinte, certamente, o requisito da necessidade e suficiência do acordo se afigura um dos mais polêmicos requisitos relativos ao acordo penal, seja em razão da generalidade de seu conteúdo, seja porque inexistente previsão constitucional que abarque as finalidades a ele relacionadas⁹¹.

A discricionariedade do requisito em análise é uma conclusão inquestionável. Ela revela, ao que parece, o espaço encontrado pelo legislador para introduzir, de forma mais aberta,

⁸⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 171.

⁸⁹ A presente condição levanta algumas controvérsias no que tange a determinados crimes, tais como os tributários. Para uma análise pormenorizada da questão, cf.: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 121-174, jul./ago. 2022. p. 155 e ss.

⁹⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁹¹ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 240.

as diretrizes político-criminais almejadas através da implementação do novo mecanismo consensual.

O requisito do acordo repete exatamente o texto do art. 59 do Código Penal⁹², que estabelece os parâmetros para a determinação da sanção cabível na hipótese de uma sentença penal condenatória, isto é, está inteiramente interligado ao discurso legitimador do poder punitivo estatal, valendo-se do sentido finalístico da pena para fundamentar a aplicação ou não do acordo de não persecução penal na prática⁹³.

Observa-se que a previsão do aludido requisito se sustenta em uma perspectiva preventiva do Direito Penal. No processo penal, partindo da opção político-criminal de eleição de mecanismos mais eficientes de intervenção no sistema penal, as finalidades preventivas da pena servem como filtros a possibilitar a adoção do instrumento consensual em detrimento da tradicional persecução penal, quando presentes casos penais que se revistam de menor culpabilidade e gravidade da conduta⁹⁴.

Comungando da noção de função preventiva da pena enquanto prevenção contra atos futuros, e não mais para proteção do bem jurídico que já restou violado, entende-se que o requisito da necessidade e suficiência se destina justamente a autorizar o acordo de não persecução penal somente nos casos em que se vislumbre que o benefício será apto a desestimular o investigado a praticar novas condutas típicas⁹⁵.

Segundo Cabral, a intenção é que o acordo de não persecução penal opere como um “equivalente funcional da pena”. Nessa linha, na análise da aplicabilidade do acordo face às peculiaridades de cada caso concreto, incumbe ao órgão acusador ponderar a respeito do contexto da infração cometida, especialmente a existência de particularidades que não aconselhem a sua realização, à luz da perspectiva preventiva do crime⁹⁶.

⁹² “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]”. (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021).

⁹³ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal, op. cit., p. 240.

⁹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 366.

⁹⁵ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39.

⁹⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 93.

No desenvolvimento desse raciocínio, a análise do caso concreto é subsidiada pelos critérios da gravidade do injusto e da culpabilidade do agente, fatores que demonstrarão se o caso penal em exame goza de maior reprovabilidade e, portanto, desmerece o acordo de não persecução penal⁹⁷. No concernente à reprovabilidade do fato, Cabral assevera:

[...] devem ser levados em consideração, desde uma perspectiva de injusto mais grave, elementos como a magnitude da violação aos bens jurídicos, o grau de afetação social do delito examinado e a transcendência lesiva da prática delitiva. Já a partir de uma visão de culpabilidade, cumpre examinar o grau de reprovabilidade da conduta do autor, em determinando caso concreto⁹⁸.

Pelo injusto deve-se entender a ação antijurídica, a conduta típica negativamente valorada. Segundo Souza, a concepção do injusto inclui o fato típico e antijurídico, isto é, “o fato típico o qual não se revela justificado”⁹⁹.

O injusto penal, como se adiantou, pode ser interpretado segundo a sua intensidade, isso quer dizer que na noção de antijuridicidade material admite-se uma graduação objetiva do fato típico e antijurídico¹⁰⁰. Na visão de Tavares, esse critério de escalonamento da gravidade do injusto é oportuno no momento da mensuração da culpabilidade a ser considerada na aplicação da sanção penal¹⁰¹.

No tocante ao requisito do acordo de não persecução penal, terá importância, nessa perspectiva, as circunstâncias da conduta, a forma de execução do delito e o seu grau de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, identificando-se, assim, se o acordo é suficiente para a prevenção e reprovação do crime¹⁰².

Por outro lado, pela culpabilidade, entende-se como um elemento de determinação ou mensuração de pena, aferida a partir da reprovabilidade pessoal da conduta injusta¹⁰³. A intensidade da ofensa ao bem jurídico afetado repercute diretamente numa maior ou menor

⁹⁷ Ibid., p. 93.

⁹⁸ Ibid., p. 94.

⁹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 311.

¹⁰⁰ Ibid., p. 311.

¹⁰¹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018, p. 316.

¹⁰² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 369.

¹⁰³ SOUZA, Luciano Anderson de, op. cit., p. 505.

culpabilidade do agente¹⁰⁴ e, por isso, guarda pertinência nessa temática, pois no requisito do acordo avalia-se o grau de reprovação pessoal da conduta praticada pelo agente¹⁰⁵.

Em resumo, do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime, espera-se que seja possível compreender, previamente ao acordo de não persecução penal, se ele de fato contribuirá para a realização do caráter preventivo do Direito Penal¹⁰⁶.

Essa concepção, segundo a própria dinâmica do acordo de não persecução penal, que se consubstancia em um acordo pré-processual, será extraída dos elementos informativos constantes da investigação criminal. Nesse ponto, questiona-se, por um lado, a impropriedade desse requisito, na medida em que, na fase investigatória, não há sequer uma acusação formal contra o agente¹⁰⁷.

O fato de o legislador ter aderido ao critério de prevenção no Direito Penal como diretriz político-criminal para nortear as hipóteses de cabimento do acordo, por certo, reduziu a amplitude da efetividade do mecanismo consensual, aspecto igualmente visto como uma demanda de política criminal no processo penal¹⁰⁸, já que ao membro do Ministério Público foi conferida a liberdade de decidir conforme a sua convicção sobre a necessidade e suficiência do acordo relativamente a cada caso concreto.

Por fim, nota-se que quanto ao requisito da necessidade e suficiência do acordo para a prevenção e reprovação do delito são observadas, ainda, outras críticas, como, por exemplo, a ausência de previsão legal a respeito dos conceitos de necessidade e suficiência, a falta de segurança jurídica na adoção de critérios subjetivos para a celebração do acordo, a abertura de uma discricionariedade ao órgão acusador em espaços de oportunidade no processo penal à revelia de qualquer controle jurisdicional, dentre outros aspectos que serão aprofundados na seção posterior.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 418.

¹⁰⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 372.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 367.

¹⁰⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 210.

¹⁰⁸ MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020, p. 1198.

4. A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime no acordo de não persecução penal

O requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime no acordo de não persecução penal, previsto no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, desperta alguns questionamentos¹⁰⁹ a respeito de sua (in)compatibilidade com o mecanismo consensual no qual se insere.

Por um lado, o requisito em debate incentiva uma análise a respeito da subjetividade de seu conteúdo e a discricionariedade conferida ao órgão acusador em face do princípio da legalidade intensamente presente no Direito Penal material e processual. De outro lado, convida a pensar se a adoção do critério da prevenção no Direito Penal como um requisito para a celebração do acordo converge com os próprios objetivos político-criminais do acordo de não persecução penal.

Tais discussões serão apresentadas na sequência, de maneira que, sem o objetivo de esgotar o tema, pretende-se ao final a superação das problemáticas evidenciadas a partir de um olhar diferenciado sobre o acordo de não persecução penal.

4.1 Entre o princípio da legalidade e o subjetivismo do órgão acusador

A previsão legislativa de que o acordo de não persecução penal somente poderá ser oferecido quando a sua realização se demonstrar necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime originou um debate pertinente em torno não apenas do requisito em si, mas das consequências que ele é capaz de ocasionar no sistema de justiça criminal.

Embora a expressão tenha sido importada do art. 59 do Código Penal, até hoje inexistiu uma definição legal acerca dos conceitos de necessidade e suficiência para fins penais, o que,

¹⁰⁹ Exemplificativamente, questionam Rodrigo Sánchez Rios e Victor Costa: “qual a natureza jurídica das condições tidas por consequências do acordo? Como poderia haver retribuição, por um equivalente funcional da pena, se não há juízo sobre a culpabilidade do acusado? Em segundo, mesmo se tido por equivalente funcional, a imposição de condições não pode ser considerada como requisito do acordo, mas sim sua consequência. Assim, poderia haver discricionariedade do Ministério Público em não oferecer o acordo sob essa justificativa?” (RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 207-233, jul./ago. 2022. p. 228).

aliás, não foi suprido na ocasião da implementação do acordo de não persecução penal¹¹⁰. Isso, em certa medida, provoca uma sensação de falta de segurança jurídica na aferição dos critérios subjetivos por parte do órgão acusador para a celebração do acordo de não persecução penal, pois, invariavelmente, ele terá de se valer de interpretações sobre a gravidade do fato e a culpabilidade do agente para decidir quanto à viabilidade da propositura do acordo.

Na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, primeira normativa (administrativa) a prever a possibilidade de realização de um acordo para evitar o processamento de casos penais, percebe-se que a instituição procurou delimitar objetivamente o parâmetro de avaliação do requisito da necessidade e da suficiência do acordo, ao que parece, em conformidade com a dimensão da violação ao bem jurídico tutelado¹¹¹.

Nesse sentido, na mencionada resolução administrativa do Ministério Público, se estabeleceu que, nos crimes cujo reflexo financeiro puder ser mensurado, o acordo não poderá ser admitido na hipótese de o dano superar o valor de vinte salários-mínimos¹¹².

O Conselho Nacional do Ministério Público, através do art. 18, inciso II, § 1º, da Resolução 181/2017, prevê, ainda, que o órgão acusador incumbido de analisar a viabilidade do acordo poderá se valer de outro parâmetro econômico definido por seu órgão de revisão ministerial, conforme a regulamentação local.

Ou seja, poderá existir uma distinção acerca dos parâmetros de avaliação sobre a necessidade e suficiência do acordo a depender da localidade em que o mecanismo consensual for manejado, o que possibilita, conseqüentemente, uma disparidade na aplicação do acordo de não persecução penal entre as regiões do território nacional.

¹¹⁰ Neste sentido, cfr. também: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance?. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul./2021.

¹¹¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181/2017, de 07 de agosto de 2017*: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2021.

¹¹² “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...]. § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: [...] II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181/2017, de 07 de agosto de 2017*: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2021).

Para as hipóteses de crimes cujo reflexo não puder ser mensurado, por não possuírem conotação patrimonial, a avaliação acerca da necessidade e suficiência se limitará à análise subjetiva do grau do injusto e da culpabilidade.

Em todos os cenários, é certo que o entendimento sobre o requisito fará parte da discricionariedade do membro do Ministério Público responsável pelo caso penal.

Na visão de Cabral, a avaliação do que se afigura necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime reside no aspecto da liberdade de cada Promotor de Justiça, prerrogativa que, segundo o autor, é conferida pela Constituição Federal ao atribuir ao membro do Ministério Público a independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição Federal), especialmente enquanto titular da ação penal¹¹³.

Em posição oposta, Franco assevera que o legislador brasileiro “confundiu titularidade da ação penal com direito à pena justa”, pois ao órgão acusador cabe decidir sobre denunciar ou arquivar determinada acusação, porém não lhe incumbe controlar a aplicação de penas¹¹⁴.

Na mesma direção, De Bem sustenta que a previsão do requisito em si não é o problema, mas as consequências que dele podem surgir. Isso porque, o requisito, na subjetividade em que se apresenta, possibilita ao membro do Ministério Público uma abertura desmedida para a celebração ou não do acordo de não persecução penal, a depender das especificidades de cada caso concreto.

A despeito da subjetividade anunciada, o requisito da necessidade e suficiência, como dito, não encontra respaldo mínimo na lei penal, permitindo, paradoxalmente, que cada representante ministerial, no seu atuar, imponha, conforme a sua interpretação, a presença de condições no caso concreto que, na realidade, não são exigidas no Código de Processo Penal. A liberdade conferida ao órgão acusador no acordo de não persecução penal, à revelia de controles objetivos, autoriza uma gama de arbitrariedades¹¹⁵.

¹¹³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 95-96.

¹¹⁴ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 442.

¹¹⁵ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 241.

Apesar de o Ministério Público possuir uma função político-criminal no sistema de justiça penal, que se revela na sua atuação cotidiana ao decidir sobre os rumos de cada caso penal, ainda sim seus agentes devem ser controlados pelo princípio da legalidade¹¹⁶.

O acordo de não persecução penal, assim como os demais mecanismos consensuais que o precederam, de fato representa uma mitigação do sistema de obrigatoriedade da ação penal ao ceder maior espaço de oportunidade no processo penal. Contudo, não se trata de uma oportunidade ilimitada, mesmo porque o membro do Ministério Público, assim como qualquer outro agente estatal, tem sua atuação restrita às disposições legais¹¹⁷.

Em matéria de Direito Penal, não se concebe uma atuação afastada do que taxativamente previsto em lei, dado o interesse público que contém o processo penal. O dever de agir conforme a legalidade repercute diretamente nos sujeitos processuais e em suas atividades¹¹⁸.

Disso resulta que o desenrolar do processo penal ou mesmo a sua supressão não podem estar reféns da vontade particular de determinados atores jurídicos. O princípio da legalidade contrapõe-se justamente a isso, ao atuar com abusos, tratamentos desiguais, favoritismos de classes, etc.¹¹⁹.

Assim é que o princípio da oportunidade, ao ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, se deu de forma regrada (ou regulada). Isto é, o princípio da oportunidade, não necessariamente se opõe ao princípio da legalidade, apenas o relativiza em situações legalmente previstas e limitadas¹²⁰. Portanto, embora diante de um espaço de oportunidade, a atuação do Ministério Público, ainda que composta por certo grau de liberdade, estará permanentemente regida pelo princípio da legalidade, evitando-se decisões pessoalizadas por membros da instituição¹²¹.

¹¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69-70.

¹¹⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. O controle jurisdicional de legalidade da oferta de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público [recurso eletrônico]. *Migalhas*, 2021.

¹¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47-49.

¹¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115.

¹²⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 45.

¹²¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113.

A criminologia, de certo modo, há muito denuncia uma seleção informal de casos penais punidos com maior severidade pelo sistema de justiça criminal, escudando tal seletividade punitiva em critérios abertos e abstratos¹²².

Porém, na visão de Ada Pellegrini Grinover¹²³:

O objetivo do princípio da oportunidade regrada é exatamente substituir os mecanismos informais de seleção de casos já operantes na sociedade, introduzindo em seu lugar critérios legais transparentes, racionais e congruentes com as escolhas do direito penal, que levem à pacificação social.

O requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime, por ter expressão importada do art. 59 do Código Penal, já foi objeto de debate pela doutrina e jurisprudência, não havendo até hoje, contudo, um consenso a respeito da sua significação e extensão.

Com efeito, na discussão situada na dosimetria da pena a respeito das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, critica-se a ausência de parâmetros objetivos, ou seja, numérico-legais, para a individualização da pena, o que, muitas vezes, resulta na aplicação de penas em patamares absolutamente díspares. Essa falta de uniformidade na quantificação da pena dá margem a uma atuação cujo controle é dificultado¹²⁴.

Para Zaffaroni,

[...] a deficiência de parâmetros legais e doutrinários claros para a quantificação das penas dá margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo à arbitrariedade, eliminando-se a chamada “legalidade das penas”¹²⁵.

Adaptando essa compreensão ao campo do acordo de não persecução penal, observa-se que, tal como na dosimetria da pena, o requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime se reveste de manifesta subjetividade, a qual abre verdadeiro caminho para a adoção de práticas arbitrárias e seletivas.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 98.

¹²⁴ PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 136, p. 15-33, out/2017, p. 18.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 28.

Os requisitos para a celebração de um mecanismo de consenso no processo penal devem ser regulados de maneira que possam ser generalizáveis e controláveis, baseados em pressupostos objetivos e taxativamente previstos em lei, em primor à legalidade estrita, sob pena de o subjetivismo conferido ao órgão acusador caracterizar um superpoder: a uns a ação penal tradicional, a outros o acordo de não persecução penal.

Assim, entende-se que o requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, não se compatibiliza com o acordo de não persecução penal, enquanto mecanismo consensual pautado pelo princípio da oportunidade regrada, na medida em que se contrapõe à obediência ao princípio da legalidade e autoriza subjetivismos por parte do órgão acusador ante a ausência de definições objetivas sobre o conteúdo dos conceitos elencados no requisito legal.

4.2 O desequilíbrio entre os objetivos do acordo de não persecução penal e a adoção do critério da prevenção no Direito Penal

Para além da discussão que problematiza o subjetivismo que o requisito da necessidade e suficiência confere ao órgão acusador na análise do oferecimento do acordo, é pertinente pensar sobre o eventual desequilíbrio que pode haver entre os objetivos do acordo de não persecução penal e a adoção, pelo legislador, do critério da prevenção geral no direito penal em matéria de justiça consensual.

Ao estabelecer que o acordo de não persecução penal somente poderá ser celebrado na hipótese de se mostrar necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, o legislador ordinário insere no seio do aludido requisito uma perspectiva preventiva do direito penal. Segundo Cabral, essa intenção visa a consolidar o entendimento de que o acordo de não persecução penal representa “um equivalente funcional da pena”¹²⁶. Em outras palavras, segundo o autor, para a celebração do acordo, “deve ser possível extrair dos elementos de informação constantes da investigação criminal que a avença contribuirá para a realização da função preventiva do Direito Penal”¹²⁷.

¹²⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 93.

¹²⁷ A partir desta leitura, sustenta o autor que “para a concretização desse requisito de forma dogmaticamente aceitável faz-se necessário examinar-se dois fatores: (i) de um lado, deve ser examinado se a infração penal ostenta alguma circunstância que permita afirmar a presença de um injusto mais grave (natureza predominantemente objetiva), (ii) de outro, se há elementos que indiquem uma maior culpabilidade do agente (natureza predominantemente subjetiva)” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In:

Nessa direção, ganha relevo na análise da suficiência para a prevenção e reprovação do crime o específico contexto da prática delitiva, de modo que, havendo alguma peculiaridade que não recomende a avença, o acordo não poderá sequer ser oferecido.

Nada obstante, infere-se que a eleição do critério da prevenção geral no direito penal como filtro à celebração do acordo de não persecução penal diverge, em certa medida, com os objetivos político-criminais do mecanismo consensual em debate e com a própria noção de eficiência e funcionalidade tão almejada no processo penal, cuja busca se dá, também, pela implementação da justiça penal consensual.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, na Resolução 181/2017, definiu que uma das razões para implementação administrativa do acordo de não persecução penal decorria da exigência de se priorizar soluções alternativas no processo penal que proporcionam, a um só tempo, celeridade na resolução dos casos penais, economia de recursos dos órgãos envolvidos na persecução criminal e diminuição dos efeitos danosos da sentença penal condenatória¹²⁸.

Isto é, o órgão ministerial, desde a resolução administrativa derogada, interpretou o acordo de não persecução penal como um instrumento de redução dos danos resultantes da sentença penal, como, por exemplo, a pena criminal e a estigmatização da pessoa do condenado. É que, de certa forma, o acordo de não persecução penal, assim como os demais mecanismos de consenso que o precederam, consubstancia-se em um meio eficaz à contenção da aplicação incontrolada do direito penal, restringindo, assim, o poder punitivo estatal¹²⁹.

Entende-se que a atuação dos representantes do Ministério Público na análise do oferecimento do acordo de não persecução penal, portanto, não deve se pautar pela ideia de prevenção e reprovação do crime, mas sim primar por uma compreensão do acordo enquanto ferramenta potencialmente capaz de reduzir danos e solucionar conflitos.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 363-375. p. 367-368).

¹²⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181/2017, de 07 de agosto de 2017*: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2021.

¹²⁹ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 240-241.

Existe, ademais, certa dissonância entre a busca por novas formas de operacionalização da persecução penal - no mote da eficiência - e a restrição do acordo de não persecução penal nas hipóteses em que ele não for necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Por um lado, toma-se o acordo de não persecução penal como um instrumento alternativo ao processo penal tradicional, orientado político criminalmente à um direito penal menos interventivo, mais célere, mais eficaz e menos custoso. De outro lado, obsta-se o acordo com base em análise subjetiva acerca do contexto da prática delitiva levada a efeito. A ideia de implementação de um direito penal eficiente, assim, além de limitada, se torna visivelmente simbólica, de modo que os resultados a longo prazo demonstrar-se-ão pouco significativos.

Na análise de Silva Sanchez sobre a eficiência no direito penal, “direitos e garantias estão, *a priori*, sujeitos ao jogo das preferências individuais (articulado formalmente no consenso)”. De acordo com o autor, é imprescindível estabelecer limites que descrevam o que está e o que não está no campo das possibilidades do acordo e o que pode ser invocado “no jogo das preferências individuais”¹³⁰.

De fato, na esfera da justiça penal consensual, exige-se, acima de tudo, clareza na delimitação do espaço de consenso e de conflito, esclarecendo-se o âmbito do que se convencionou chamar de pequena, média e grave criminalidade¹³¹.

Com efeito, no ANPP, considerando inclusive a justificativa exposta no Projeto de Lei Anticrime, no sentido de que a aceleração no processamento das ações penais se mostra primordial, para que o Poder Judiciário responda às demandas que lhe são apresentadas em tempo razoável, demonstrando a existência de um Estado que seja eficiente e respeite o devido processo legal, acredita-se que o objetivo foi justamente abarcar boa parte dos tipos penais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro¹³².

Bem por isso estipulou-se como requisito do acordo a exigência de pena mínima inferior a quatro anos.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 68.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. Lei nº 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16.

¹³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Não fosse o próprio requisito numérico/objetivo da pena, pensa-se que outras formas de seleção já foram previstas no acordo de não persecução penal a fim de impossibilitar a alternativa penal aos agentes que desmereçam a benesse, a exemplo da vedação do oferecimento do acordo para casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, casos de delitos cometidos em contexto de violência familiar ou de gênero, e até mesmo casos em que o agente seja reincidente ou já tenha sido beneficiado anteriormente com a transação penal.

Depreende-se, assim, certo desequilíbrio entre os objetivos do acordo de não persecução penal, bem assim dos resultados que dele se espera no sistema de justiça criminal, e a adoção do critério da prevenção no direito penal como um óbice à aplicação do mecanismo consensual, situação que merece atenção da comunidade jurídica em prol de um aperfeiçoamento do referido requisito subjetivo ou mesmo em favor de sua eliminação do art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, para ampliar-se o âmbito de aplicação do acordo de não persecução penal.

4.3 Alternativas para a resolução do problema: O acordo de não persecução penal a partir de outras perspectivas

Para tornar o acordo de não persecução penal mais alinhado aos objetivos político-criminais que lhe fundam, aos anseios do sistema de justiça criminal e às garantias constitucionais inerentes a um processo penal democrático, entende-se imprescindível encará-lo a partir de outras perspectivas que não a da prevenção geral do direito penal, cujo acordo é manejado somente quando demonstrado que servirá como meio necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Sob o enfoque proposto pelo legislador, vigente atualmente, o acordo de não persecução penal tem sua essência desvirtuada. O requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime desloca a análise da viabilidade do acordo para o exame de critérios como a culpabilidade e o injusto penal, exercício que deve ficar reservado à aplicação da pena, situação literalmente oposta ao mecanismo consensual.

Não à toa a expressão constante do requisito em debate foi retirada do art. 59 do Código Penal, dispositivo legal que serve de orientação ao juiz criminal para que observe e atenda, dentre outras considerações, aos critérios de culpabilidade do agente para que a pena aplicada

ao final do processo criminal seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime¹³³.

Com efeito, o acordo de não persecução penal não impõe a aplicação de pena, mas tão somente condições a serem cumpridas pelo investigado a fim de evitar a deflagração de um processo criminal. Nessa direção, afigura-se incabível a utilização de critérios finalísticos da pena como requisitos à celebração do acordo¹³⁴.

É necessário vislumbrar o acordo de não persecução penal a partir de outras perspectivas. A primeira delas, sugerida por De Bem, passa por entender o novo acordo como um mecanismo de redução de danos¹³⁵, pois o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, ao editar a Resolução 181/2017, ressaltou, entre as justificativas da implementação administrativa do acordo de não persecução penal, que o referido instrumento seria capaz de suprir uma exigência de solução alternativa ao processo penal que, além da celeridade e redução de custos, empreendesse uma diminuição nos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, minorando, por consequência, as sequelas sociais provocadas pelo encarceramento penal¹³⁶.

Ou seja, desde a primeira concepção do acordo de não persecução penal, normatizada de forma administrativa pelo órgão ministerial, já se refletia sobre o acordo como um mecanismo de atenuação da estigmatização e da dessocialização do agente demandado no sistema de justiça criminal.

Essa visão é relevante porque, em certa medida, assenta o acordo de não persecução penal também como um meio de contenção do poder punitivo estatal, comungando, assim, da própria finalidade do processo penal, como garantia frente aos arbítrios do Estado e como instrumento de restabelecimento da paz jurídica, que se destina não apenas à sociedade em geral, mas também ao investigado¹³⁷.

¹³³ CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal parte geral*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 342.

¹³⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 86.

¹³⁵ DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 240.

¹³⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181/2017, de 07 de agosto de 2017: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2021.

¹³⁷ ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 14.

Há, ainda, um outro enfoque sobre o requisito que se mostra mais pertinente e adequado. O art. 28-A do Código de Processo Penal já estabelece um requisito objetivo/numérico a respeito da pena mínima exigida para a celebração do acordo de não persecução penal, que deve ser inferior a quatro anos. Esse parâmetro, portanto, faz um recorte entre os crimes previstos na legislação penal brasileira em que se afigura possível, à primeira vista, a celebração do acordo.

Sugere-se, assim, que a interpretação acerca da gravidade da prática delitiva pelo representante do Ministério Público - que se dá em caráter subjetivo em cada caso concreto - repercute nas condições de cumprimento do acordo de não persecução penal, e não na sua (in)viabilização.

Assim, se o crime em questão se amolda ao requisito objetivo da pena mínima cominada, porém, ao mesmo tempo, se mostra mais reprovável ante as circunstâncias do caso concreto, não se haverá de falar em não celebração do acordo de não persecução penal, mas em imposição de condições mais compatíveis com a gravidade então evidenciada.

Nessa perspectiva, assim como no direito penal o agente responde pelo delito na medida de sua culpabilidade, à luz do art. 29 do Código Penal, no acordo de não persecução penal o investigado cumprirá com condições mais adequadas à reprovabilidade da sua conduta, as quais deverão ser ajustadas na negociação realizada entre as partes.

Dessa forma, atende-se a uma exigência de regulamentação do acordo de não persecução penal a partir de pressupostos objetivos, reduz-se a possibilidade de seletividade de casos penais e desloca-se a discricionariedade do órgão acusador para o espaço apropriado, qual seja, o da negociação sobre as condições a serem impostas no acordo.

5. Conclusão

Recentemente foi introduzido no Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal, mecanismo consensual que se apresenta como uma opção político-criminal orientada pela busca de alternativas a um processo penal considerado ineficiente e disfuncional. O art. 28-A do Código de Processo Penal, com efeito, estabelece requisitos objetivos e subjetivos para o oferecimento do acordo ao investigado, dentre os quais o requisito de que o acordo deve se demonstrar necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Trata-se de exigência que se funda em uma perspectiva preventiva do direito penal, através da qual incumbe ao membro do Ministério Público analisar e selecionar os casos que evidenciam menor culpabilidade e gravidade da conduta, circunstâncias que, até então, serviam

exclusivamente como parâmetro judicial para a determinação da sanção penal, conforme o art. 59 do Código Penal.

O acordo de não persecução penal ainda é uma novidade no cenário jurídico, contudo, é possível observar que o requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime, para além de não possuir um significado definido em lei, possibilita ao membro do Ministério Público o exercício de uma subjetividade no oferecimento do acordo que não se coaduna com o princípio da legalidade ou mesmo com o princípio da oportunidade, haja vista que a atuação do órgão acusador, em matéria de consenso no processo penal, deve ser controlada por critérios objetivos, sob pena de se permitir uma variedade de arbitrariedades.

Não fosse isso, entende-se que a eleição do critério da prevenção geral como forma de selecionar os casos penais passíveis de celebração do acordo de não persecução penal, restringindo-se casos considerados mais graves, não converge, em certa medida, com as orientações político-criminais do acordo, cujo objetivo central é incentivar um processo penal dotado de maior eficiência, funcionalidade e dinamismo.

Assim, conclui-se que a imposição do requisito da necessidade e suficiência, moldado numa perspectiva de prevenção geral, em nada contribui para um profícuo desenvolvimento do novo acordo previsto na legislação, de modo que se faz necessária uma mudança de paradigma, para que o acordo de não persecução penal seja compreendido como um instrumento eficaz de redução de danos, e não como um novo mecanismo de seletividade e estigmatização.

A solução, sugere-se, perpassa pela eliminação do aludido requisito do art. 28-A do Código de Processo Penal. Porém, na hipótese de manutenção do requisito, propõe-se que a análise subjetiva a respeito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime não obstaculize o oferecimento do acordo, mas influa tão somente na intensidade das condições de cumprimento do acordo.

6. Referências

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/46>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. 2.ed., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 9-40.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: Dialética Editora, 2020. Edição Kindle.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n. 25, p. 161-178, 2015. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-09-NB-Acordos-senten%C3%A7a-penal.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 363-375.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance?. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul./2021.

CANI, Luiz Eduardo; EBERHARDT, Marcos. Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, n. v. 191, p. 49-92, jul./ago. 2022.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano. 11, v. 18, n. 1, p. 118-149, jan./abr., 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/27994>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 181/2017, de 07 de agosto de 2017: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DE BEM, Leonardo Schmitt. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

_____. Requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DE BEM, Leonardo Schmitt; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almeida, 2001.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 329-373, jul./ago. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. Lei nº 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 479-502.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 121-174, jul./ago. 2022.

_____. Do procedimento sumaríssimo no Brasil: uma análise dos mecanismos de celeridade e consenso previstos pela Lei 9.099/95. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 90, p. 49-71, 2018.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível?. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 61-92.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa?. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 93-123.

LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul./2021.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. O controle jurisdicional de legalidade da oferta de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público [recurso eletrônico]. *Migalhas*, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341671/oferta-de-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/374>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 397-418.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 136, p. 15-33, out/2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 207-233, jul./ago. 2022.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Lusíada*. Direito. Lisboa, n. 3, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240-264.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 305-327, jul./ago. 2022.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 175-205, jul./ago. 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097/pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (online), Brasília, v. 7, n. 1, p. 286-303, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4585/pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

_____. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

_____. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

_____. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 30, v. 191, p. 93-120, jul./ago. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo do direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 27-60.

ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schiatti. *Código de Processo Penal: estudos*

comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
p. 71-100.

A Colaboração Premiada no Brasil e na Itália. Análise comparativa da previsão e da aplicação do instituto nesses ordenamentos jurídicos.
The Plea Bargain practice in Brazil and Italy. Comparative analysis of the forecast and application in these legal systems.

Tâmera Padoin Marques Marin¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O trabalho realizou uma análise comparativa do instituto da colaboração premiada, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, instrumento utilizado no enfrentamento das organizações criminosas, especificando-se as previsões normativas e as hipóteses de cabimento do acordo. Observaram-se pontos de convergência relevantes entre os ordenamentos pesquisados, notadamente a vigência do sistema acusatório e do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na Itália, viu-se que o arrependimento teve ampla aplicação ao combate do terrorismo e das organizações criminosas de tipo mafioso, enquanto, no Brasil, o uso se disseminou em relação aos crimes de colarinho branco, especialmente de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Análise comparativa. Brasil. Itália.

Abstract: The study conducted a comparative analysis of the Plea Bargain, between the Brazilian and Italian legal systems, with emphasis on the investigation of crimes committed by criminal organizations, specifying the normative forecasts and the hypotheses of the agreement. We observed relevant points of convergence between the researched systems, notably the validity of the accusatory system and the principle of mandatory criminal action. In Italy, repentance was widely used in the fight against terrorism and mafia-type criminal organizations, while in Brazil, its use was disseminated in relation to white-collar crimes, especially corruption and money laundering.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional (PUCRS). Mestre em Direito Econômico (PUCPR). Promotora de Justiça (MPRO).

Keywords: Plea bargain. Comparative analysis. Brazil. Italy

1. Introdução

A colaboração premiada, que pode ser entendida como a concessão de benefícios pelo Estado em troca de informações por parte de quem é investigado ou processado, é um meio probatório¹ previsto em diversos ordenamentos jurídicos, embora haja diferenças quanto à terminologia utilizada para definir o procedimento, à amplitude da aplicação e, enfim, aos aspectos regulatórios.

Também pode ser conceituada como “uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução da pena”², conforme benefícios dispostos na lei brasileira. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a colaboração premiada possui natureza de negócio jurídico processual personalíssimo com efeitos no direito material³.

O instrumento tem a função, dentre outras, de desbaratamento de grupos estruturados na prática de crimes, tendo em vista que “funciona como estímulo para que o agente que integra a ORCRIM, hermeticamente fechada, deixe suas atividades delitivas, como uma força centrífuga”⁴. É importante destacar o caráter dissuasório do uso desse instrumento, posto que contribui para o desbaratamento da organização criminosa⁵.

¹ Há quem sustente que a colaboração premiada seria instrumento de investigação e não de prova. À propósito, consultar: BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 122/2016 | p. 359 - 390 | Set - Out / 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5719892>>. Acesso em 13/01/2022.

² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 86.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 127.483**, relator ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 27/8/2015.

⁴ MENDONÇA, Andrey. **A colaboração Premiada e criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações**. p. 319 in SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A Prova no Enfrentamento da Macrocriminalidade*. 3. edição. 2019. Salvador: editora Juspodivm

⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 215.

Especialmente nas organizações criminosas tradicionais⁶, a lei do silêncio⁷, que vige pela violência, faz prevalecer a cultura da “supressão da prova”⁸, de sorte que a colaboração de um de seus integrantes trata de ferramenta imprescindível para formação da prova de atividades ilícitas, sendo, portanto, razoável que o Estado ofereça uma retribuição à altura da colaboração prestada⁹.

A origem da colaboração premiada é noticiada na Idade Média, em razão do elevado valor da confissão naquele período, contudo, essa prova era obtida, notadamente, pelo emprego de técnicas de tortura. Somente no período iluminista que o Estado se distanciou da influência eclesiástica na produção probatória, passou a estabelecer limites concernentes aos direitos individuais¹⁰.

Nota-se que apenas, no limiar do século XX, a “colaboração premiada passou a constituir uma das engrenagens do moderno e complexo sistema da ‘justiça negociada’”¹¹, em especial em território europeu, na Itália.

No sistema jurídico italiano, especialmente a partir da década de 70, foi muito aplicada no combate ao terrorismo, posteriormente, na apuração de condutas ligadas às organizações criminosas de tipo mafioso (Operação Mãos Limpas) e, atualmente, é previsto para alguns crimes comuns, como extorsão mediante sequestro¹².

Em que pese o vanguardismo do sistema italiano, sob a perspectiva de aplicação de técnicas de justiça penal negociada, a estruturação e ampla utilização da colaboração premiada se deu nos países de origem *common law*, especialmente nos Estados Unidos, por meio da

⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos legais**. 6º edição. São Paulo: Atlas Editora, p. 29.

⁷ Na Itália, denominada de *omertá*, posto relacionada ao código de conduta das máfias e a honra por eles defendida.

⁸ MENDONÇA, Andrey. **A colaboração Premiada e criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações**. p. 319 in SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A Prova no Enfrentamento da Macrocriminalidade*. 3. edição. 2019. Salvador: editora Juspodivm, p. 319.

⁹ MARIN, Tâmera Padoin Marques. **A lei anticorrupção e o acordo de leniência. Uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 126.

¹⁰ DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 440.

¹¹ DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 440.

¹² DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 441.

utilização do *plea bargaining*¹³. No processo penal americano, apenas 10% dos casos chegam à julgamento pós *jury trial*, sendo que a maioria advém de acordos entre acusação e defesa (*plea of guilty*)¹⁴. É bem verdade que, nessas situações, os acordos não proveem, necessariamente, de uma investigação prévia envolvendo organizações criminosas, com indicação de partícipes ou coautores, havendo certo grau de discricionariedade do órgão acusador na realização de acordos e maior possibilidade consensual independentemente do tipo penal.

No Brasil¹⁵, a realização de acordos na esfera criminal se alinha à uma tendência das últimas décadas do uso da justiça consensual, iniciando timidamente, na década de 80, por meio da Lei n.º 7.492/86, que trata da aplicação da justiça penal premial aos crimes contra a Sistema Financeiro Nacional (artigo 25, §2º), até que, posteriormente, com o advento da Lei n.º 12.850/13, houve a disciplina mais específica da colaboração premiada no âmbito de investigações envolvendo a organizações criminosas (artigo 3º, inciso I, artigos 4º, 5º, 6º e 7º).

No presente artigo, buscou-se tecer uma análise comparativa do instituto da colaboração premiada, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, especificando-se as previsões normativas e as hipóteses de cabimento do acordo, sendo o maior enfoque atribuído às situações envolvendo as organizações criminosas.

O método utilizado foi o método indutivo, por meio de análise bibliográfica, que corresponde à extração discursiva.

2. A Justiça Penal Negociada no Brasil e a Colaboração Premiada envolvendo Organizações Criminosas - ORCRIM

A resolução negociada no âmbito do Direito Penal não é algo inédito, sendo que, no Brasil, está prevista há algumas décadas no regime jurídico pátrio, embora fosse disciplinada com menor amplitude, restrita a tipos penais específicos.

¹³ DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 441.

¹⁴ PEREIRA, Valdez Frederico. **Delação premiada. Legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá editora, 2016, p. 46.

¹⁵

Atualmente, a solução negociada no direito penal vive uma fase de ampliação, posto que a Lei n 13964/2019¹⁶, popularmente conhecida como pacote lei anticrime, trouxe a figura do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, mitigando a obrigatoriedade da ação penal nas infrações penais sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

Contudo, em relação ao tema colaboração premiada, é preciso que se diga que, ainda no Brasil colônia, houve previsão de um embrião, já que nas Ordenações do Reino (1603), foi estabelecido com o objetivo de agraciar aqueles que delatassem os autores e partícipes do crime de falsificação de moeda (Título 116) e, em especial, do crime de “lesa-majestade” (Título 6)¹⁷.

Já no período republicano, a primeira norma dispendo sobre justiça penal premial, foi a Lei n°. 7.492, de 1986, que trata da aplicação dos crimes contra a Sistema Financeiro Nacional. Conforme previsão do artigo 25, §2º, “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”¹⁸.

Anos mais tarde, surgiram várias leis importantes que aplicaram as premissas da justiça negociada ao direito penal. Cita-se a Lei que criou os Juizados Especiais Criminais (Lei n° 9.099/95) e que definiu os delitos de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não pode exceder a dois anos, prevendo a transação penal. Por meio do artigo 76 da citada lei, foi prevista a transação penal, onde “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”¹⁹. Contudo, esse negócio jurídico firmado com o Estado não importa em confissão, tampouco tem consequência antecedentes criminais ao suposto infrator.

¹⁶ BRASIL. Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 15/12/2021.

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal.** Relator Ministro Marco Aurélio. Informação extraída do voto do Ministro Celso de Mello. Julgamento em 20/06/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>>. Acesso em 15/12/2021.

¹⁸ BRASIL. Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm>. Acesso em 10/12/2021.

¹⁹ BRASIL. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 15/12/2021.

Em relação a delitos mais graves, seguiu-se com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n° 8.072/90)²⁰, a Lei de Proteção à Testemunhas (Lei n° 9.807/99)²¹, a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n° 9.613/98)²² e; a Lei Antidrogas (Lei n° 11.343/06)²³. Todos esses diplomas normativos estabeleceram condições para aquele que praticou um crime, ofereça ao Estado provas contra si e terceiros e, receba, em permuta à essa voluntariedade, benesses que consistem desde a diminuição de sanções até a isenção de penalidades.

Contudo, nos crimes praticados por Organizações Criminosas, a primeira norma dispendo a respeito da colaboração premiada foi a Lei n° 9.034/95²⁴, que embora não trouxesse o conceito legal de Orcrim, sendo utilizado, à época, a definição oriunda da Convenção de Palermo²⁵²⁶, essa lei estipulou a redução de pena de um a dois terços quando a colaboração espontânea do agente levar ao conhecimento de infrações e sua autoria.

Pontua-se a dificuldade de se tecer uma definição exata do que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas, sob pena de engessamento²⁷. Entretanto, era inegável a necessidade de que algum diploma legal viesse a conceituá-las minimamente, em nome do princípio da legalidade e tipicidade.

²⁰ BRASIL. Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em 15/12/2021.

²¹ BRASIL. Lei 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em 15/12/2021

²² BRASIL. Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em 15/12/2021.

²³ Brasil. Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 15/12/2021.

²⁴ BRASIL. Lei n° 9.034, de 3 de maio de 1995. **Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm>. Acesso em 15/12/2021.

²⁵ ARAS, Vladimir. **O conceito de organização criminosa e suas controvérsias.** Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2020/05/16/o-conceito-de-organizacao-criminosa-e-suas-controversias/>>. Acesso em 12/01/2021.

²⁶ GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal. Volume Único.** 2ª edição. São Paulo: Atlas. p. 928.

²⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos legais.** 6ª edição. São Paulo: Atlas Editora. p. 19.

Somente em 2012, a partir da edição da Lei nº 12.964/12²⁸, obteve-se um conceito legal a respeito das Orcrim's, sendo definido da seguinte forma:

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

Com o advento da Lei nº 12.850,²⁹ praticamente foi repetido o conceito de Orcrim citado acima e, enfim, estabeleceu-se uma disciplina mais detalhada da colaboração premiada no âmbito de investigações (artigo 3º, inciso I, artigos 4º, 5º, 6º e 7º). A única diferença é que, a partir de então a organização criminosa passou a ser considerada aquela que contivesse quatro ou mais pessoas³⁰.

Segundo previsão da Lei nº 12.850, a colaboração premiada é um negócio jurídico e um meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público, sendo suas hipóteses de cabimento contidas no artigo 4º da referida lei:

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;

²⁸ BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em 15/12/2021.

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 15/12/2021.

³⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos legais.** 6º edição. São Paulo: Atlas Editora, p. 23.

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Como se vê, além da diminuição da pena, em até dois terços, é possível que o colaborador obtenha o perdão judicial, a depender das circunstâncias e da relevância das informações apresentadas.

Além disso, o parágrafo 4º, do artigo acima transcrito, dispõe que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração se referir a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador não seja o líder da organização criminosa, além de que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Em investigações envolvendo a prática de atos de corrupção por meio de organizações criminais, a colaboração premiada teve o uso ampliado no país, conforme notícias da mídia nacional, e, notadamente, no caso Lava-Jato, onde foram firmados 163 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas, tendo obtido R\$11,5 bilhões de ressarcimento ao erário, conforme informações constantes em *site* do Ministério Público Federal³¹.

Após esse marco normativo, pode-se dizer que a colaboração premiada em relação às organizações criminosas no Brasil teve sua utilização bastante ampliada, porquanto, passou-se a desenvolver uma *expertise* dos órgãos integrantes do sistema de justiça criminal na entabulação desses acordos.

Contudo, é preciso refletir acerca do uso do instituto, pois “a prática se impôs atropelando a tudo e a todos. Cinco anos depois da chamada fase ostensiva da Operação e algumas dezenas de acordos após, é possível ter-se um cenário razoavelmente claro entre o que foi projetado e o que foi realizado”³².

³¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números no Paraná**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 26/06/2018.

³² PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração premiada: Uma Perspectiva de Direito Comparado**. São Paulo: Almedina, 2020. Versão digital.

No Brasil, com relação à formalização da proposta, segundo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, tanto o Ministério Público quanto a autoridade policial estão legitimados, isoladamente, a firmar o acordo de colaboração premiada aos integrantes de Orcrim, muito embora o conteúdo sempre passe pela análise ministerial, posto ser o titular da ação penal. Há críticas quanto ao conteúdo da decisão citada, tendo em vista que sendo o órgão ministerial o autor da ação penal, por força da vigência do sistema acusatório, caberia a *parquet* a definição quanto aos termos do acordo³³.

Com relação aos efeitos da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, aponta-se que “as benesses contratadas constituem direito subjetivo do colaborador, caso sua colaboração seja efetiva e produza os efeitos esperados, com a incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança”³⁴.

3. A colaboração premiada na Itália: a legislação dos *pentiti*

Historicamente, na seara penal, o sistema italiano apresenta mais abertura para negociação no processo, considerando a existência, desde o final da década de 80³⁵, dos institutos do *juízo abreviado* e do *patteggiamento*. No primeiro, com base em pedido do acusado, se decide de acordo com o que há registrado em peças de informação, ocorrendo redução da pena privativa de liberdade em 1/3 ou, nas hipóteses de prisão perpétua, a substituição pela privação de liberdade por 30 anos³⁶. O *patteggiamento*, por sua vez, em síntese, trata da aplicação da pena por solicitação das partes, nas hipóteses de crimes punidos com uma pena de até 5 anos³⁷.

³³ CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. MENDES, Ana Cláudia Lorenzetti. **A legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada diante da lei nº 13.964/19 (“pacote anticrime”)**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Volume 18. Ano 2020. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/458>. Acesso em 12/01/2022.

³⁴ DA ROSA, Alexandre. **Delação Premiada como negócio jurídico**. Florianópolis/SC. Emais Editora e Livraria Jurídica. 2019. p. 55.

³⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

³⁶ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. CLETO, Vinivius Hsu. A colaboração premiada: Paralelos de direito brasileiro, italiano e estadunidense. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Londrina, v. 3, n. 2, p. 166-182, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v3n2.pagliarini.cleto>. Acesso em 12/01/2022.

³⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação

A colaboração premiada, por sua vez, conhecida na Itália como fenômeno dos arrependidos (*pentiti*), teve notoriedade nas décadas de 70 e 80³⁸, período em que nem mesmo contava com regulação legal específica, o que veio a ocorrer tão somente na década de 90.

A aplicação inicial da colaboração com os arrependidos se destinava ao combate do terrorismo organizado e, posteriormente, por decorrência da reação estatal aos massacres mafiosos³⁹. Para fins didáticos, designaremos a colaboração premiada, no que diz respeito à legislação italiana, como arrependimento, posto ser a terminologia que mais se aproxima ao termo da língua de origem.

Os atos de terrorismo marcaram época, notadamente o ataque à feira de Milão, em abril de 1969, o massacre da *Piazza Fontana* em Milão, em dezembro do mesmo ano, a sabotagem ao trem perto da estação Gioia Tauro em julho de 1970, o massacre da *Piazza della Loggia* em Brescia, em maio de 1974, e o massacre de Bolonha, em agosto de 1980. Além de sequestros que se notabilizaram ao longo da década de 80⁴⁰, o que deu origem à chamada estratégia de tensão. Nesse período, constatou-se a necessidade de o Estado se organizar para combater o terrorismo, como a criação de órgãos investigativos especializados⁴¹ e coordenação de escritórios de promotores (denominados de *pool*)⁴².

A partir daí, iniciaram estratégias visando demolir as estruturas das organizações criminosas por dentro, sendo editadas leis prevendo circunstâncias atenuantes especiais para aqueles que, dissociando-se de cúmplices, trabalharam para evitar a ocorrência de outros crimes

Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>>. Acesso em 12/01/2022.

³⁸ Menciona-se período de tensão, o que se relaciona ao combate ao terrorismo da década de 70, tendo em vista existirem relatos de colaborações ocorridas ainda no início do século 20, como o julgamento de Cuocolo, realizado entre 1911 e 1912 em Viterbo, o primeiro processo judicial que clamou a questionar alguns membros da organização criminosa Camorra (CANOPOLI, Elena. **Il coraggio di opporsi Tutela e protezione nei confronti di chi denuncia la criminalità organizzata**. Quaderno di Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo. Pisa: Pacini editore. 2021. Disponível em: <<https://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/wp-content/uploads/2021/01/Canopoli.pdf>>. Acesso em 16/12/2021. p. 08).

³⁹ LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa**. Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: <<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-09152014-130046/>>. Acesso em 10/12/2021. p. 01.

⁴⁰ LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa**. Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: <<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-09152014-130046/>>. Acesso em 10/12/2021. p. 04.

⁴¹ Como, por exemplo, a Unidade Especial Antiterrorismo, tendo por procurador o posteriormente famoso General Carlo Alberto dalla Chiesa (1974).

⁴² GENOVESE, Mônica. **Pentitismo e delação**. In: Corso Intensivo Lotta ao crimine Organizzato. 3ª edição. Roma, maggio 2016. Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

ou ajudaram a polícia ou a autoridade judiciária de forma concreta a reconstruir os fatos do crime ou capturar seus autores (*legge 497* e seus regulamentos)⁴³⁴⁴.

Nascia, portanto, no sistema italiano, o embrião da figura do colaborador da justiça e do arrependido, muito embora a regulação nessa época fosse mais focada na dissuasão do que na colaboração ativa e, ainda, tinha como foco o combate ao terrorismo.

Com relação à colaboração efetivamente firmada, em se tratando de crime organizado do tipo mafioso, o que nos dias de hoje está prevista no artigo 416-bis do Código Penal Italiano⁴⁵, a primeira que se tem notícia no período de tensão, foi a de Leonardo Vitalle, em 1973, que confessou à polícia de Palermo a prática de diversos crimes e deu detalhes relativos à estrutura organizacional de várias famílias mafiosas, citando, inclusive, Salvatore Riina (o Totó Riina), da Cosa Nostra.

Contudo, dada a vagueza do regramento processual para a formalização da colaboração do arrependido e ante à ausência de outras provas⁴⁶, além da palavra do arrependido (*chiamata in correità*), as declarações de Vitalle não foram validadas pela justiça para condenar os delatados. Assim sendo, ele, posteriormente, levou a pecha de louco até ser, enfim, assassinado pela máfia, como forma de ser reafirmada a lei do silêncio⁴⁷.

De fato, o primeiro grande arrependido, que teve a colaboração validada judicialmente, foi Tommaso Buscetta⁴⁸ (também conhecido como Dom Masino), sendo que a partir da primeira metade dos anos 80, com o início do que se denominou de Maxi Julgamento de Palermo (processo com múltiplos imputados), a importância dos arrependidos e suas declarações restou evidenciada.

⁴³ LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa.** Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: <<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-09152014-130046/>>. Acesso em 10/12/2021. p. 05.

⁴⁴ CANOPOLI, Elena. **Il coraggio di opporsi Tutela e protezione nei confronti di chi denuncia la criminalità organizzata.** Quaderno di Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo. Pisa: Pacini editore. 2021. Disponível em: <<https://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/wp-content/uploads/2021/01/Canopoli.pdf>>. Acesso em 16/12/2021. p. 26.

⁴⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos legais.** 6ª edição. São Paulo: Atlas Editora. P. 13.

⁴⁶ O código de processo penal italiano (artigo 192) não permite a condenação unicamente amparada na chamada de corréu.

⁴⁷ LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa.** Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: <<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-09152014-130046/>>. Acesso em 10/12/2021. p. 06/07.

⁴⁸ Declarações que permitiram traçar um desenho da estrutura organizacional da Cosa Nostra e a organização da guerra entre núcleos mafiosos dos anos 70 e 80, conforme relata Canopoli.

Entretanto, a regulação do instituto do arrependimento no sistema italiano não foi imediata, havendo, durante certo período, uma lacuna regulatória, que, do ponto de vista processual, fragilizava a utilização da palavra do arrependido (*chiamata in correat*) como meio de prova. Essa situação ocasionava absolvições por ausência de credibilidade da prova, inexistindo, no início, parâmetros predefinidos quanto à validação do conteúdo delatado.

Além disso, a vingança em ~~retaliação aos colaboradores~~ ~~retaliação~~ ~~colaboradores~~ arrependidos, que violavam a chamada *omertà*, incidia sobre eles e familiares, via de consequência, colocou em risco o fenômeno do arrependimento. Isso tudo, posteriormente, se confirmou ser de grande importância para combater a *Cosa Nostra* e outras organizações criminosas⁴⁹. Essa fragilidade do sistema se dava porque as medidas de proteção eram realizadas de forma casuística, sem regras prévias estabelecidas.⁵⁰⁵¹

A primeira lei a disciplinar o arrependimento foi a lei n. 82/91, que, na verdade, tratou da conversão do Decreto-lei n. 8/91⁵², que estabeleceu, pela primeira vez, a figura do "colaborador da justiça" (na norma denominada simplesmente como colaborador). Interessante é que a figura do colaborador, nessa lei, poderia ser tanto o criminoso arrependido quanto a testemunha que trazia informações quanto a crimes mafiosos e que precisava de proteção estatal.⁵³

Somente em 2001, houve edição de norma tratando de forma diferenciada das figuras do arrependido e da testemunha da justiça, sendo que, por meio da lei nº 45, introduzida em 13 de fevereiro de 2001, ficou disposta a "Modificação da disciplina da proteção e tratamento sancionador daqueles que colaboram com o sistema de justiça e disposições em favor de pessoas que prestam depoimento".

⁴⁹ BBC NEWS BRASIL. **Quem são e como operam os clãs criminosos que formam a máfia italiana.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42809791>>. Acesso em 12/01/2022.

⁵⁰ LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa.** Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: <<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-09152014-130046/>>. Acesso em 10/12/2021. p. 01.

⁵¹ FALCONE, Giovanni. PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra: a máfia vista por seu pior inimigo.** Rio de Janeiro: Rocco. 2012

⁵² NORMATTIVA. Decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8. **Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonche' per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia.** Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:1991;8>>. Acesso em 16/12/2021.

⁵³ CANOPOLI, Elena. **Il coraggio di opporsi Tutela e protezione nei confronti di chi denuncia la criminalità organizzata.** Quaderno di Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo. Pisa: Pacini editore. 2021. Disponível em: <<https://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/wp-content/uploads/2021/01/Canopoli.pdf>>. Acesso em 16/12/2021. p. 17/18.

É de se dizer que, apenas em 2018, foi estabelecida uma diferenciação conceitual e gerencial entre as duas figuras, ou seja, do colaborador e da testemunha da justiça⁵⁴. Essa situação de ausência de diferenciação, até então, gerou grande instabilidade à operacionalização de medidas, tendo em vista que era dispensado tratamento idêntico ao criminoso que decidiu colaborar por meio da mudança de conduta e fornecimento de provas, bem como ao cidadão honesto que se via compelido a testemunhar a respeito de fatos delituosos.

No tocante à formalização da colaboração por parte dos arrependidos, a Lei 82/91 prevê que, caso a contribuição fornecida seja de importância excepcional, as penalidades podem ser reduzidas em até um terço:

(le in caso di collaborazione)

1. Nei casi di cui al comma quarto dell'articolo 289- bis e ai commi quarto e quinto dell'articolo 630 del codice penale, se il contributo fornito dal concorrente del reato dissociatosi dagli altrie' di eccezionale rilevanza, anche con riguardo alla durata del sequestro e alla incolumita' della persona sequestrata, le pene ivi previste possono essere ulteriormente diminuite in misura non eccedente un terzo.

Além da relevância das declarações para uma investigação ou processo criminal, estas devem ser de confiabilidade intrínseca, bem como possuírem um caráter de novidade ou de completude para o conjunto probatório (artigo 9 do regramento citado).

Importante destacar que a lei 81/92 foi centrada, em grande parte, nas questões referentes à proteção dos arrependidos, pois, como já destacado, essa era o maior impeditivo ao sucesso das colaborações, tendo em vista o risco sofrido pela violação da *omertà*. Aliás, essa norma dispõe acerca de uma série de condições para que o arrependimento seja formalizado e as medidas de proteção aplicadas.

Na fase preliminar, o arrependido deve emitir à autoridade proponente comprovação de seu estado civil, familiar e patrimonial, qualificação educacional e profissional, apresentando uma espécie de relatório sobre vários aspectos de sua vida.

Ao firmar o compromisso com o Estado e anuir com a aplicação das medidas de proteção (que é extensível à família), o arrependido se obriga a uma série de compromissos perante a justiça italiana, dentre eles, não praticar crimes, não realizar qualquer tipo de contato

⁵⁴ CANOPOLI, Elena. **Il coraggio di opporsi Tutela e protezione nei confronti di chi denuncia la criminalità organizzata**. Quaderno di Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo. Pisa: Pacini editore. 2021. Disponível em: <<https://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/wp-content/uploads/2021/01/Canopoli.pdf>>. Acesso em 16/12/2021. p. 22.

com integrantes do grupo criminoso, manter sigilo acerca do conteúdo de suas declarações, apresentar relatório detalhado de patrimônio e, ainda, disponibilizar à justiça, os valores que sejam oriundos de atividades ilícitas.

Quanto aos aspectos de validade da prova apresentada pelo arrependido, a lei 45 de 2001 dispôs que, para garantir a pontualidade e a autenticidade das declarações, o colaborador deve ter sido detido em seções prisionais especiais, de modo que seja particularmente difícil que a conduta seja interpretada como concertação das declarações entre envolvidos. Isto é, para o regramento legal, a restrição da liberdade serve como uma garantia de que não houve combinação entre os integrantes do grupo criminoso.

Além disso, para se beneficiar das medidas de proteção, no prazo de seis meses após a cooperação, o declarante tem que elaborar o "relatório explicativo do conteúdo da colaboração" no qual indica os fatos mais graves conhecidos por ele e os bens decorrentes da atividade ilegal. O estabelecimento desse marco temporal serve para evitar o que a doutrina italiana definiu como "declarações parceladas"⁵⁵.

Por fim, a colaboração do arrependido deve se relacionar a crimes cometidos com a finalidade de terrorismo ou subversão da ordem constitucional, tipo penal mafioso ou alguns crimes comuns, como a extorsão mediante sequestro, como previsto no art. 51, inciso III do Código de Processo Penal.

4. Pontos de convergência e divergência dos sistemas jurídicos brasileiro e Italiano no tocante à colaboração premiada e o arrependimento (*pentiti*).

Nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro bebeu da fonte do sistema italiano para regulamentar o instituto da colaboração premiada, havendo adaptação do instituto às características do direito pátrio⁵⁶.

⁵⁵ LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa.** Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: < Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa.>. Acesso em 10/12/2021. p. 80.

⁵⁶ Pezzotti explica ter ocorrido não o transplante, mas a adaptação (PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração premiada: Uma Perspectiva de Direito Comparado.** São Paulo: Almedina, 2020. Versão digital).

O primeiro ponto de similitude é a existência de, em ambos os sistemas, de um órgão acusador oficial, o Ministério Público, em que pese existirem aspectos funcionais bastantes distintos entre as carreiras nos dois países. Contudo, nos dois ordenamentos é adotado o sistema acusatório⁵⁷, havendo uma fase pré-processual e outra judicial, com distinção de papéis entre quem acusa e quem defende.

Da mesma sorte, os dois ordenamentos jurídicos albergam o princípio da obrigatoriedade da ação penal para o órgão que acusa, sendo a negociação exceção regulamentada. Além disso, é requisito essencial para a colaboração em ambos os sistemas a novidade da informação e a confirmação posterior do alegado pelo colaborador/arrepido.

Tanto na colaboração premiada brasileira quanto no pentitismo italiano, há o crivo realizado pelo Poder Judiciário quanto à aceitação da prova trazida pelo colaborador/arrepido e aplicação dos benefícios. Ademais, o ajuste pode se dar nas fases de acusação ou mesmo na execução de pena, procedimento que no Brasil se consolidou por meio da jurisprudência, sendo que na Itália por previsão expressa em lei (Codice Penale - art. 16-quater, comma 1, c/c art. 16-quinquies, comma).

Em ambos os sistemas é possível a anulação do acordo em caso de descumprimento de cláusulas. Todavia, no sistema italiano, há disposição no sentido de permitir a revisão *pro societate* em caso de falsidade das informações ou cometimento de novo crime por parte do arrepido mesmo após 10 anos da condenação, o que não se dá no ordenamento pátrio⁵⁸.

Com relação aos pontos de divergência entre os sistemas, nota-se que, no Brasil, a colaboração pode ser utilizada para a elucidação de qualquer tipo penal que seja praticado por organização criminosa, enquanto na Itália apenas para terrorismo, tipo mafioso e alguns crimes comuns, como extorsão mediante sequestro.

A lei brasileira não adotou o prazo limite de 6 meses para que a colaboração (ou declarações do acusado/investigado) seja formalizada, muito embora preveja a possibilidade de suspensão do processo por esse período para que sejam cumpridas as medidas de colaboração

⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. p. 09.

⁵⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. CLETO, Vinivius Hsu. A colaboração premiada: Paralelos de direito brasileiro, italiano e estadunidense. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Londrina, v. 3, n. 2, p. 166-182, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v3n2.pagliarini.cleto>. Acesso em 12/01/2022. p. 13.

(§ 3º, artigo 4º, da Lei nº 12.850/13). A lei italiana, visando impedir as chamadas “declarações parceladas”, estabeleceu esse prazo para a realização das declarações do arrependido.

No Brasil, a colaboração não pode ser estabelecida com o líder da organização, vedação que não se encontra no sistema italiano. Além disso, não há exigência no sistema brasileiro de que tenha ocorrido prévia prisão do colaborador quando das declarações⁵⁹, o que ocorre no sistema italiano, visando evitar concertação entre envolvidos. Aliás, na lei italiana, há previsão vedando a concessão de medidas cautelares diversas da prisão, a não ser que o investigado se proponha a colaborar⁶⁰.

Por fim, a lei brasileira dispôs a respeito da concessão do perdão judicial ou imunidade processual ao colaborador, conforme a relevância do que for por ele apresentado à justiça criminal, sendo que a legislação italiana permite unicamente a diminuição da pena privativa de liberdade.

5. Considerações Finais

A pesquisa ora apresentada não é exaustiva, sendo que se visou destacar os pontos primordiais do acordo de colaboração premiada envolvendo integrantes de organizações criminosas nos dois países analisados.

Destaca-se o protagonismo do sistema italiano no desenvolvimento e aperfeiçoamento do instrumento jurídico de colaboração com os *pentiti*, possivelmente em razão da forte e complexa influência das organizações de tipo mafioso no Estado italiano, envolvendo crimes violentos, notadamente homicídios e extorsões. Em determinados momentos, a cooperação dos envolvidos foi o único meio encontrado pelo sistema justiça daquele país para conhecer os meandros das máfias e estabelecer estratégias de combate.

No Brasil, constata-se que o uso da colaboração premiada se disseminou na apuração de crimes de colarinho branco, notadamente crimes ligados à corrupção e lavagem de dinheiro, conforme no amplamente divulgado caso Operação Lava-Jato⁶¹. Em razão do ineditismo do

⁵⁹ Sobre a polêmica envolvendo a prisão de colaboradores no Brasil, ver o seguinte artigo: SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. MELLO, Gabriel S. Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, p. 189–224. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em 13/01/2022.

⁶⁰ PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração premiada: Uma Perspectiva de Direito Comparado**. São Paulo: Almedina, 2020. Versão digital.

⁶¹ A respeito do tema, consultar: DA SILVA, Marcelo Rodrigues **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 2017. p 285–314. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>.

procedimento e do pouco regramento a respeito, críticas relativas à prática revelaram a necessidade de amadurecimento e de ter como parâmetro de aplicação a máxima efetividade dos direitos fundamentais (segurança jurídica), sem descuidar do princípio constitucional de vedação da proteção deficiente, que impele o Estado a agir contra o crime organizado.

6. Referências

ARAS, Vladimir. **O conceito de organização criminosa e suas controvérsias**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2020/05/16/o-conceito-de-organizacao-criminosa-e-suas-controversias>> . Acesso em 12/01/2021.

BBC NEWS BRASIL. **Quem são e como operam os clãs criminosos que formam a máfia italiana**. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42809791>>. Acesso em 12/01/2022.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 122/2016 | p. 359 - 390 | Set - Out / 2016. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5719892>>. Acesso em 13/01/2022.

BRASIL. Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm>. Acesso em 10/12/2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm >. Acesso em 15/12/2021.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em 15/12/2021.

BRASIL. Lei 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em 15/12/2021

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em 15/12/2021.

Brasil. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 15/12/2021.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. **Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm >. Acesso em 15/12/2021.

BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em 15/12/2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 15/12/2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números no Paraná. Disponível em:** <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 26/06/2018.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 15/12/2021.

CANOPOLI, Elena. **Il coraggio di opporsi tutela e protezione nei confronti di chi denuncia la criminalità organizzata.** Quaderno di Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo. Pisa: Pacini editore. 2021. Disponível em: <<https://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/wp-content/uploads/2021/01/Canopoli.pdf>>. Acesso em 16/12/2021.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. MENDES, Ana Cláudia Lorenzetti. **A legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada diante da lei nº 13.964/19 (“pacote anticrime”).** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Volume 18. Ano 2020. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/458>. Acesso em 12/01/2022.

DA ROSA, Alexandre. **Delação Premiada como negócio jurídico.** Florianópolis/SC. Emais Editora e Livraria Jurídica. 2019.

DA SILVA, Marcelo Rodrigues **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira De Direito Processual Penal, 2017. p 285–314. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>.

DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FALCONE, Giovanni. PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra: a máfia vista por seu pior inimigo**. Rio de Janeiro: Rocco. 2012.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GENOVESE, Mônica. **Pentitismo e delação**. In: Corso Intensivo Lotta ao crimine Organizzato. 3ª edizione. Roma, maggio 2016. Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal. Volume Único**. 2ª edição. São Paulo: Atlas.

LUCIANI, Edoardo. **Il sistema di protezione dei "pentiti". Evoluzione storica e aspetti critici della normativa**. Università Degli Studi Di Pisa. Facoltà di Giurisprudenza. Corso di laurea in Giurisprudenza. 2013/2014. Disponível em: < <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-09152014-130046/>>. Acesso em 10/12/2021.

MARIN, Tâmera Padoin Marques. **A lei anticorrupção e o acordo de leniência. Uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 126.

MENDONÇA, Andrey. **A colaboração Premiada e criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações**. p. 319 in SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. A Prova no Enfrentamento da Macrocriminalidade. 3. edição. 2019. Salvador: editora Juspodivm.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. **Aspectos Gerais e Mecanismos legais**. 6ª edição. São Paulo: Atlas Editora.

NORMATTIVA. Decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8. **Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonche' per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia**. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:1991;8>>. Acesso em 16/12/2021.

NORMATTIVA. **Codice penale**. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1930-10-19;1398>>. Acesso em 16/12/2021.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. CLETO, Vinivius Hsu. **A colaboração premiada: Paralelos de direito brasileiro, italiano e estadunidense**. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Londrina, v. 3, n. 2, p. 166-182, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v3n2.pagliarini.cleto>. Acesso em 12/01/2022.

PEREIRA, Valdez Frederico. **Delação premiada. Legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá editora, 2016.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração premiada: Uma Perspectiva de Direito Comparado**. São Paulo: Almedina, 2020. Versão digital.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. MELLO, Gabriel S. Jorge Vieira. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira De Direito Processual Penal. p. 189–224. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>> . Acesso em 13/01/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal**. Relator Ministro Marco Aurélio. Informação extraída do voto do ministro Celso de Mello. Julgamento em 20/06/2018. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>>. Acesso em 15/12/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 127.483**, relator ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 27/8/2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>>. Acesso em 12/01/2022.

Os limites da mediação policial como justiça restaurativa

The limits of police mediation as restorative justice

Thalles Renato Alcântara da Silva¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo construir reflexões acerca dos limites da mediação policial como instrumento alternativo de resposta ao delito guiado pela justiça restaurativa. Para tanto, analisa-se, o que a justiça restaurativa não é e o que a mediação penal é. Além disso, é feito um embate doutrinário, expondo importantes questões para a condução do tema proposto, bem como a relação entre a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e a Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça. Destacam-se dois modelos de mediação penal escolhidos como objetos precípuos para a construção desse debate: a mediação circular-narrativa e a mediação transformativa. No segundo momento, analisam-se questões acerca da aplicabilidade da mediação policial, da autonomia da vontade das partes, bem como da influência que a representatividade do facilitador policial pode exercer durante as reuniões restaurativas. Por fim, conclui-se que a mediação que mais se aproxima das premissas estabelecidas pela justiça restaurativa é a mediação circular e transformativa, não se confundindo, portanto, com a mediação linear (tradicional). Contudo, em geral, o modelo adotado no âmbito policial é aquele focado no acordo. O estudo desenvolve-se através de uma análise exploratória qualitativa de pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema e de distintas posições doutrinárias.

Palavras-chave: Mediação Policial; Justiça Restaurativa; Polícia Judiciária; Limites da Mediação

Abstract: The present article aims to construct reflections about the limits of police mediation as an alternative instrument of response to crime guided by restorative justice. To this purpose, we analyze what restorative justice is not and what criminal mediation is. In addition, a doctrinal clash is made, exposing important issues for the conduct of the proposed theme, as well as the

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Aluno especial de mestrado do PPGD/UFBa. Advogado. E-mail: thalles-renato@live.com

relationship between the Mediation Law (Law 13.140/2015) and Resolution 225 of the National Council of Justice. Two models of criminal mediation chosen as primary objects for the construction of this debate are highlighted: circular-narrative mediation and transformative mediation. In the second moment, we analyze questions about the applicability of police mediation, the autonomy of will of the parties, as well as the influence that the representativeness of the police facilitator can exert during restorative meetings. Finally, we conclude that the mediation that is closest to the premises established by restorative justice is the circular and transformative mediation, not to be confused, therefore, with the linear (traditional) mediation. However, in general, the model adopted in the police sphere is the one focused on the agreement. The study is developed through a qualitative exploratory analysis of bibliographic and documentary research on the theme and of distinct doctrinal positions.

Keywords: Police Mediation; Restorative Justice; Judiciary Police; Limits of Mediation

Sumário: 1. Introdução. 2. O que a justiça restaurativa não é e o que a mediação penal é. 3. A mediação policial é justiça restaurativa? 4. Conclusão. Referências

1. Introdução

Ao observarmos a conjuntura do atual modelo de justiça criminal adotado pelo Brasil, marcado pelo retribucionismo da pena como principal resposta ao delito, pelo encarceramento em massa e pelo alto número de reincidentes, é possível constatarmos que, por si só, ele já não mais se sustenta. Hoje, um dos principais modelos alternativos de reação ao delito é a justiça restaurativa que, muitas vezes, é taxada como simples mediação e, até mesmo, como polo essencialmente oposto à justiça penal.

Nesse sentido, partimos do que a justiça restaurativa não é, destacando as suas principais distinções e semelhanças em face da justiça penal para, então, expormos o que consideramos ser a mediação penal. Nesse momento, buscaremos estabelecer os contornos essenciais para que possamos avaliar o melhor modelo de mediação penal guiada pela justiça restaurativa. Dessa forma, focaremos em dois modelos de mediação que consideramos ser os que mais se aproximam das premissas restaurativas, estabelecidos como objetos precípuos para a construção desse debate: a mediação circular-narrativa e a mediação transformativa.

Devemos considerar que a polícia é o primeiro sensor entre o Estado, a vítima e o ofensor. Desse modo, pelas características do serviço que executa, é a instituição que está em melhor posição para identificar casos apropriados para a realização do processo restaurativo de forma mais célere e efetiva, diminuindo, assim, as chances de retaliação ou potencialização do confronto.

Nessa diapasão, uma das principais questões debatidas no presente trabalho gira em torno da (in)aplicabilidade da mediação policial e, sobretudo, se esta prática constitui ou não uma prática composta pelas elementares da justiça restaurativa. Além disso, o ponto central do debate consiste em estudar quais os elementos que podem caracterizar a mediação policial como uma mediação guiada pela justiça restaurativa, e não necessariamente pela busca de um acordo.

2. O que a justiça restaurativa não é e o que a mediação penal é

Para chegarmos à reflexão que envolve a mediação policial e justiça restaurativa, é preciso compreendermos os paradigmas que circundam esse novo instituto consensual. Para tanto, ao invés de partirmos da sua perspectiva histórica, principiológica e conceitual, indicando a sua trajetória e apresentando o que ela é, iniciaremos por uma outra lente, qual seja: aquilo que justiça restaurativa não é.

É comum “ouvirmos dizer” que justiça restaurativa e a justiça penal (retributiva) atuam em polos opostos. Em geral, inserimos a opção retributiva em uma das extremidades (como sinônimo de vingança, ação preventiva e repressiva ou recrudescimento punitivo diante do mal causado pelo ofensor à vítima) e, noutra, a justiça restaurativa (como uma das principais “válvulas de escape” transformadora do sistema de justiça, que leva a cura para vítima e, ao mesmo tempo, carrega benefícios voltados ao tratamento do ofensor através da compreensão e responsabilização sobre os danos causados).

Nesse contexto, esclarece Howard Zehr:

Embora a justiça estatal e comunitária possam parecer conceitos antagônicos, é mais acertado vê-las como extremos com muitas graduações entre um e outro. Num pólo está a justiça comunitária “pura” com acordos negociados entre as partes interessadas. A justiça se torna um pouco mais formal quando outras partes, possivelmente designadas pelas autoridades políticas, se envolvem como árbitros ou notários. As cortes de acusação são ainda mais formal e nelas há um papel específico para o Estado. No final da escala está o verdadeiro tribunal estatal onde o Estado é a vítima, tem a iniciativa da ação e também a discricionariedade e o controle da mesma (ZEHR, 2012, p.110).

Contudo, tais institutos possuem muito em comum. Em verdade, persistir nessa polarização, somente para demonstrar que a justiça restaurativa é um paradigma útil para o enfrentamento da criminalidade, sobretudo, para a evolução da civilidade, pode nos conduzir a compreensões indevidas, distanciando-nos da aplicabilidade efetiva de práticas restaurativas no mundo real (marcado pela produção de culpados e pelo encarceramento em massa). Para enfatizar essa questão, Cláudia Santos destaca a mudança de pensamento de um dos autores mais renomados nessa seara:

Um dos Autores com maior destaque no panorama restaurativo, Howard ZEHR, alterou, em momento mais recente, o seu pensamento inicial de que a justiça restaurativa se oporia à penal por esta ser retributiva e aquela não. O que agora reconhece é que aquela polarização pode conduzir a compreensões indevidas. E acrescenta que “a retribuição e a reparação não são pólos opostos. De facto, têm muito em comum”. Esses pontos comuns radicam, para ZEHR, na afirmação de que tanto o pensamento retributivo como o pensamento restaurativo assumem como objectivo principal “vingar através da reciprocidade”, diferindo apenas quanto àquilo que vai efectivamente “endireitar a balança”. Assim, ambas as teorias partilhariam o entendimento básico de que o crime desequilibrou a balança, pelo que “a vítima merece alguma coisa e o agressor deve alguma coisa”. Diferem, porém, quanto àquilo que julgam que deve fazer regressar a harmonia aos pratos dessa balança (ZEHR, 2002, p. 58-59 *apud* SANTOS, 2014, p. 138-139).

Além de diversas outras características, a justiça restaurativa e a justiça penal possuem, de certo modo, o mesmo objetivo principal: “reestabelecer o equilíbrio da balança”. Afinal, em ambas as vertentes, a vítima merece alguma coisa e o agressor deve alguma coisa, diferenciando-as quanto à proporção e a hierarquia da resposta à ofensa, podendo a reparação ser entendida como uma forma de responsabilização ou como elemento indispensável ao empoderamento da vítima.

Partindo da proposta sobre o que a justiça restaurativa não é, podemos sintetizar em três vetores principais: oposição quanto aos valores; oposição no que se refere aos procedimentos e uma oposição quanto aos resultados. A princípio, a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual, na verdade, considerando que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite, tais modelos devem coexistir e se complementar (SICA, 2007, p.34).

Vale ressaltar, conforme ensina Selma Santana, que:

(...) deve ser alertado, para não gerar equívocos, que a justiça restaurativa não é branda com o crime; ao contrário, mantém, em expectativa, os infratores e submetem os a grandes exigências, maiores que as do sistema punitivo tradicional; não é contrária à privação da liberdade (SANTANA, 2010, p. 1229-1230).

Cumpra destacar, ainda, que a justiça restaurativa não é punitiva-retributiva tal como a justiça penal. Pois, promove a responsabilização, estimulando o ofensor a compreender o impacto que o seu comportamento possa ter gerado aos envolvidos, considerando que a mera punição como retribuição pelo mal causado não constitui real responsabilização. No entanto, isso não significa que esse modelo de justiça esteja preocupado apenas com o futuro, ao objetivar a defesa da comunidade da ocorrência de crimes futuros; ou que a justiça penal não se atente ao passado ao se ocupar apenas das vítimas *post factum*.

Nessa diapasão:

O que parece dever questionar-se, porém, é se a punição do agente do crime não poderá ser um dos elementos que a própria vítima, pelo menos em alguns casos, crê indispensáveis para sentir reparados a sua necessidade de segurança e o seu sentimento de justiça. Por outro lado, não serão necessárias, pelo menos em alguns casos, ambas as formas de resposta (a punitiva e a reparadora)? É que, se nos limitarmos a socorrer a vítima, deixando o seu agressor fugir, talvez corramos o risco de que, no futuro, outras pessoas sejam vitimizadas. Este exemplo, colhido no discurso restaurativo, parece ser útil para demonstrar a incoerência da afirmação (também corrente na teoria restaurativa) de que a justiça penal só se ocupa do passado. (SANTOS, 2014, p. 140-141)

O fato de a justiça restaurativa não ser punitiva-retributiva também não quer dizer que sua pretensão seja a extinção do punitivismo, tal como defende o modelo abolicionista, pautado pela não intervenção do penal do Estado. Na verdade, a justiça restaurativa possui ideais compatíveis com o direito penal mínimo e isso não significa, necessariamente, “menos Estado”, mas sim uma nova incumbência estadual (SANTOS, 2014, p. 39). A questão é que não há uma “maneira estritamente correta” de desenvolver esse modelo de reação ao delito. A essência desse instituto não é a escolha de uma determinada forma sobre outra, mas sim a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que possua como fim a mudança sobre os processos, os resultados e os objetivos restaurativos (MORRIS, 2005, p. 442).

A mediação penal, por sua vez, é um processo autocompositivo em que as partes são auxiliadas por uma terceira pessoa (neutra ao conflito) para se chegar a uma composição. Conforme estabelece a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), em seu artigo 1º, parágrafo único: “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015, *online*).

Trata-se, dessa forma, de um método alternativo de resolução de conflitos, constituindo, assim, espécie do modelo consensual de resposta ao crime. Diferentemente da conciliação e da negociação, a mediação parte de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento, viabilizando a melhor comunicação entre as partes a partir da sua autonomia para a resolução do conflito. Nesse sentido, o mediador não exerce poder sobre as partes ou sobre o procedimento, constituindo, assim, um instrumento de empoderamento das partes através de valores de deliberação e participação (SICA, 2007, p. 69-70).

Segundo Leonard Riskin, há dois tipos de mediadores: (i) mediador avaliador; e (ii) mediador facilitador. Enquanto o primeiro atua considerando que as partes querem e precisam de orientação para chegarem a uma situação propícia ao acordo, atuando assim no mérito das questões; o mediador facilitador “considera que as partes são inteligentes, aptas a trabalharem entre si, capazes de entender suas situações melhor que o mediador e, talvez, melhor que os seus advogados” (RISKIN, 1999, p. 29-30).

Infere-se, a partir de tais características, que a justiça restaurativa e a mediação penal muito têm em comum, sendo, por vezes, confundidas como um mesmo método de reação ao delito. Nesse sentido, afirma Richard Delgado que “a justiça restaurativa é uma simples forma de mediação” (DELGADO, 2002, p. 764 *apud* MORRIS, 2005, p.459). No entanto, não coadunamos com tal pensamento, posto que, embora haja certa compatibilidade entre a justiça restaurativa e a mediação penal, tais institutos não se confundem. Além disso, não é todo e qualquer tipo de mediação penal que pode ser observada como uma resposta ao delito guiada pela justiça restaurativa.

Para melhor visualização sobre os vínculos que unem a Mediação e da Justiça Restaurativa, é possível verificarmos, conforme a tabela abaixo, a relação entre os princípios que as orientam, conforme suas normas regulamentadoras:

Tabela 1: Relação entre os princípios da Lei de Mediação e da Resolução 225 do CNJ

Art. 2º da Lei 13.140/2015	Art. 2º da Resolução 225 do CNJ
Imparcialidade do mediador	Imparcialidade
Confidencialidade	Confidencialidade
Informalidade	Informalidade
Autonomia da vontade das partes	Participação; Empoderamento e Voluntariedade

Busca do consenso	Consensualidade
Isonomia das partes	Atendimento às necessidades de todos os envolvidos
Oralidade	Celeridade
Boa-fé	Urbanidade
	Corresponsabilidade
	Reparação aos danos

Fonte: Elaborada pelo autor (2022)

É notória a semelhança entre os princípios destacados. Vê-se, que, tanto a Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça quanto a Lei de Mediação são guiadas por uma perspectiva mais humanizada, quando comparadas ao modelo penal tradicional. Além disso, há uma valorização da autonomia das partes, não apenas em razão da voluntariedade, como também da maior participação dos envolvidos, bem como do empoderamento da vítima no processo.

Dentre as diversas técnicas de mediação utilizadas, podemos mencionar, como aquelas que entendemos ser as que mais se aproximam daquilo que a justiça restaurativa propõe como procedimento de resposta ao delito, quais sejam: a) Mediação Circular-Narrativa; e b) Mediação Transformativa, comumente confundidas com o tradicional modelo de mediação de conflito (Modelo Linear ou de Harvard).

O Modelo Linear ou de Harvard, considerado o modelo tradicional de mediação de acordo, baseia-se no processo de negociação facilitada, assistida por um terceiro imparcial que facilita a comunicação entre os envolvidos e, a partir dos seus desejos, interesses e necessidades, busca-se a satisfação mútua através do acordo (SCHWANTES; MIGLIAVACCA 2018, p.79).

Segundo a doutrina, esse modelo tradicionalmente adotado indica 5 (cinco) estágios para o desenvolvimento do procedimento de mediação. No primeiro estágio (*contracting*), o mediador estabelece a comunicação entre as partes e explica as regras, parâmetros e limites do procedimento da mediação. No segundo momento (*developing issues*), o facilitador identifica as questões relevantes aos envolvidos, utilizando-se da escuta qualificada. Já no terceiro estágio (*looping*), são feitas perguntas às partes e, a depender do teor das respostas, as perguntas são refeitas em outros termos ou em contexto distinto, até que o interessado consiga externar o seu propósito. No penúltimo estágio (*brainstorming*), o mediador convida as partes para organizarem suas ideias e estabelecerem alternativas razoáveis à solução da controvérsia. Finalmente, na última fase (*drafting the agreement*), ocorre a lavratura do termo adequando a

manifestação de vontade às normas do direito positivo, realizando, assim, o acordo (LIMAS; ALMEIDA, 2013).

Por outro lado, pela Mediação Circular-narrativa, representada por Sara Cobb, entende-se a mediação penal baseada nas experiências e histórias de cada indivíduo. Busca-se fazer com que os participantes se comuniquem sobre eles mesmos; é a desconstrução das suas próprias versões sobre os fatos. Aqui, o acordo não é o objetivo principal e sim consequência do processo narrativo. Nesse sentido, esclarece GABBAY parte do procedimento adotado:

Esta Escola tem como foco história e narrativa dos conflitos, considerando o contexto linguístico em que estão inseridos para criar uma circularidade relacional que possibilite a criação de um discurso convergente. (...) Nessa comunicação circular são levados em conta os elementos de expressão verbais e não verbais (corporais, gestuais), estes últimos considerados como metacomunicativos, na medida em que também qualificam o conteúdo da comunicação (GABBAY, 2013, p. 59-60)

Já pela perspectiva da Mediação Transformativa, representada por Robert Bush e Joseph Folger, também há foco na comunicação, porém, no aspecto relacional. Objetiva-se, aqui, criar uma “oportunidade para transformações das partes, tanto no sentido de autoconhecimento, como no reconhecimento da importância do outro” (GABBAY, 2013, p. 55). Ou seja, busca-se fazer com que as pessoas compreendam as necessidades e os interesses das outras. É importante destacarmos que:

(...) O empoderamento gera a percepção pelos indivíduos do seu valor e capacidade de tomar suas próprias decisões para lidar com problemas enquanto o reconhecimento evoca nos indivíduos a sensibilidade para conhecer a situação e a visão do outro. A conexão relacional e a capacidade de transformar a interação das pessoas em relação ao conflito são elementos centrais da mediação transformativa (*Ibidem*, 2013).

Para que possamos melhor analisar o vínculo entre a mediação penal e a justiça restaurativa é preciso discutirmos duas importantes questões. A primeira, diz respeito à possibilidade de combinação entre os dois último modelos supracitados; e, sendo assim possível, devemos partir para segunda questão, que nos remete ao modelo referencial de contraste para que possamos deduzir se o *mix* entre a mediação circular-narrativa e a mediação transformativa é, de fato, a melhor representatividade do método consensual restaurativo.

Assim como no modelo restaurativo, na mediação penal não há consenso quanto aos limites dos princípios, práticas e conceitos que os envolvem, mesmo que haja fundamentos similares entre eles como, por exemplo, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade, a busca pelo consenso, a abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento; além do

caráter multidisciplinar que os rodeiam. Contudo, tratando-se da reparação do mal sofrido pela vítima e consequente atenuação das consequências do delito, bem como da autorresponsabilização do ofensor, será preciso aderirmos, necessariamente, à positiva combinação entre a mediação circular-narrativa e transformativa para que possamos inferir que a justiça restaurativa encontra na mediação penal um dos seus principais instrumentos.

Desse modo, para que essa combinação possa se tornar válida, os valores e a ideologia que estão por trás de cada uma devem ser equivalentes e compatíveis. Afinal, não seria possível haver uma mediação transformativa e ao mesmo tempo voltada ao acordo, sob pena de não integração teórica e prática, em face dos diferentes objetivos e premissas que os quais se baseiam (GABBAY, 2013, p. 51).

Quanto ao modelo transformativo, importa destacar que:

A meta do modelo transformativo é propiciar novas formas de relacionamento, pois visa mudar as pessoas, estimulando a manutenção de relacionamentos que gerem satisfação, em substituição ao relacionamento de sofrimento. Os autores que defendem esse modelo entendem que o ser humano atinge a maturidade quando conseguir adquirir autonomia (próprio fortalecimento) e a empatia (preocupação com seus semelhantes). Sua busca é a transformação da controvérsia e não do conflito, isto não significa que a solução do problema esteja excluída, mas sim somente uma das opções das pessoas envolvidas, se estas julgarem adequado optar por esta modalidade (SCHWANTES; MIGLIAVACCA, 2018, p.81).

Quando os cultores da justiça restaurativa afirmam não ser possível encará-la como forma de mediação propriamente dita, considerando haver uma presunção de que as partes atuam com as mesmas responsabilidades compartilhadas, não sendo este o caso do modelo restaurativo (ZEHR, 2012, p.18-23), podemos inferir que, em verdade, essa mediação a qual eles se referem é a mediação que possui mais afinidade ao tipo linear, cujo objetivo precípua é a constituição do acordo.

Segundo, ensina Raffaella Pallamolla:

Com o uso da mediação, a justiça restaurativa pretende superar a dicotomia vítima-ofensor e desfazer os mitos (estereótipos) relacionados a ambos: “ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infrator podem superar os mitos e estereótipos mútuos, desde que esse encontro ocorra com a orientação de um facilitateur. O objetivo prioritário é o restabelecimento do diálogo, o secundário é a dissuasão” (AZEVEDO, 2008 p.124 *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 110)

Assim, tratando-se de mediação penal e justiça restaurativa, entendemos que essa mediação vítima-ofensor é do tipo circular e transformativa (e não linear), porquanto, através dela, busca-se não apenas a reparação do dano à vítima e a autorresponsabilização do ofensor mas, também, a transformação das relações (e não necessariamente um acordo).

3. A mediação policial é justiça restaurativa?

Para adentrarmos na discussão que envolve a mediação policial como justiça restaurativa, é indispensável, antes, tecermos algumas importantes considerações acerca da (in)aplicabilidade da mediação pela polícia judiciária.

O primeiro debate que devemos elencar diz respeito à construção do consenso pela polícia judiciária. Considerando ser este um órgão caracterizado pela ação repressiva de combate ao crime, seria legítimo que esta mesma instituição realizasse o consenso através da mediação entre a vítima e o ofensor?

Desde a implementação do Estado de Polícia, a instituição policial passou a ser considerada mero instrumento de poder, caracterizada pela função de “braço forte do Estado”, exercendo, assim, um papel essencialmente agressivo, marcado por atos discriminatórios, de conflito, de tensão e de abusos de autoridade. Hoje, com o desenvolvimento do atual sistema criminal, estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, as atribuições e os valores que pairavam esse órgão também foram sendo reformulados, fomentando uma nova cultura de atuação policial.

Indubitavelmente, a polícia de hoje não é a mesma de antigamente. Atualmente, o desempenho desse órgão não só é marcado pela abordagem alternativa e multidisciplinar na efetivação da segurança pública como, também, pela prevalência de qualificação profissional dos agentes policiais. Sem dúvidas, a polícia moderna é fundada no respeito aos direitos humanos e na boa conduta, o que faz com que haja maior proximidade com sociedade, diminuindo ainda mais os sentimentos de temor e de desconfiança na atuação policial, que antes preponderavam¹.

¹ Embora reconheçamos a mudança na cultura e nos valores do órgão policial, não podemos deixar de ressaltar que ainda existem fragmentos do antigo Estado de Polícia na sociedade moderna, sobretudo, em ações truculentas durante determinadas operações policiais, marcadas pela violência policial. Entretanto, “em um estado de direito a polícia não pode ser concebida senão como um serviço comunitário, público, de proteção ou tutela de todo o conglomerado social e dos direitos e garantias individuais” (PACHECO, p.47 *apud* RODRIGUES, 1996, p.27). Dessa forma, trata-se de atos ilegítimos e que não mais preponderam seio da atuação da polícia moderna, devendo ser combatidos.

Segundo Damasceno:

A política de qualificação profissional dos agentes de segurança pública deve ser pautada no respeito aos direitos humanos, tanto em relação ao cidadão que recebe o serviço de segurança pública, como ao próprio agente de segurança pública, com intuito de que entenda o ideal de uma polícia preventiva e inclusiva. Pode ser alcançada, dessa forma, a aproximação entre polícia e comunidade e a possibilidade de que juntas efetivem a segurança pública como responsabilidade de todos. Além de iniciar, gradativamente, uma relação de confiança entre o policial e o cidadão, o que facilita o conhecimento da realidade da comunidade e permite resolução dos conflitos de forma adequada (DAMASCENO, 2013, p. 42).

É através dessa nova política de qualificação policial que se funda a polícia moderna, buscando, através de ações sociais e de outras formas de resolução de conflito, maior confiança da comunidade. Conforme Louk Hulsman, “os funcionários que intervêm na máquina penal não são, por si mesmos, necessariamente repressores; que muitos no fundo, lamentam ter que punir; que provavelmente, não acredita no sistema” (HUSLMAN, 1993, p. 61 *apud* RODRIGUES, 1996, p. 27).

Nesse contexto, lecionam Lilia Maia de Moraes Sales e Adriane Oliveira Nunes:

É nesse íterim que advém a polícia comunitária. Esta, por meio da formação educacional do profissional de segurança pública, do resgate da sua autoestima, visa a humanização do policial, que é estimulado a refletir sobre a condição humana e a realidade prática da sua atividade, sobre a existência de conflitos aparentes além dos reais, é orientado para mediar conflitos, na busca de uma solução resultante da construção do consenso, incentivando a uma iniciativa comunitária de uma cultura de paz no sentido da defesa dos direitos humanos e do exercício real da cidadania (SALES; NUNES, 2010, p.120).

Vê-se, dessa forma, que os mecanismos alternativos de resolução de conflitos que, hoje, moldam a polícia comunitária (democrática), não apenas devem ser consideradas legítimas como, também, essenciais para o estreitamento do relacionamento entre a comunidade e a sociedade e o descongestionamento de processos que movimentam a máquina judiciária. Ademais, não podemos esquecer que a polícia é o primeiro sensor entre o Estado, infrator e a vítima. Logo, quanto mais rápido o Estado atuar para resolver o conflito, menores serão as chances de retaliação ou potencialização desse confronto. Não é por acaso que muitos autores compreendem a força policial como o órgão com maior potencial de ser promotora da justiça restaurativa, em razão da função que ocupa na sociedade.

Contudo, diante da atual realidade brasileira, Sica adverte para a possível inadequação da forma de encaminhamento dos casos à mediação policial, considerando que a

discricionariedade conferida à polícia dependeria de um aprimoramento da própria instituição a fim de elevar o policiamento comunitário e preventivo, sendo esta uma realidade distante da nossa, mas que não deve ser descartado como meta (SICA, 2007, p. 30).

Segundo Luiz Alberto Warat, dessa relação polícia-mediação-comunidade podemos inferir duas importantes questões: a primeira diz respeito à possibilidade de mediadores policiais atuarem juntamente com mediadores da própria comunidade, o que ampliaria a aproximação entre a polícia e a sociedade, elevando assim a autonomia e os recursos reais e potenciais da população residente. A segunda, é a possibilidade de incorporarmos a mediação como meio de solução de conflitos gerados na convivência de policiais e moradores (WARAT, 2015, p.58).

É importante destacarmos, sobretudo, que a questão que envolve o modelo de mediação guiada pela justiça restaurativa já foi superada no capítulo anterior. O que se propõe, agora, é a construção de reflexões acerca dos limites da mediação policial como mediação circular e transformativa, ou seja, como mediação-policial-restaurativa. Dessa forma, considerando ser esta mediação um dos instrumentos essenciais para o exercício da justiça restaurativa, devemos enfrentar duas questões que envolvem a participação de policiais como facilitadores desse programa, de modo que seja possível (ou não) estabelecermos os limites da mediação policial como justiça restaurativa.

Nesse sentido, destacamos as seguintes preocupações: 1) devemos falar em elevação da autonomia das partes se, e somente se, a polícia atuar juntamente com mediadores da própria comunidade ou, também, é possível considerarmos os mesmos efeitos na hipótese em que a polícia realiza a mediação de forma independente?; 2) a figura representativa do facilitador policial na sociedade, bem como a utilização de arma de fogo durante as reuniões são fatores podem violar as premissas mediação guiada pela justiça restaurativa?

Conforme sugere Warat, a parceria entre a polícia e os mediadores da comunidade (ainda que estejam vinculados às agências independentes) conduzem-nos à melhor configuração para a mediação policial em uma polícia preventiva e democrática. (BIRGDEN & LOPEZ-VARONA, 2011 *apud* WARAT, 2015, p. 58). Por essa perspectiva, no âmbito da mediação, somente seria possível que a polícia atuasse no encaminhamento dos processos aos núcleos independente de mediação. Entretanto, devemos considerar que o art. 9º da Lei de Mediação admite que atue como mediador extrajudicial “qualquer pessoa capaz, que tenha confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar

qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se” (BRASIL, 2015, *online*).

Dessa forma, nada impede que o facilitador policial possa atuar na mediação vítima-ofensor, embora seja preferível, conforme os ideais da justiça restaurativa, a participação da comunidade a qual as partes sejam integrantes, visando a produção de efeitos mais efetivos quanto à autorresponsabilização do ofensor, à reparação da vítima e à reconstrução dos laços, se for este o caso.

Quanto à participação da comunidade, esclarece PALLAMOLLA, citando Ashworth, que:

Ashworth também aborda a questão da imparcialidade e refere os riscos envolvidos na participação da comunidade e da vítima na resolução do conflito. Para o autor, o empoderamento da comunidade pode comprometer a imparcialidade do julgamento e levar a resultados extremamente desiguais. A participação da comunidade – defendida pela justiça restaurativa – demonstra a preferência pela inclusão ao invés da exclusão e está conectada às ideias de autorregulação, consenso e acordo. No entanto, na opinião do autor, a inclusão da comunidade deve ser vista com cuidado, pois, como alerta Crawford, as comunidades muitas vezes são marcadas pela exclusão social, formas de coerção e distribuição irregular das relações de poder. Um dos riscos referidos por Ashworth, inclusive, é de que esta divirja de padrões estabelecidos na lei criminal. Não obstante, ele acredita que a questão pode ser resolvida “a partir do momento que se concedesse maior participação aos membros da comunidade afetada no caso, insistindo-se para que o poder de decisão permaneça em mãos imparciais” (ASHWORTH, 2000, p. 583, *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 164-165)

Em termos práticos, embora seja possível uma elevação da autonomia das partes através da atuação do facilitador policial, seria inviável pensarmos em uma ação estritamente neutra por parte desse mediador dentro de situações conflitivas, sem que não houvesse determinadas questões acerca do poder para resolver conflitos. Dessa forma, se um mediador crer, adota como princípio ou valor a autonomia das partes (a capacidade que eles detêm para ditarem as suas próprias normas), então, suas intervenções girarão sobre essa crença que irá operar como eixo e, portanto, terá que haver congruência entre as ideias que sustenta e as práticas que realiza. Ou seja, sentirá a necessidade de nutrir-se de elementos teóricos e práticos conforme suas valorizações. Estas também deveriam cair sob a lupa da reflexão, já que não são princípios inamovíveis e sabe-se o quanto é difícil construir a neutralidade no mediador (ÁLVAREZ, 2015, p. 99).

Nesse contexto, é preciso que o facilitador observe constantemente as suas crenças e valores para que não haja uma considerável alteração em face da leitura e externalização dos

princípios que regem a mediação e a justiça restaurativa, sobretudo, no que se refere à autonomia das partes. Cumpre destacar, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judicial, que, de igual modo, aplica-se ao mediador policial (embora a sua intervenção seja em fase pré-processual), que este possui o dever de qualificação e observância ao processo de reciclagem periódica obrigatória para formação continuada”. (BRASIL, 2010, *online*).

No Brasil, não há um marco legal para a mediação policial. No entanto, esse modelo de mediação vem ganhando cada vez mais espaço no âmbito criminal, através dos seus Projetos formalmente estabelecidos por meio de Portarias e Resoluções. Pode-se mencionar, por exemplo, o Projeto Mediar da Polícia Civil de Minas Gerais; Programa Mediar da Polícia Civil do Rio Grande do Sul; Núcleo de Mediação Policial da Polícia Civil de Fortaleza; Núcleo Especial Criminal da Polícia Civil de São Paulo; Núcleo de Polícia Judiciária Restaurativa da Polícia Civil do Distrito Federal; Projeto Acorde da Polícia Civil de Sergipe.

Dentre os projetos supracitados, destaca-se o Núcleo Especial Criminal vinculado à Polícia Civil de São Paulo, formalmente fundado através da Portaria nº 6, de 15 de dezembro de 2009, na cidade de Ribeirão/SP, a partir da iniciativa do Delegado de Polícia Clóves Rodrigues. O principal objetivo do núcleo era transformar a figura do Delegado de Polícia em mediador de conflitos em face dos crimes de menor potencial ofensivo. Hoje, há núcleos em diversas regiões do Estado de São Paulo (FILHO; QUARESMA, 2015, p. 8).

Segundos os referidos autores, o procedimento é pautado da seguinte forma:

Trata-se de uma tentativa de conciliação que o Delegado de Polícia treinado para conciliar, faz junto às partes no momento que o TCO é realizado. O Delegado responsável pelo núcleo passa por treinamento específico para aprender a ser conciliador e, assim, poder atuar como dirigente do NECRM. A exigência de ser um Delegado treinado para conciliar deriva do fato da consciência de que nem todo Delegado possui vocação para exercer atividade conciliadora. Não havendo o acordo segue para o juiz competente somente o TCO e então o procedimento segue seu rito habitual. (...) Todo o procedimento realizado entre as partes no intuito de incentivar a composição do conflito na Delegacia de Polícia conta com um representante da OAB, o qual deve estar presente e certificar o amplo respeito a todos os princípios regedores do ordenamento jurídico, bem como o cumprimento das normas de direito, ratificando a legalidade e impedindo a existência de atos que possam vir a invadir o acordo firmado entre as partes. (*Ibidem*)

Vê-se, que, procedimento adotado possui como fim específico o acordo, seja através da mediação tradicional, ou seja através da conciliação. Nesse aspecto, aduz Luciane Moessa de Souza que:

(...) conciliação e mediação somente devem ser diferenciadas quanto ao escopo ou enfoque, não quanto ao procedimento do terceiro imparcial - o qual, desde que respeite os princípios éticos aplicáveis, se caracteriza pela flexibilidade. Entender que uma mediação se transforma em conciliação apenas porque o terceiro formula eventual proposta de solução do conflito é uma visão extremamente rasa e que ignora a diferença de essência entre as duas técnicas: a primeira (mediação), trabalhando todo o contexto subjacente ao conflito e com caráter altamente pedagógico; a segunda (conciliação), trabalhando em um nível superficial, com objetivo claro de solucionar o problema da forma que ele foi inicialmente desenhado (SOUZA, 2015, p. 64).

Dessa forma, podemos inferir que, essencialmente, a justiça restaurativa não incide nesse modelo de resolução de conflito, embora essa reação alternativa ao delito não deixe de ser extremamente importante para o sistema criminal. Podemos mencionar, por exemplo, conforme a tabela abaixo², dados significativos comprovando a média de 89,30% de resolutividade nos seis anos seguintes à criação dos NECRIM's:

Tabela 2: Relação entre audiências e conciliações efetivadas pelo Núcleo Especial Criminal de São Paulo entre 2010 a 2016

NECRIM	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
AUDIÊNCIAS	449	6148	8963	15671	19405	18277	19387	88300
CONCILIAÇÕES	400	5337	7960	14195	17585	16302	17075	78854
%	89%	87%	89%	91%	91%	89%	88%	89%

Fonte: Dados fornecidos pelos próprios departamentos.

Além disso, diversas são as outras vantagens que esse sistema pode proporcionar, além a maior participação da vítima na resolução do conflito, embora ainda não esteja em total conformidade com os princípios da justiça restaurativa: (i) mudança da imagem da polícia enquanto aparelho repressor do Estado; (ii) maior facilidade de controle e fiscalização sobre o cumprimento dos acordos; (iii) redução de processos submetidos aos Juizados Especiais Criminais; (iv) redução da reincidência criminal; e (v) prevenção de ocorrências de crimes mais graves (TYLER JACKSON, 2013, *apud* BARBOSA, 2020, p. 255).

No que se refere ao objetivo inicial do Núcleo Criminal, não coadunamos com a tese de que o mediador deva ser, essencialmente, o Delegado de Polícia. É preciso considerar que o

² Os dados foram fornecidos em 9 abril de 2020 pelo referido Delegado de Polícia, através do e-mail: clovesrcosta@gmail.com.

facilitador deve possuir perfil compatível com a atividade de consensual, e isso não quer dizer que, necessariamente, a autoridade policial cumprirá tal requisito, podendo a função facilitadora, por exemplo, ser exercida por um escrivão ou agente de polícia, ou, conforme já discutido, um terceiro independente representante da comunidade, em parceria com a instituição policial.

Nessa diáspora, leciona o Emerson Barbosa:

A condição indispensável para viabilizar mediações com essas características mencionadas, na visão dos entrevistados, está na seleção, treinamento e designação de policiais com perfil para trabalhar nos núcleos de mediação. O mediador precisa ter o perfil compatível com a atividade de resolução de conflitos, que envolve tanto o conhecimento técnico-jurídico como uma atitude comunicativa não violenta. Aliás, a ênfase nessa necessidade foi algo recorrente durante as entrevistas. De acordo com os entrevistados, a mediação, para funcionar sem intimidação, depende que os policiais designados tenham o perfil e sejam preparados com a doutrina da mediação: “Não pode ser o delegado do plantão! Não pode ser o mesmo delegado que está ali para atender um flagrante de homicídio, por exemplo” (agente de polícia). (BARBOSA, 2020, p. 249).

Para o mencionado autor, “a invocação da necessidade de um perfil adequado para mediação, todavia, contradiz a ideia de que o delegado é um “mediador nato de conflitos”. Nesse sentido, ainda que a polícia judiciária seja considerada uma profissão dinâmica, que admite as mais variadas áreas da profissão, não podemos deixar de considerar que há pessoas que não possuem a vocação para esse tipo de atividade (BARBOSA, 2020, p. 250).

Uma outra questão relevante, gira em torno da figura representativa que o facilitador possui frente a sociedade, bem como os efeitos que o porte velado de arma de fogo pode ocasionar durante as reuniões restaurativas. Conforme destacado no capítulo anterior, a doutrina da justiça restaurativa baseia-se na autonomia da vontade das partes, sendo esta livre de qualquer forma de coação, mesmo que implícita, de modo que possa influenciar na participação dos envolvidos.

Para Cláudia Cruz Santos, uma importante interrogação a ser destacada sobre o referido tema diz respeito ao sentido da participação do ofensor nas práticas restaurativas: o ofensor participa porque é isso que deve fazer ou para simplesmente evitar uma sanção penal? Se considerarmos que o autor participa porque é isso que deve fazer, haverá uma potencialização ao empoderamento da vítima, bem como à autorresponsabilização do agente ofensor, levando-se em consideração que isso permitirá, por parte do agente e da vítima do crime, um ajuizamento quanto ao seu próprio interesse. E, se o ofensor participa porque com o intuito inicial de desviar-

se de uma sanção penal, isso não significa que, em momento posterior, ele não possa considerar a solução mais correta, por permitir que a sua responsabilização esteja associada à reparação dos danos que causou (SANTOS, 2014, p. 211).

Aduz, ainda, a mencionada autora, que:

De qualquer modo, o que sempre se quer sublinhar é que uma determinada decisão pode corresponder, em simultâneo, quer a um ajuizamento ético, quer a uma avaliação moral, aparecendo simultaneamente como a melhor (numa perspectiva ainda utilitarista, no plano individual ou colectivo) e como a mais correcta. E esta é uma linha de compreensão que tem, também ela, suporte no pensamento habermasiano, na medida em que o Autor afirma que “a teoria do discurso relaciona-se de forma diferente com as questões morais, éticas e pragmáticas” (HABERMAS, 1999, ps.82-83, p.92, p.108 *apud* SANTOS, 2014, p. 211).

Dessa forma, seguindo as reflexões de Habermas, devemos levantar uma nova questão: ainda que o ofensor sinta-se, de certo modo, persuadido a participar das reuniões em razão da representatividade da figura policial na sociedade ou até mesmo pelo porte velado da arma de fogo durante as reuniões, poderíamos considerar, também, que em momento posterior, ele possa ponderar ser esta a decisão mais acertada, permitindo, assim, que haja maior reflexão sobre os seus atos e efeitos destes à vítima, o que levaria à autorresponsabilização e à reparação dos danos?

Embora esse caminho aparente nos levar a uma resposta positiva, é preciso levar em consideração que, no exemplo destacado por Cláudia Santos, não há indícios de persuasão ou coação. Na verdade, esse agente decide por livre e espontânea vontade sobre participar ou não das reuniões, ainda que essa decisão possa estar embasada no ajuizamento quanto ao seu próprio interesse em livrar-se da punição da justiça penal. Desse modo, na seara policial, um dos possíveis limites que poderiam nos conduzir à aplicação de uma mediação policial guiada pela justiça restaurativa, é, necessariamente, a ausência de coação ou persuasão, ainda que implícita, para que as partes participem das reuniões. Entretanto, tratando-se da influência implícita em razão de a mediação ser realizada pelo órgão polícia ou pelo porte velado da arma de fogo durante as audiências. Caberá ao facilitador policial verificar se o autor estaria ou não propenso a assumir a condição de autor, o que o levaria à autorresponsabilização e à reparação dos danos.

Vale ressaltar que a fase da preparação do encontro (pré-mediação) policial é de suma importância para a verificação dos contornos que podem definir o tipo de reunião que será realizada, podendo ou não ser taxada como restaurativa. Nesse sentido, esclarece PALLAMOLLA:

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estas partes se encontrem num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo. Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então, a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente) (SCHIFF, 2003, p. 318 *apud* PALLAMOLLA, 2015, *online*).

Evidentemente, a mediação, assim como outras práticas restaurativas, deve ser flexível, podendo ser adaptada conforme as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto.

4. Conclusão

Diante do exposto, podemos considerar, que, no decorrer do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a instituição policial passou a buscar novas formas de se desvincular do antigo Estado de Polícia, pautado pela investigação preordenada a fim de produzir uma verdade objetiva que levasse à responsabilidade penal, ou seja, à definição de um culpado. Atualmente, priorizam-se novas formas de reação ao delito, meios alternativos que, não só produzem resultados positivos dentro do sistema criminal, como também melhora a relação entre a polícia e a comunidade, o que estimula ainda mais a cultura policial pautada nos direitos humanos.

Dessa forma, com a percepção da necessidade de uma nova intervenção estatal frente às condutas delituosas, não só consideramos ser a justiça restaurativa a melhor alternativa para a promoção da participação da vítima na resolução do conflito, como também o principal meio de estimular a criação de uma obrigação ao ofensor em face da compreensão dos danos causados, gerando, assim, a sua autorresponsabilização e a reparação do prejuízo à vítima.

Sem dúvidas, a justiça restaurativa deve ser inserida em todos os setores da sociedade, inclusive no âmbito da segurança pública. Contudo, no contexto policial, é preciso maior cautela para que a mediação policial seja, de fato, guiada pela justiça restaurativa, e não pelo mero acordo entre a vítima e o ofensor. Para tanto, alguns critérios devem ser observado na fase de preparação do encontro, bem como durante a realização das reuniões: i) observância à mediação do tipo circular e transformativa; ii) preparação do facilitador policial para a condução das reuniões, de modo que não haja coação ou persuasão sobre as decisões da vítima

ou do ofensor (soma-se a isso, a reestruturação das Delegacias de Polícias, a fim de torná-las mais propensas à constituição das reuniões restaurativas); iii) a elevação da autonomia das partes, com observância aos princípios que regem a justiça restaurativa; iv) enfoque na reestruturação dos laços, na autorresponsabilização do ofensor e na reparação dos danos, não no simples acordo entre o ofensor e o ofendido, além de outras ponderações que devem ser estabelecidas conforme as peculiaridades de cada caso.

5. Referências

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Ser um mestre em mediação*. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça / coordenadora: Luciane Moessa de Souza – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

BARBOSA, Emerson Silva. *Mediação Policial: Da produção de culpadas à produção de consenso nas delegacias de polícia*. Revista Brasileira de Ciências Policiais. Brasília, v. 11, n. 1, p. 227-271, jan/abr 2020.

BRASIL. *LEI 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília [2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm#art47>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília (2010). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília (2016). Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

DAMASCENO, M. L. M. *Segurança pública cidadã: a experiência do projeto piloto do núcleo de mediação de conflitos na 30ª delegacia de polícia civil de Fortaleza*. 2013. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2013.

FILHO, Eduardo Neves Lima; QUARESMA, Gisany Pantoja. *Conciliação pré-processual nas infrações de menor potencial ofensivo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/30421/18384>>. Acesso em: 21. jun. 2022.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA; condições, desafios e limites para a inconstitucionalização da mediação no judiciário*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; ALMEIDA, Maurício Vincente Silva. *Mediação é instrumento eficaz na democratização do acesso*. Revista Consultor Jurídico, 26 de julho de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-26/mediacao-instrumento-eficaz-pacificacao-social-democratizacao-acesso-justica>>. Acesso em: 19 de jun. 2022.

MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 439-472.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula, 1982 – *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM: 2009.

_____. *Justiça restaurativa e mediação penal: afinal, qual a relação entre elas?* Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/justica-restaurativa-e-mediacao-penal-afinal-qual-a-relacao-entre-elas-2/>>. Acesso em 21 jun. 2022.

RISKIN, Leonard, *Compreendendo as Orientações, Estratégias e Técnicas do Mediador: Um Mapa para os Desnorteados* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.) *Estudos em Arbitragem*,

Mediação e Negociação Vol. 1, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999. Este artigo foi publicado na Harvard Negotiation Law Review Vol. 1:7, 1996 sob o título “Understanding Mediators Orientations, Strategies, and Techniques: A Guide for the Perplexed”.

RODRIGUES, Andréa Irany Pacheco. *Da Repressão à Mediação: Um Estudo das Funções da Polícia Civil Catarinense Não-Declaradas Oficialmente*. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 26 de setembro de 1996.

SALES, Lilia Maia de Moraes; NUNES, Adrine Oliveira. *A integração entre a Segurança Pública e a mediação de conflitos por meio da polícia comunitária*. O público e o privado - Nº 15 - Janeiro/Junho – 2010.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa, um novo olhar sobre as vítimas de delitos, e injustificável contraposição da vitimodogmática*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Fortaleza (CE). 09 a 12 de junho de 2010.

SANTOS, Claudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SCHWANTES, Susanna. MIGLIAVACCA, Karine Montanari. *A mediação como instrumento de construção da cidadania: uma análise a partir das escolas de Harvard e transformativa*. Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Charlie Paula Colet Gimenez; Marcelino Meleu. - Florianópolis: CONPEDI, 2018.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal – O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Luciane Moessa. *Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação*. Mediação de conflitos: novo

paradigma de acesso à justiça / coordenadora: Luciane Moessa de Souza – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

WARAT, Luiz Alberto. Promessas e Dilemas da Mediação nas UPPs. Mediação de conflitos nas UPPs: notícias de uma experiência / organização Barbara Musumeci Mourão, Pedro Strozemberg – 1. ed. – Rio de Janeiro: CESeC, 2015.

ZEHR, Howard. Justiça restaurativa. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

Reestruturação de Programas de Integridade: Caso Petrobras

Restructuring of Compliance Programs - Petrobras Case

Bárbara Manhães Resende da Silva¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A Operação Lava Jato desvendou um forte esquema de corrupção e lavagem de dinheiro na Petrobras, importante sociedade empresária do setor de óleo e gás no Brasil, inclusive com a participação de membros da alta administração que atuaram para anular os mecanismos de controle interno existentes na sociedade empresária à época, acabando por apontar severas fragilidades nos controles internos da petrolífera e forçando a companhia a reestruturar todo o seu programa de integridade e aprimorar os seus controles internos. Com a reestruturação do programa de integridade da Petrobras, a elaboração de leis tendentes a reforçar a necessidade do programa de integridade e, em relação às sociedades empresárias controladas pela União, a obrigatoriedade da implementação de programas de integridade, a petrolífera conseguiu recuperar seu valor de mercado e sua imagem perante os investidores e contratantes.

Palavras-chave: Programa de Integridade. Controle Interno. Petrobras. Reestruturação.

Abstract: The Car Wash Operation (*Operação Lava Jato*) uncovered a strong corruption and money laundering scheme in Petrobras, an important company in the oil and gas sector in Brazil, including the participation of senior management members who acted to nullify the existing internal control mechanisms in the company at the time, eventually pointing out severe weaknesses in the oil company's internal controls and forcing the company to restructure its entire integrity program and improve its internal controls. With the restructuring of Petrobras' integrity program, the drafting of laws aimed at reinforcing the need for integrity programs, and the mandatory implementation of integrity programs by companies controlled by the Federal

¹ Mestranda na linha de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Government, the oil company managed to recover its market value and its image before investors and contractors.

Keywords: Integrity Program. Internal control. Petrobras. Restructuring.

1. Introdução

A Petróleo Brasileiro S.A, conhecida simplesmente como Petrobras, empresa de sociedade de economia mista¹, atua nas áreas de exploração e produção de petróleo e gás natural, refino, geração de energia elétrica, transporte, comercialização e distribuição, além de ser mundialmente reconhecida pela tecnologia responsável pela exploração de petróleo em águas profundas². É umas das principais empresas do mundo³ e possui enorme importância social e econômica para o Brasil.

O controle acionário da Petrobrás deve ser exercido pela União por meio da posse de mais de cinquenta por cento do capital votante da companhia, conforme estabelece o art. 62 da Lei nº 9.478/1997⁴. Dessa forma, em que pese a empresa ser regida pelas normas constantes na Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), também deverá se submeter às normas da Lei nº 13.303/2016, conhecida como “Lei das Estatais”, regulamentada pelo Decreto nº 8.945/2016⁵.

¹ Cf. Art. 1º do Estatuto Social da Petrobras c/c art. 173, § 1º da CRFB/88.

² Dados extraídos do site da sociedade empresária. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/>. Acesso em 20 jun. 2022.

³ Ranking divulgado pela revista Forbes Global 2000 aponta que, no ano de 2022, a Petrobras ostenta a 65ª posição no ranking que classifica as maiores empresas do mundo, analisadas com base nos dados relativos a vendas, lucros, ativos e valor de mercado. Petrobras foi a empresa brasileira com melhor colocação no referido ranking. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/05/forbes-global-2000-veja-quais-sao-as-maiores-empresas-do-mundo-em-2022/>. Acesso em: 28 jul. 2022.

⁴ Art. 62, Lei nº. 9.478/1997. A União manterá o controle acionário da PETROBRÁS com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante.

⁵ Cf. Art. 4º, Lei 13.303/2016. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º. A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitando o interesse público que justificou sua criação.

§ 2º. Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Tal controle acionário, por vezes, tende a tornar a empresa suscetível a indevidas interferências de agentes públicos⁶, até mesmo com o cometimento de infrações penais, caso não haja uma política robusta e eficiente de controle interno, governança, gestão de riscos e conformidade tendente a coibir, e eventualmente punir, tais condutas.

Intervenções estatais indevidas e um gigantesco esquema de corrupção envolvendo a empresa petrolífera foram noticiados em 2014 e revelaram a ineficiência do programa de governança e compliance implementado à época pela companhia, que não se mostraram capazes de coibir os superfaturamentos em obras, as fraudes em licitação, os pagamentos de propina por empresas a agentes políticos, formação de cartel, etc.

Diante dos significativos impactos econômicos e sociais provocados pela crise que se instalou na empresa após o início das investigações da operação Lava Jato, a sociedade empresária se viu forçada a reestruturar seus programas de governança e compliance, passando a adotar controles mais rígidos, criando manuais, controles internos e canais de denúncias no intuito de coibir a corrupção, estabelecendo maior rigidez na escolha de fornecedores, etc.

Além disso, alterações e inovações legislativas se mostraram importantes para tanto para diminuir a interferência estatal indevida sob a sociedade empresária e estimular a criação de programas de compliance efetivos, como a edição da Lei das Estatais em 2016 (Lei nº 13.303) e da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), como para reprimir eventuais condutas delitivas praticadas, notadamente, por meio da Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção) e da Lei nº 12.850/2013 (Colaboração premiada).

2. Breves apontamentos sobre o compliance no Brasil

Segundo Artur de Brito Gueiros Souza (2021, p. 76), compliance pode ser definido como

(...) o conjunto de medidas de autocontrole ou de autovigilância adotadas por empresas, consoante as diretrizes fixadas pelo poder público, para que seus dirigentes e empregados cumpram as normativas, tanto internas como externas, com o objetivo de se evitar a ocorrência de infrações de diversas ordens, inclusive as de natureza

⁶ Segundo a OCDE (2020, p. 67), as empresas que possuem controle acionário pelo Estado (empresas estatais e sociedades de economia mista), estariam mais suscetíveis aos desvios de padrões éticos em razão da interação entre o comando da companhia com questões políticas, o que, inclusive, pode impedir que elas operem com eficiência, tendo em vista que a raiz dos principais casos de corrupção revelados nos últimos anos é a prática corriqueira de nomeações políticas para cargos da alta administração das empresas controladas pelo Estado como forma de obter apoio parlamentar. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/SOE-Review-Brazil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022.

criminal. O compliance também pode compreender protocolos de investigação de infrações já ocorridas, sancionando-se, internamente, os seus responsáveis, bem como comunicando tais ocorrências aos órgãos fiscalizadores estatais. Dentre as diversas medidas inerentes aos programas de compliance está: (i) a implantação de códigos de ética e políticas de boa-governança, (2) a avaliação dos riscos empresariais, (3) o estabelecimento do oficial de compliance, e (4) a disponibilização do canal de denúncias à disposição de empregados ou do público externo.

Dessa forma, o compliance representa uma política de integridade, de condutas voltadas para o cumprimento de normas legais e éticas (MAEDA, 2013, p. 167) dentro da companhia. No entanto, o compliance apresenta-se como importante instrumento para política de gestão de riscos, na medida em que não pretende anular nos riscos, mas sim mitigá-los por meio de uma reorganização corporativa tendente a prevenir a ocorrência de condutas em desconformidade com a lei e com o regimento interno da sociedade empresarial, bem como implementar meios para detectar, investigar e punir as condutas desconformes, se e quando ocorrem, de forma rápida e eficiente.

Segundo John Vervaele *apud* Artur Gueiros (2021, p. 62-71), a corrente político-criminal favorável à adoção do Direito Penal Econômico e Empresarial apresenta alguns modelos de intervenção do Estado na atividade econômica, dentre eles a autorregulação regulada, também chamada de correção, onde Estado e entidades privadas dividem o papel de regulação e controle do risco empresarial, ante a dificuldade do Estado em fiscalizar as atividades das empresas de forma direta. Dessa forma, caberá ao Estado a elaboração de parâmetros gerais para a implementação de estratégias político-criminais e às empresas a implementação de seu programa de compliance, de forma que melhor atenda à sua estrutura e ao segmento de mercado em que atua.

Ao longo do tempo, diversas normas legais incentivaram, em maior ou menor grau, a adoção de mecanismos de compliance na estrutura das empresas, como forma de mitigar a ocorrência de condutas em desconformidade com a lei ou com o regimento interno.

Dentre elas, destacaram-se, inicialmente, a Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção empresarial) e a Lei nº 12.850/13 (Organização Criminosa), publicadas após a participação do Brasil na Convenção de Paris de 1997 no intuito de fornecer uma legislação básica e demonstrar o esforço e o comprometimento do país na busca e implementação de uma cultura de integridade (SOUZA; FILARDI; IRIGARAY; 2020, p. 134).

A Lei nº 12.846/2013⁷, trouxe importante contribuição para o fortalecimento da cultura de integridade no território brasileiro ao determinar que a existência de mecanismos de compliance para denúncias e apuração de irregularidades nas sociedades empresárias, bem como a aplicação efetiva das regras constantes nos códigos de conduta das companhias deveriam ser considerados na aplicação das sanções, administrativas ou civis, impostas às pessoas jurídicas. Dessa forma, mecanismos de integridade eficientes poderiam contribuir para a atenuação de eventuais sanções impostas às companhias.

De acordo com Maeda (2013, p. 170), a elaboração de normas legais de combate à corrupção mais rigorosas, com possibilidade sanções tanto para o autor da conduta ilícita quanto para a pessoa jurídica, torna a implementação de um programa de compliance nas sociedades empresárias “praticamente inevitável”, em que pese, as legislações citadas acima não obrigarem as companhias a implementarem tal programa.

No mesmo sentido, Artur de Brito Gueiros Souza (2021, p. 77) sustenta que diante da possibilidade de a sociedade empresária sofrer sanções administrativas e penais em razão da violação de normas legais por parte de seus empregados e da alta administração da companhia, quando agirem em nome e proveito da sociedade empresária, “a implementação de um programa de compliance, preveniria a ocorrência de infrações, protegendo-a dos riscos da atividade de exploração econômica”.

No entanto, em que pese as importantes contribuições trazidas pelas Leis 12.846/13 e 12.850/13, tais normas não lograram êxito em coibir práticas corruptas dentro das sociedades empresárias, principalmente dentro de companhias controladas pelo Estado, como as práticas corruptas dentro da Petrobrás, desvendadas a partir da Operação Lava Jato, em 2014.

Em razão disso, foi editada a Lei nº 13.303/2016⁹, que, de forma inovadora, determinou a obrigatoriedade de empresas públicas e sociedades de economia mista¹⁰ adotarem regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle internos, bem como elaborar códigos de

⁷ Cf. Art. 7º, inciso VII e VIII da Lei 12.846/2013.

⁸ A Lei nº 12.846/2013 dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Dessa forma, a referida legislação passou a permitir a responsabilização direta da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados por seus agentes ou empregados.

⁹ Cf. art. 9 da Lei nº 13.303/2016.

¹⁰ Importante salientar que, para as sociedades empresárias privadas, esta obrigatoriedade não se impõe.

conduta e integridade e implementar um canal de denúncias para receber denúncias¹¹ internas e externas quanto a condutas desconformes.

Mais recentemente, foi editada a Lei nº 14.133/2021 com o intuito de atualizar os procedimentos para licitações e contratos administrativos, prevendo, expressamente, o estímulo à adoção de programas de compliance (ou programas de integridade). Dentre as normas estabelecidas no referido diploma legal está a determinação de obrigatoriedade de implementação do programa de compliance pelo licitante vencedor quando se tratar de contratos de grande vulto¹² (art. 25, § 4º), desenvolvimento do programa de compliance como um dos critérios de desempate (art. 60, IV), implementação ou aperfeiçoamento do programa de compliance como aspecto a ser considerado na aplicação das sanções por infrações administrativas (art. 156, § 1º, V) e condição de reabilitação do licitante ou contratado quando as condutas descritas nos incisos VIII e XII do art. 155 resultarem na sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (Art. 156, caput, IV e § 4º c/c 155, VIII e XII e art. 163, parágrafo único).

No entanto, deve-se atentar para o fato de que não basta a sociedade empresária possuir programas de compliance na área de integridade e de anticorrupção se eles não forem efetivos (SOUZA; FILARDI; IRIGARAY; 2020, p. 138), se não houver o comprometimento tanto da alta administração (MAEDA, 2013, p. 182) quanto dos demais setores da companhia e de seus integrantes na fiscalização de condutas não-conformes aos códigos de ética e de condutas, bem como de agir para coibir eventuais condutas fraudulentas e corruptas.

3. A Operação “Lava Jato”

Em 2014 a Petrobras se viu envolta em um gigantesco escândalo de corrupção e lavagem de dinheiro, revelado pela polícia Federal por meio da operação apelidada de “Lava Jato”¹³. Tal

¹¹ Em relação ao canal de denúncias, deve-se destacar a Lei nº 13.608/2018, com alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, que estabelece a obrigatoriedade da administração pública, direta e indireta, de manter unidade de ouvidoria ou correição para assegurar que qualquer pessoa possa relatar informações sobre crimes contra a administração pública, bem como ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. Ao informante será assegurado o sigilo de sua identidade, além da possibilidade de recebimento de recompensa de até 5% do valor recuperado.

¹² Obras, serviços e fornecimentos de grande vulto são aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), conforme determinação do art. 6, inciso XXII da Lei 14.133/2021.

¹³ O MPF denominou a operação de “Lava Jato” em razão da utilização de uma rede de postos de combustíveis, que também oferecia os serviços de lava jato, para movimentação de recursos ilícitos de organizações criminosas inicialmente investigadas. Em que pese a investigação ter avançado e alcançado doleiros e revelado o esquema de corrupção da Petrobras, o nome dado inicialmente à operação se consagrou e continuou a ser

operação identificou a organização de cartel entre grandes empreiteiras, que simulavam concorrer em processos licitatórios da empresa petrolífera, realizando reuniões anteriores e combinando o preço que cada uma ofereceria no processo licitatório e qual empresa sairia vencedora em determinado pleito.

Funcionários da Petrobras, cooptados pelas empreiteiras integrantes do esquema garantiam que as empresas certas fossem convidadas para as licitações, restringiam a participação de outras empresas que não participavam do esquema fraudulento, favoreciam determinadas empresas, acelerava a contratação com supressão de etapas relevantes, vazavam informações sob sigilo, etc.

A alta direção da Petrobrás, indicada por partidos políticos (e muitas vezes, composta por agentes políticos) teve participação direta no esquema, inclusive com a condenação de alguns deles por associação criminosa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro¹⁴. As empresas integrantes do esquema fraudulento pagavam propina a agentes públicos e altos executivos da Petrobrás. As propinas eram cobradas de acordo com o valor dos contratos superfaturados assinados, na proporção de 1% a 5% do total e distribuída através dos operadores financeiros do esquema, dentre eles, doleiros¹⁵.

Esse escândalo e seus desdobramentos atingiram em cheio a imagem e o valor das ações da empresa Petrolífera, além de reduzir os investimentos e as parcerias com a empresa naquele período (PADULA; ALBUQUERQUE; 2018, p. 411/412). Estudo econométrico realizado pelo TCU – Tribunal de Contas da União – em 2020 aponta que as 24 sociedades empresárias que tiveram sua participação comprovada no cartel revelado pela operação Lava Jato causaram um prejuízo à petrolífera de R\$ 12,3 bilhões, que, em valor atualizado e com juros em 2020 ultrapassam R\$ 18 bilhões¹⁶.

usado. Vide Ministério Público Federal. Entenda o caso da Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹⁴ Dentre os membros da alta administração da sociedade empresária condenados no esquema de corrupção desvendado pela operação Lava Jato, pode-se citar o ex-gerente executivo de serviços, Pedro José Barusco Filho; o ex-diretor de serviços, Renato de Souza Duque; ex-diretor de abastecimento, Paulo Roberto Costa e o ex-diretor internacional Nestor Ceveró, conforme matéria jornalística do Jornal da Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/09/19-fase-da-lava-jato-condena-mais-dez-pessoas-por-desvios-na-petrobras.html>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁵ Vide Ministério Público Federal. Entenda o caso da Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 20 jun. 2022.

¹⁶ Cf. dados divulgados pelo TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-que-cartel-causou-prejuizos-de-r-18-bilhoes-a-petrobras.htm#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20estudo,R%24%2012%20C3%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Como a Petrobras possui ações negociadas na Bolsa de Nova York , o escândalo de corrupção ensejou a abertura de investigações sobre corrupção na sociedade empresária por parte do Departamento de Justiça americano (DOJ – *United States Department of Justice*) e a SEC – *Securities and Exchange Commission* – órgão que regula o mercado de capitais norte-americano, no intuito de verificar se houve ou não o desrespeito às regras financeiras norte-estadunidenses, levando a Petrobras a firmar acordo no valor de US\$ 853 milhões em multas para encerrar as investigações, o que, considerando o valor do acordo e dos impostos incluídos, representou, ao final, um desembolso financeiro equivalente a R\$ 3,6 bilhões¹⁷.

No entanto, a operação Lava Jato, pela forma que realizou o combate às infrações, atingiu diretamente a sociedade empresária e, com ela, o próprio desenvolvimento nacional, principalmente a cadeia de fornecedores da petrolífera. Segundo dados levantados pelo INEEP – Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis Zé Eduardo Dutra – em 2018¹⁸, a operação Lava Jato provocou uma redução de aproximadamente 2,0% do PIB nacional em investimentos da Petrobrás, além da diminuição de cerca de 2,8% do PIB em investimentos das construtoras e empreiteiras e redução superior a R\$ 100 bilhões no faturamento das empresas envolvidas na operação Lava Jato.

Tais reduções nos investimentos tanto da Petrobras quanto das empresas integrantes da cadeia de fornecedores da sociedade empresária tiveram impactos sociais relevantes, principalmente, no número de empregos. O estudo do INEEP identificou que a indústria naval teve uma significativa diminuição no número de trabalhadores empregados, tendo em vista que em 2014 o número de trabalhadores empregados no setor era de 82.472 mil trabalhadores e em 2018 caiu para 29.539.

Diante de tais impactos sociais e econômicos, a operação Lava Jato colocou a discussão sobre corrupção estrutural e a necessidade reformas legislativas no centro do debate político e social, o que impulsionou a aprovação da Lei nº 13.303/2016 e, como forma de fortalecer a imagem da sociedade empresária, forçou a Petrobrás a reestruturar todo o seu programa de compliance haja vista que o compliance existente à época do escândalo era totalmente ineficiente.

¹⁷ Cf. informações extraídas de matéria jornalística realizada pelo Jornal Nacional. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/09/27/petrobras-faz-acordo-bilionario-com-justica-dos-eua-para-encerrar-aco-es.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁸ Disponível em: <https://ineep.org.br/os-impactos-economicos-da-operacao-lava-jato-e-o-desmonte-da-petrobras/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

4. Compliance da Petrobras pré-operação Lava Jato e sua reestruturação

Inicialmente, deve-se destacar que as informações apresentadas para a análise do compliance e da governança da Petrobras em período anterior à reestruturação dos referidos setores da sociedade empresárias a partir da operação Lava Jato, serão extraídas do formulário de referência (FRE)¹⁹ enviados pela petrolífera à CVM – Comissão de Valores Mobiliários.

Isso porquê é importante separar as condutas adotadas pela sociedade empresária, e suas eventuais falhas, para coibir e punir eventuais práticas ilegais, das condutas e articulações lesivas à companhia adotadas por funcionários e membros da alta administração visando favorecimento próprio, inclusive, em detrimento da sociedade empresária.

De acordo com o formulário de referência (FRE/PB 2013, p. 250)²⁰ Petrobras, em 2013 a petrolífera contava com auditoria externa, exercida por sociedade empresária privada, alterada a cada 5 anos, e com auditoria interna, esta última, dentre outras, com a função de coordenar e avaliar atividades de controle e conformidade, inclusive com mitigação de riscos de fraude e de corrupção dentro da sociedade empresária, além de ouvidoria e canal de denúncias para acolher denúncias, críticas e opiniões, assegurando a confidencialidade dos denunciantes (FRE/PB 2013, p. 284).

O relatório também menciona o documento “Diretrizes de Governança Corporativa da Petrobras”, aprovado em 2002 pelo Conselho de Administração e revisado no ano de 2013, que estabelecia orientações para a adoção do modelo de governança corporativa, principalmente quanto à atuação ativa do Conselho de Administração no direcionamento estratégico da petrolífera, a supervisão da gestão dos Diretores e a defesa dos interesses de todos os acionistas (FRE/PB 2013, p. 284).

No entanto, em que pese haver a instalação de todos esses setores e os mesmos entrarem em funcionamento na época da deflagração da Operação Lava Jato, tais controle internos e de governança não se mostraram eficazes, muito em função da indevida interferência de agentes políticos e do próprio acionista controlador na companhia.

¹⁹ O formulário de referência é um documento eletrônico encaminhado à CVM de forma periódica, previsto no art. 21, inciso II, da Instrução CVM nº 480/09 e que consta informações sobre a eficácia dos controles internos, a partir de avaliações realizadas pelas auditorias internas e externas das companhias.

²⁰ Relatório arquivado na CVM em 29 de maio de 2014, conforme a Instrução CVM nº 480 – Anexo 24.

Tal ineficácia é admitida pela sociedade empresária no formulário de referência da Petrobras 2015²¹ ao afirmar que

Em alguns dos nossos processos de contratação, um ou mais ex-dirigentes, em conjunto com terceiros (determinados fornecedores envolvidos em projetos de construção), atuaram no sentido de anular, infringir ou burlar os controles, o que resultou na prática de atos indevidos e contrários aos nossos interesses e políticas. Nossa Administração identificou as seguintes deficiências de controle interno relacionadas com a falha em detectar esses atos que juntos constituem uma deficiência significativa em nosso ambiente de controle: (i) inadequado “tone at the top” com relação a controles internos; (ii) falha na comunicação dos valores éticos previstos no nosso Código de Conduta; e (iii) falha de um programa de denúncia eficaz. (FRE/PB 2015, p. 121)

Dessa forma, a petrolífera aponta no formulário de referência 2015 enviado à CVM, as ineficiências internas encontradas, que contribuíram para a prática de atividades ilícitas dentro da sociedade empresária e elenca as medidas que foram adotadas pela mesma para coibir novas condutas lesivas.

Segundo a FRE/PB (2015, p. 120) o Conselho de Administração aprovou a Política de Gestão de Riscos Empresariais a fim de nortear as iniciativas associadas à gestão de riscos no “Sistema Petrobras”. Além disso, a administração a petrolífera informa que

(...) vem trabalhando para implementar atividades de controle e conformidade, objetivando a redução de riscos de fraude e de corrupção, dentre outros, reportando à alta Administração as ações e resultados em todo o Sistema Petrobras, dentre as quais destacamos: (i) criação do comitê de correição; (ii) ações de comunicação e treinamento; (iii) indicação de agentes de *compliance*; (iv) atendimento a critérios de integridade para os fornecedores; e (v) contratação de canal de denúncia especializado e independente.

De acordo com a sociedade empresária, há um esforço por parte da Administração em adotar medidas corretivas e iniciativas que busquem fortalecer o ambiente de controle interno e melhorar a governança corporativa da companhia, inclusive com a adoção de um “modelo de compartilhamento de decisões no âmbito da Administração” e de novas medidas tendentes a estabelecer uma estrutura de controles sucessivos nas diferentes fases do processo decisório, além de aprofundar a difusão da cultura de compromisso com a ética e a excelência dos controles internos (FRE, 2015, p. 121).

²¹ Relatório arquivado na CVM em 28 de maio de 2016, conforme a Instrução CVM nº 480 – Anexo 24.

Assim, para melhor elucidar as deficiências apontadas pela sociedade empresária e quais medidas foram implementadas pela mesma, no intuito de superar as ineficiências serão apontadas no quadro a seguir:

Quadro 1 – Controles Internos

Anulação de controles pela Administração	
Ineficiências apontadas pela Petrobras	Medidas Implementadas
Inadequado “tone at the top” ²² com relação a controles internos	<ul style="list-style-type: none"> ● <i>Fortalecimento da governança corporativa:</i> <ul style="list-style-type: none"> - Alteração de critérios para inclusão de membros na Alta Administração, estabelecendo processo, critérios e qualificação para indicação de membros do Conselho de Administração, de Diretores e de Dirigentes Executivos, inclusive quanto ao atendimento aos requisitos de integridade estabelecidos. - Modificação - do Estatuto Social para criar novos comitês e permitir a participação de membros externos ao Conselho de Administração. - Fortalecimento do foco de atuação da Diretoria de Governança, Risco e Conformidade na missão de assegurar a conformidade processual e mitigar os riscos em nossas atividades, e na aderência a leis, normas e regulamentos, incluindo as regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e da I.S. Securities and Exchange Commission (SEC) - Revisão das normas e procedimentos de gestão dos projetos de investimento e contratação de bens e serviços. ● <i>Fortalecimento do Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção, no intuito de garantir a conformidade legal e processual e mitigar riscos nas atividades:</i> <ul style="list-style-type: none"> - Criação do Comitê de Correição; - Aprimoramento da atuação das comissões internas de apuração; - Revisão e adequação dos normativos internos;

²² Esta expressão que revela a máxima de que “o exemplo vem de cima”, determinando que para o sucesso de um sistema de compliance e demais mecanismos de integridade dentro da sociedade empresária é necessário que o CEO e diretores, ou seja, a Alta Administração, estejam engajadas e desejam promover os pilares do programa nas atividades práticas da sociedade empresária. Ou seja, é preciso que a Alta administração não apenas estimule os mecanismos de conformidade e integridade, mas que também os pratique. No entanto, em relação à Petrobras, no período da operação Lava Jato, foi identificado um posicionamento ético inadequado na alta direção da empresa com relação aos controles internos, o que, na visão da própria sociedade empresária, contribuiu para a prática de condutas ilegais e antiéticas dentro da petrolífera.

	<ul style="list-style-type: none"> - Inclusão da competência “Conformidade” como parte da avaliação de desempenho e resultados dos funcionários; - Criação de agentes de compliance; - Aumento da divulgação aos empregados do Guia de Brindes, Presentes e Hospitalidade; - Implementação de um procedimento de Due Diligence de Integridade, com base no qual os fornecedores de bens e serviços devem fornecer informações detalhadas sobre a sua estrutura, finanças e mecanismos de conformidade para ser incluído na lista de fornecedores da Petrobras. <p>● <i>Criação da Política de Gestão de Riscos Corporativos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Aprovação da Política de Gestão de Riscos corporativos em 26/06/2015 estabelecendo diretrizes para a gestão de riscos corporativos da Petrobras; - Administração identificou 21 categorias de risco empresariais e nomeou gestores responsáveis pela implantação desta política através de regras e procedimentos para cada risco específico.
Falha na comunicação dos valores éticos previstos no Código de Conduta da Petrobras	<p>● <i>Comunicação dos valores expressos no Código de Ética e no Guia de Conduta:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Comunicação do grande esforço corporativo, sob a liderança da Alta Administração, no sentido de comunicar regularmente os valores éticos através dos meios de comunicação internos, revisar os normativos que suportam esses valores, além de aumentar as nossas ações de divulgação e treinamento, principalmente no que diz respeito ao Código de Ética, ao Guia de conduta e ao Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção para os empregados novos e existentes.
	<p>● <i>Melhoria do canal de denúncia, supervisionado pela Ouvidoria Geral:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Reforço na proteção da confidencialidade do denunciante; - Sigilo e integridade de qualquer informação fornecida; - Rastreabilidade das informações denunciadas e apuradas; - Tratamento da totalidade das denúncias e registro da totalidade dos resultados; - Contratação de canal de denúncia externo, especializado e independente;

Falta de um programa de denúncia eficaz	<ul style="list-style-type: none"> - Nomeação de um Ouvidor Geral por meio de um processo realizado por empresa de recrutamento de executivos, como a uma etapa do processo de reestruturação do canal de denúncia. • <i>Prosseguimento das ações investigatórias cometidas por empregados e ex-empregados, inclusive com compartilhamento de resultados com o Ministério Público e as autoridades dos países onde os fatos relacionados com as investigações ocorreram. Durante 2015:</i> <ul style="list-style-type: none"> - As investigações conduzidas por escritórios de advocacia independentes continuaram; - Manutenção de comitê especial, composto por três membros com experiência notável, dois dos quais são independentes da Petrobras e o terceiro que é o Diretor de Governança, Risco e Conformidade, que atua como um elo entre a investigação e o Conselho de Administração; - Bloqueio cautelar de determinadas empresas acusadas de participação em irregularidades; - Emprego de esforço adicional para recuperação dos prejuízos sofridos em consequência dos atos ilícitos contrários aos nossos interesses e políticas.
---	--

Fonte: RFE/PB 2015

Dessa forma, as medidas implementadas à época do escândalo desvendado pela operação “Lava Jato” se mostraram importantes para reforçar o controle interno da petrolífera e recuperar sua imagem perante os investidores. Ademais, o constante aprimoramento do programa de compliance da petrolífera e as inovações legislativas dos anos seguintes, tendentes a blindar a sociedade empresária e interferências políticas também contribuíram para a eficácia da reestruturação dos controles internos da companhia.

Nesse sentido, de acordo com o Formulário de Referência da Petrobrás (FRE/PB 2021, p. 173/174).

A Política de *Compliance* da Companhia, revisada e aprovada pelo Conselho de Administração em dezembro de 2018 e atualizada em 2020, possui princípios e diretrizes que objetivam descrever e divulgar os compromissos assumidos em relação à promoção dos valores éticos e de transparência na condução dos negócios, com tolerância zero à fraude, à corrupção e à lavagem de dinheiro. A política contribui para a integração e o fortalecimento das iniciativas de *compliance* na Petrobras e suas participações societárias, em consonância com as melhores práticas do mercado, além de caracterizar a aderência às legislações anticorrupção em vigor, sobretudo à Lei nº 12.846/2013, ao Foreign Corrupt Practices Act (FCPA – Lei norte-americana contra

práticas de corrupção no exterior), de 1977, e ao UK Bribery Act (UKBA – Lei do Reino Unido contra o suborno), de 2010.

Em consonância com tal compromisso foi aprovado em 2020 o Código de Conduta e ética, que unificou o Código de Ética e o Guia de Conduta que já existiam na sociedade empresária. O Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC), atual programa de integridade da companhia, foi aprovado pela diretoria executiva e apresenta um conjunto de medidas implementadas de forma integrada, com o fito de prevenir, detectar e corrigir eventuais desvios éticos, como fraude, corrupção e lavagem de dinheiro (FRE 2021, p. 173). Tal programa é destinado tanto à alta administração, como aos colaboradores, clientes, fornecedores, investidores, parceiros, poder público e todos os que, porventura, venham a desenvolver relações de negócios com a petrolífera.

De acordo com o referido formulário (2021, p. 173/174)

O programa é composto por três pilares, que visam reforçar continuamente a ética, a integridade e a transparência em todos os negócios da Petrobras:

- Prevenção: visa identificar, avaliar e mitigar o risco de ocorrência de desvios éticos;
- Detecção: contempla mecanismos capazes de, tempestivamente, identificar e interromper eventual desvio ético que porventura não tenha sido evitado pelas ações de prevenção, possibilitando a responsabilização dos envolvidos;
- Correção: estabelece a responsabilização e a penalidade aplicável a cada caso de desvio ético comprovado, bem como possibilita o aperfeiçoamento das fragilidades que originaram o respectivo desvio e a recuperação de eventuais prejuízos.

Dentre os principais mecanismos de integridade existentes na Companhia, destacam-se: comunicações sob diversas formas (Momento de reflexão sobre Integridade antes do início das reuniões de trabalho e nos eventos institucionais, participação em eventos externos, vídeos e mensagens para a força de trabalho, dentro outros), treinamento sobre temas de ética e integridade; *Due diligence* de Integridade de Contrapartes (DDI); Background Check de Integridade de candidatos a posições-chave (BCI); Canal de Denúncia; Regime Disciplinar; Apurações Internas; Gerenciamento de Riscos de *compliance*, incluindo aqueles relacionados à fraude, corrupção, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo; Guia de Recebimento e Oferecimento de Presentes, Brindes e Hospitalidade; Processo Administrativo de Responsabilização (PAR); Monitoramentos (e-mails, contratos, processos de licitação, listas de sanções, relações de parentesco, nepotismo, dentre outros).

Nesse sentido, a Revisão da OCDE sobre a Governança Corporativa de Empresas Estatais no Brasil (OCDE, 2020, p. 67/68) aponta que a integridades das Empresas Estatais, inclusive a Petrobras, é regulada principalmente por dois atos legislativos, a saber, a Lei nº

12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei nº 13.303/16 (Estatuto das Estatais), tendo esta última, inclusive, estabelecido padrões de governança sobre os quais as sociedades empresárias estatais devem pautar suas ações. Além disso, os membros das referidas sociedades estão sujeitos às sanções da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que define a punição pelo enriquecimento ilícito e eventual prejuízo causado ao erário.

Os ditames da Lei nº 13.303/2016 representaram um importante passo para a melhora na eficiência dos programas de integridade nas sociedades empresárias estatais, tendo em vista a criação, pelo referido diploma legal, de normas de prevenção a atos de corrupção por meio da imposição de novos padrões nas estatais embasados em 3 pilares principais: controle e gestão de riscos, transparência e governança.

De acordo como o documento elaborado pela OCDE (OCDE, 2020, p. 68), a Lei das Estatais teve como principais resultados

(...) is the obligation of SOEs to have an Integrity Programme, as stated by article 9, paragraph 1. This is something that was already present in the Anti Corruption Law, supplemented by Decree nº. 8.420/2015, but in this case it was not mandatory – the Anticorruption Law determined that companies with Integrity Programmes would have the right to milder sanctions. This is a specific compliance-oriented measure, including provisions on internal mechanisms and procedures of integrity, auditing, enforcement of codes of ethics and conduct and incentive to whistleblowing. The goal of this policy is to prevent, detect and remedy fraud, embezzlement and other irregular and illegal conducts.

Sendo assim, a Lei nº 13.303/2016²³, com o objetivo de elevar a integridade e a governança das sociedades empresárias estatais, determina a obrigatoriedade de implementação de programas de compliance e códigos de conduta, exigindo que conste, inclusive, canal de denúncias, mecanismos de proteção para quem utiliza o canal de denúncias, sanções em caso

²³ Cf. art. 9º, parágrafo 1º da Lei 13.303/2016. Deverá se elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

- I – princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
- II – instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
- III – canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
- IV – mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
- V – sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
- VI – previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

de violação às regras de conduta e integridade, treinamento periódico de empregados e administradores, etc.

No entanto, a OCDE (2020, p. 147), em que pese reconhecer os importantes avanços na governança nas empresas públicas após a edição da Lei das Estatais, limitando a possibilidade de patrocínio político nos conselhos de administração destas sociedades empresárias, ao estabelecer que ao menos 25% dos conselheiros sejam independentes²⁴, além de exigir a criação de um comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros indicados para o Conselho de Administração²⁵, ainda assim, a nova legislação não abordou todas as vulnerabilidades na governança corporativa das estatais brasileiras. A OCDE, em seu relatório, destaca, ainda, que o resultado positivo da governança corporativa das estatais dependerá, principalmente, da implementação efetiva e prática das normas constantes na Lei das Estatais nas sociedades empresárias controladas pelo Estado.

Ademais, a nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133/2021, reforça a necessidade da adoção de programas de compliance efetivos dentro das sociedades empresárias, tanto que a lei traz dispositivos que estimulam os futuros licitantes e contratantes com o Poder Público a não só implementarem programas de compliance, como também a aperfeiçoarem seus programas, caso os possuam, como forma de coibir o cometimento de ilícitos penais, como suborno e fraude, por exemplo.

Nesse sentido, a nova lei de licitações determina a obrigatoriedade de programas de compliance nas empresas com contratos de grande vulto²⁶ com a administração pública e, na hipótese de a sociedade empresária licitante vencedora não possuir programa de integridade, a lei determina um prazo de seis meses antes da contratação para que ele seja implementado, de acordo com o art. 25, § 4º da Lei n 14.133/2021, além de a existência de um programa de compliance ser um dos critérios de desempate entre propostas dos licitantes (art. 60, IV da Lei nº 14.133/2021).

Por fim, tanto a Lei nº 14.133/2021 (art. 156, § 1º, V) quanto a Lei nº 12.846/2013 (art. 7º, VIII) determinam que a existência ou o aperfeiçoamento de programas de integridade devem

²⁴ Cf. Art. 22, Lei 13.303/2016.

²⁵ Cf. 10, Lei 13.303/2016.

²⁶ Segundo o art. 6º da Lei 14.133/21, considera-se contrato de grande vulto aqueles cujo valor estimado supera duzentos milhões de reais.

considerados na aplicação das sanções impostas tanto pela nova lei de licitação quanto pela lei anticorrupção.

Dessa forma, é extremamente relevante para as sociedades empresárias, não apenas para as sociedades empresárias controladas pela União a implementação de um programa de compliance efetivo, tanto para coibir condutas ilegais e antiéticas, quanto para, na eventualidade da prática de tais condutas, haver certa mitigação da sanção que porventura vier a ser aplicada à sociedade empresária.

No entanto, para que se possa criar, verdadeiramente, uma cultura de compliance nas sociedades empresárias, é preciso que haja um forte comprometimento da Alta Administração. Segundo adverte Maeda (2013, p. 182)

Talvez o principal fator para o sucesso de qualquer programa de *compliance*, especialmente em matéria de anticorrupção, seja o suporte e o comprometimento da alta administração da empresa a uma postura de não tolerância a violações de conduta.

Dessa forma, é necessário que as empresas empreguem maiores esforços, e investimentos, na comunicação, divulgação e treinamento de seus funcionários e em todos os níveis, para que a código de ética da companhia alcance real efetividade e crie uma cultura em “em torno dos valores de compliance” (SOUZA; FILARDI; IRIGARAY; 2020, p. 161).

Além disso, é de extrema importância que a Alta Administração da sociedade empresária não apenas transmita, de forma clara, precisa e constante, a mensagem quanto à necessidade do cumprimento das normas éticas e legais para a boa imagem da companhia, mas que também pautar sua conduta nesses princípios para que ela sirva de exemplo do comprometimento pleno da sociedade empresária com a realização de negócios embasados nos mais sólidos princípios de compliance (Maeda, 2013, p. 182).

5. Conclusão

O complexo esquema de corrupção e lavagem de dinheiro desvendado pela operação “Lava Jato” em 2014 acarretou a prisão de membros da Alta Administração da Petrobras e atingiu em cheio a imagem da petrolífera perante seus investidores, além de acarretar o desdobramento de diversas investigações internacionais, resultando em perda de capital e prejuízos econômicos e sociais para o Brasil, dada a importância que a Petrobras para o mercado brasileiro.

A partir das evidências obtidas nas investigações das diversas fases da operação Lava Jato, a administração da petrolífera identificou que determinadas decisões tomadas no entre 2004 e 2012 não estavam em conformidade com os controles internos existentes para o processo de contratação de serviços, tendo, inclusive, identificado a participação de um ou mais ex-dirigentes, em conjunto com terceiros (em regra, fornecedores envolvidos em projetos de construção) com o intuito de anular, infringir ou burlar os controles existentes à época, controles estes que se mostraram ineficientes e permitiram a prática, reiterada, e por um longo período de tempo, de atos lesivos à companhia.

Dessa forma, foi necessária a adoção de medidas corretivas e várias iniciativas para fortalecer o ambiente de controle, principalmente, o controle interno da Petrobras, como o fortalecimento da governança corporativa, a comunicação mais intensa perante os empregados e a alta administração dos valores expressos no Código de Ética e no Guia de Conduta da sociedade empresária, o fortalecimento do programa de prevenção à corrupção, a melhoria do canal de denúncias, a criação da política de gestão de riscos corporativos, dentre outros.

Ademais, inovações legislativas também contribuíram para o fortalecimento ou mesmo implementação de programas de compliance não apenas das sociedades empresárias controladas pela União (Lei nº 13.303/2016), mas também das sociedades empresárias que pretendam contratar com o Poder Público, participando de processos licitatórios (Lei nº 14.133/21). Além disso, a existência de programas de compliance nas sociedades empresárias, públicas ou não, por força de lei, devem ser levadas em consideração quando da aplicação de sanções por eventuais práticas ilícitas (Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 14.133/2021), atenuando a responsabilidade da sociedade empresária.

No entanto, deve-se apontar que para que qualquer programa de integridade e de anticorrupção seja efetivo e, de fato, proteja as sociedades empresárias de incidentes de fraude nas contratações e subornos, deve haver o pleno comprometimento da alta administração da companhia. Tanto a alta administração quanto os empregados da sociedade empresária devem estar engajados e agirem para promover os pilares do programa de integridade nas atividades práticas da companhia. Ou seja, é preciso que a Alta administração não apenas estimule os mecanismos de conformidade e integridade, mas que também os pratique.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850/2013, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.608/2018, de 10 de janeiro de 2018**. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para promover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016**. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8945.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

CALDEIRA, Marcos; DUFLOTH, Simone Cristina. **A lei das estatais e as diretrizes internacionais: convergências para o estado da arte em integridade, compliance e anticorrupção**. EBAPE, v. 19, Edição Especial, Rio de Janeiro, nov. 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. **Instrução CVM 480, de 7 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst480.html>. Acesso em: 05 set. 2022.

JORNAL NACIONAL. **Petrobras faz acordo bilionários com Justiça dos EUA para encerrar ações.** 27 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/09/27/petrobras-faz-acordo-bilionario-com-justica-dos-eua-para-encerrar-aco.es.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais.** In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de Anticorrupção & Compliance. São Paulo: Elsevier, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso da Lava Jato.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 05 ago. 2022.

MELO, Hildegardo Pedro Araújo de; LIMA, Adilson Celestino de. **Da formalidade prescrita à cultura de integridade: escala de intensidade *compliance* como resposta às fraudes e riscos regulatórios no Brasil.** Revista Ambiente Contábil – UFRN, Natal, v. 11, n. 11, jan/jun. 2019.

MURPHY, Andrea; CONTRERAS, Isabel. **Forbes Global 2000: veja quais são as maiores empresas do mundo em 2022.** 12 mai. 2022. Revista Forbes Money. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/05/forbes-global-2000-veja-quais-sao-as-maiores-empresas-do-mundo-em-2022/>. Acesso em: 28 jul. 2022. Acesso em: 28 jul. 2022.

NOZAKI, William. **Os impactos econômicos da Operação Lava Jato e o desmonte da Petrobras.** INEEP – Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis Zé Eduardo Dutra. 27 ago. 2018. Disponível em: <https://ineep.org.br/os-impactos-economicos-da-operacao-lava-jato-e-o-desmonte-da-petrobras/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

OCDE. 14 dez. 2020. **OECD Review of the corporate governance of State-Owned Enterprises BRAZIL.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/SOE-Review-Brazil.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2022.

PADULA, Ana Julia Akaishi; ALBUQUERQUE, Pedro Henrique Melo. **Corrupção governamental no mercado de capitais: um estudo acerca da operação Lava Jato**. Revista de Administração de Empresas, v. 58, n. 4, jul/ago. 2018.

PETROBRAS. **Estatuto Social do Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras**. Disponível em: <https://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2022.

PETROBRAS. **Relatório de Referência 2013**. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/relatorios-anuaiscentral-de-downloads/517a426573c37b1a9be09d2136332fcdceda706176a738772d3264cd5d386548/formulario_de_referencia_2013.pdf. Acesso em: 05 set. 2022.

PETROBRAS. **Relatório de Referência 2015**. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/relatorios-anuaiscentral-de-downloads/3ceaab5319e21710032f14f18f09641929876d9502a0a65be6965b1319f9dd2e/formulario_de_referencia_2015.pdf. Acesso em: 05 set. 2022.

PETROBRAS. **Relatório de Referência 2021**. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/6df2185f-5c5f-77e6-8fd5-0b8ce8975202?origin=1>. Acesso em: 05 set. 2022.

ROCHA, Marcelo. **Mais de dez pessoas são condenadas por esquema de desvios na Petrobras**. Jornal da Globo. Curitiba, 22 set. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/09/19-fase-da-lava-jato-condena-mais-dez-pessoas-por-desvios-na-petrobras.html>. Acesso em: 20 ago. 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito Penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: LiberArs, 2022.

SOUZA, Thais Rocha de; FILARDI, Fernando; IRIGARAY, Helio Arthur. **Compliance no setor de óleo e gás na percepção dos gestores**. Revista Eletrônica de Estratégias & Negócios, Florianópolis, v. 13, n. 2, mai./ago. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **TCU aponta que cartel causou prejuízos de R\$ 18 bilhões à Petrobrás**. 22 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-que-cartel-causou-prejuizos-de-r-18-bilhoes-a-petrobras.htm#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20estudo,R%24%2012%20C3%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 20 ago. 2022.

Interações entre o Ministério Público e a sociedade civil: esboço de uma
tipologia
Interactions between the Prosecution's Office and civil society: outline of a
typology ¹

Mario Luis Grangeia²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo analisa possibilidades correntes de interação entre o Ministério Público e a sociedade civil a partir de estudos de caso: três alianças entre o MP Federal e ONGs para efetivar o direito à acessibilidade, educação inclusiva e contra violações de direitos humanos na internet; e balanços dos GTs Educação e Saúde do MPF. Esboça-se aqui uma tipologia de interações entre o MP e organizações da sociedade civil em torno de duas variáveis-chave: foco de atuação (judicial ou extrajudicial) e grau de formalização. Tal abordagem é retomada à luz das trajetórias dos dois grupos do MPF. Por fim, são destacadas oportunidades e limites para essas novas relações entre Estado e sociedade civil.

Palavras-chave: Ministério Público. Sociedade Civil. Relações Estado-sociedade. Cidadania.

Abstract: The article analyses current possibilities of interaction between Public Prosecution Service and civil society based on case studies: three alliances between the Federal PS (MPF in local acronym) and NGOs to enforce the right to accessibility, inclusive education and against human rights violations on the internet; and balance of MPF's Education and Health Working Groups. I outlined a typology of interactions between MP and civil society organizations around two key variables: focus of action (judicial or extrajudicial) and degree of formalization. This

¹ Texto com 1ª versão debatida a convite da Corregedoria Nacional do MP no 6º Congresso Bras. de Gestão do MP (2017). Agradeço trocas de ideia na mesa *A interação entre o Ministério Público e a sociedade organizada*.

² Professor Colaborador da Escola Superior do MPU/ESMPU; Albert Hirschman Centre on Democracy, no Geneva Graduate Institute, pesquisador associado; Doutor em Sociologia [UFRJ] e autor de trabalhos sobre cidadania e cultura

original approach is taken up in the light of the trajectories of the two MPF's WGs. Finally, opportunities and limits for these new relations between state and civil society are highlighted.

Keywords: Prosecution Service. Civil Society. State-society relations. Citizenship.

1. Introdução

O Ministério Público, a sociedade civil e suas relações têm se renovado nas últimas três décadas. O MP obteve autonomia funcional com a atual Constituição, que o incumbiu de fiscalizar a lei em prol da sociedade – e não mais do Estado – e reafirmou instrumentos alheios à persecução criminal: os inquéritos e ações civis públicas, úteis à defesa de direitos irrenunciáveis, como saúde e educação. Já a sociedade civil se tornou mais atuante, articulada e demandante de direitos e controle de ações estatais e do mercado, notável na sua aproximação ao Estado. Desde 1988, com direitos ampliados, políticas descentralizadas e novos canais de participação, os entes estatais se tornaram mais atraentes às organizações civis para atender uma vasta pauta de pleitos.

Como a mobilização e a articulação entre MP e sociedade civil podem contribuir efetivamente para a consolidação da cidadania no Brasil? A questão, inserida numa tradição de análises da sociologia política sobre o significado da cidadania, é explorada por este estudo, que pretende ainda:

- sumarizar virtudes e vícios do MP e da sociedade civil para efetivar direitos;
- analisar casos concretos de interação entre MP e sociedade civil; e
- identificar oportunidades e limites desses enlacs Estado-sociedade.

Primeiro, estudaram-se alianças entre MPF e três ONGs defensoras de direitos civis e sociais. Entrevistas com procuradores e dirigentes das ONGs complementaram a leitura de autos judiciais, peças de investigação e outros documentos. Para obter hipóteses consistentes, foram escolhidas alianças que, com estratégias distintas, interpelaram infratores da lei que não questionaram a legalidade das causas.¹

¹ Para leitura mais detalhada dos casos, ver artigo sobre dois deles (Grangeia, 2012) ou os três (Grangeia, 2013).

Outra questão se impõe para, ao fim do estudo, convergir com a referida inicialmente: quais os critérios, prioridades e estratégias da defesa de direitos sociais pelo MP e sociedade civil?

A questão costuma ser vinculada a fatores como a pulverização do poder do MP em milhares de autoridades e o vácuo de leis e parâmetros até mesmo de governos. Pontos assim são debatidos adiante com base em outros dois estudos de caso, feitos a partir da análise atenta de mais de 60 documentos e publicações oficiais, entre relatórios anuais da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, a PFDC (desde 2001), resoluções de encontros de procuradores (após 1998) e atas de reuniões de GTs:² *GT Educação*, iniciado com o curso interno “Educação como direito humano” e hoje com o projeto MPEduc em 200 municípios; e *GT Saúde*, cujos primeiros resultados incluíam os manuais de atuação “Medicamentos excepcionais” e “Financiamento da saúde” e que amplia seus diálogos internos e com a sociedade civil.

As seções focalizam os estudos de caso, expondo seus resultados e conclusões. Por fim, retomo suas implicações para frisar oportunidades e limites das interações entre o MP e a sociedade civil.

2. Três parcerias entre o MPF e ONGs

As parcerias estudadas uniram MPF e ONGs defensoras da acessibilidade, educação inclusiva e internet mais segura. Esses casos ilustram os diferentes focos de atuação (judicial ou extrajudicial) e formalidade (formal ou informal), que se revelam variáveis-chave nas relações MP-sociedade civil.

² Estudo mais aprofundado dos GTs Educação e Saúde do MPF consta em outro artigo (Grangeia, 2017).

2.1 Acessibilidade de edifícios públicos no Rio de Janeiro

O Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD) processou a União, o Estado e o Município do Rio de Janeiro para tornarem acessíveis seus prédios na cidade. O MPF aderiu como coautor da ação e os réus foram condenados.

(A) Antecedentes da articulação entre MP e sociedade civil

- Decreto Federal 5.296/04: acessibilidade de prédios públicos até junho/2007
- IBDD move ACP contra União, Estado e Município do Rio (junho/2007)
- em liminar, 6ª VF-Rio dá um ano para cumprir lei (agosto/2007)
- Justiça requer parecer ao MPF, que conduz IC sobre descumprimento da lei

(B) Interlocução entre MP e sociedade civil

- IBDD e MPF reúnem-se para discutir inquérito e processo com Crea/RJ (set./2007)
- Audiência judicial: MPF torna-se coautor de ação e liminar é confirmada (nov./2007)
- + 3 audiências em 2008: réus comunicam medidas adotadas para cumprirem liminar

(C) Resultados dessa interação

- alegação de ilegitimidade do IBDD como autor da ação é rejeitada
- inexistência de objeção ao direito à acessibilidade a prédios públicos
- réus: 1 ano para adaptações, multa diária R\$10 mil/prédio inacessível
- prevê 4 reuniões de acompanhamento de obras dos réus com o MPF

(D) Considerações sobre o caso

- ex. alta de ações de assoc. civis ⇔ + recursos organizacionais (Vianna e Burgos, 2005)
- contrapõe-se a tese de Arantes (2002): MP substituindo sociedade civil

→ complementaridade: MP tem estrutura/experiência na Justiça, sem desenvoltura fora

IBDD: conhecimento de causa e agilidade, sem dados e verbas

2.2 Inclusão escolar de alunos com deficiência

O MPF e a Escola de Gente cooperaram em capacitações e publicações para difundir a interpretação constitucional pela igualdade de condições de acesso e permanência na escola regular.

(A) Antecedentes da articulação entre MP e sociedade civil

- Decreto Federal 3.956/2001: ratifica Convenção da Guatemala, de 1999
 - Procuradora MPF/SP e fundadora EdG participam de evento em 2002
-

(B) Interlocução entre MP e sociedade civil

- Criação do Encontro da Mídia Legal, por EdG com procuradora (2002)
 - Consultorias informais da procuradora à EdG e no sentido oposto (2002-)
 - Inquérito civil com MP/SP: acesso de alunos com deficiência ao ensino regular (2002)
-

(C) Resultados dessa interação

- Cartilha “O acesso de alunos com deficiência (...)” (2004, MPF edita e MEC distribui)
 - Capacitações (Encontros da Mídia Legal), divulgação de campanha da ESMPU (2006)
-

(D) Considerações sobre o caso

- Inquérito civil arquivado ⇔ cartilha + nova política MEC + ratificação Conv. ONU (2008)
 - Recomendações: MEC (docs. anti-educação inclusiva), I.E.S. (inst. acessíveis)
 - Educação inclusiva divulgada sem ir até Justiça: eventos, manuais, campanha
-

2.3 Combate à pedofilia e discriminação online

O MPF e a Safenet ampliaram coleta de denúncias de crimes virtuais, rastreamento divulgadores de pornografia infantojuvenil e já capacitaram centenas de educadores.

(A) Antecedentes da articulação entre MP e sociedade civil

- Representação ao MPF/SP: comunidades Orkut violando DDHH (fev./2006)
 - Reunião MPF + Google, que aceita colaborar, entregando provas de crimes
 - Durante negociações: sigilo quebrado 10 comunidades > repressão usuários
 - Relatório SaferNet: lido no MPF com ponto de partida novas apurações
-

(B) Interlocução entre MP e sociedade civil

- MPF/SP e SaferNet assinam acordo de cooperação (março/2006)
 - Central denúncias SaferNet: usada pelo MPF/SP, outras unidades MPF e MP/RJ
 - TAC MPF/SaferNet + Google (via CPI) ⇔ quebra sigilo de álbuns fotos (2008)
-

(C) Resultados dessa interação

- Denúncias e inquéritos se multiplicam: ex. 1.500-2.000 den. SP (início/2010)
 - Op. Turko (mai./2009) > usuários Orkut, após Lei 11.829/08 (penas + altas)
 - Oficinas para educadores: uso responsável e seguro da internet (MPF + ONG)
-




(D) Considerações sobre o caso

- “principal avanço se deve à CPI da Pedofilia; antes, legislação era bem precária”
 - repressão (ex. operações) conjugada com prevenção (oficinas para escolas)
 - Aliança nem sempre fluiu como se esperava (termo SP: rescindido em 2010)
-

2.4 Três interações MPF-ONGs: um resumo

As alianças estudadas diferem pelas motivações, dinâmicas, resultados e o diferencial da ONG para os procuradores, o que é esclarecedor, pois as organizações civis são muito heterogêneas (v. *fig. 1*).

Figura 1. Quadro resumo das parcerias estudadas

Casos estudados	Iniciativa da interlocução	Modos de interação	Diferencial da ONG	Resultados da parceria
	ONG (tentativa frustrada de reunião) + Justiça (MPF co-autor da ação)	Judicialização da política	Obtidos dados sobre prédios sem acessibilidade	Poder público condenado a cumprir lei
	ONG (cooperação para evento) e, depois, MP (ajuda num inquérito)	Atuação fora do Judiciário	Consultoria sobre educação inclusiva	Eventos, publicações e resistências
	ONG (denúncias sobre comunidades e perfis criminosos do Crkut)	Extrajudicial + via Justiça	Centraliza queixas sobre violações de direitos humanos	Criminosos presos, nova lei e prevenção

A) Iniciativa da interlocução

A cooperação foi buscada pelas ONGs nos três casos. A pesquisa suscitou hipóteses prováveis e não excludentes para essa demanda partir da sociedade civil: *autocrítica/ estratégia das ONGs*: buscam o apoio do MP por diferenciais como saber jurídico e poder investigatório; *insulamento do MP*: seus membros focalizariam apenas os documentos e processos que transitam nos gabinetes; e *ceticismo no MP*: hesita-se em atuar com instituições cuja origem, missão ou financiamento são menos conhecidos. A tipologia “promotor de gabinete” vs. “promotor de fatos” (Silva, 2001) sugere insulamento e ceticismo.

B) Modos de interação

A convergência entre MP e ONGs pode ter, grosso modo, três encaminhamentos: via Judiciário; fora dos tribunais; e em ambos os rumos, como os três casos exemplificam.

C) Diferencial da ONG

As ONGs dispõem de uma mão de obra capacitada e com conhecimento específico e diferem a princípio do MP por contar com pessoas comprometidas a uma causa (a “paixão do tema”, segundo uma procuradora). Os casos permitem questionar a tese de Arantes (2002) de um substitucionismo da sociedade civil pelo MP, pois seus papéis seriam complementares, e não excludentes.

D) Resultados da parceria

Aspecto menos sujeito a comparações, os resultados das alianças são úteis a um painel de possíveis efeitos de uniões entre MP e ONGs. Foram estudados desdobramentos como a condenação dos três níveis da administração pública (1º caso), eventos e publicações especializadas (2º) e a repressão e prevenção de crimes pela internet (3º). Duas vantagens da atuação conjunta citadas por Macedo Jr. (1999) são aqui corroboradas: (i) a redução dos custos e riscos nas fases de investigação e judicialização; e (ii) a conexão útil ao informante (ONG) e ao informado (MP).

3. Dois grupos de trabalho do MPF

3.1 GT Educação: a partir de 2001

Menos de um mês se passou entre a proposta de criar um GT Educação, no encontro dos procuradores dos Direitos do Cidadão de 2001, até a portaria que o instituiu. O grupo com 17 membros tinha cinco metas: adotar iniciativas junto ao governo federal para a Década das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos (1995-2004); estudar garantias ao acesso ao ensino público; agir pela inclusão escolar das pessoas com deficiência; assegurar a qualidade do ensino em todos os níveis; e fiscalizar o uso de recursos e programas federais. Um diagnóstico da política nacional de educação, do acesso e qualidade do ensino e da gestão de recursos públicos era a meta inicial do GT, que propôs à ESMPU o curso “Educação como direito humano”, para se capacitar, e escalou membros para estudarem legislações e jurisprudências sobre ensino superior e verbas da educação. As prioridades foram variando:

Quadro 1. GT Educação: temas prioritários (2001-2020)

Período	Temas prioritários
2001-02	– Programas e recursos federais para ensino básico; e – Ensino superior
2003	– Fundações de apoio; – Poder de polícia do Ministério da Educação; – Filantropia; e – Qualidade do ensino básico e equalização do acesso.
2006-07	– Fundeb;

	<ul style="list-style-type: none"> – Novas disciplinas (Filosofia, Sociologia, História e cultura afro-brasileira); – Capacitação de professores em educação inclusiva; – Cotas nas universidades; Bolsa Família; – Vestibulinhos.
2008-09	<ul style="list-style-type: none"> – Política nacional de educação do adolescente em conflito com a lei; – Recursos constitucionais para educação (DRU); – Novas disciplinas e educação inclusiva.
2009-10	<ul style="list-style-type: none"> – Capacitação docente para novas disciplinas; – Bolsa Família; – Diplomas médicos estrangeiros; – Cartilha eletrônica; – Ensino a distância; – Seleção de pós-graduação; – Colégios militares; – Política educacional para jovem em conflito com lei/Sinase.
2011	<ul style="list-style-type: none"> – Instituições federais de ensino; – Instituições privadas de ensino superior; – Programas do FNDE; – Avaliações como o Exame Nacional do Ensino Médio.
2012	<ul style="list-style-type: none"> – Ensino de história e cultura afro-brasileira e indígena; – Acesso à informação de políticas educacionais; – Fiscalização do ENEM.
2013-15	<ul style="list-style-type: none"> – Ministério Público pela Educação (MPEduc, lançado em 2014); – Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).
2016-2020*	<ul style="list-style-type: none"> – Acesso democrático e isonômico a cursos de pós-graduação; – Cobrança de valores em Colégios Militares e outras instituições oficiais; – Educação profissionalizante para adolescentes em conflito com a lei; – Capacitação de professores de Filosofia, Sociologia, História e cultura afro-brasileira e indígena e Educação ambiental; – Adesão ao sistema educacional de beneficiários do Bolsa Família; – Revalidação dos diplomas de médicos formados em Cuba; e

	– Qualidade do ensino universitário, incluindo ensino a distância..
--	---

* Renomeado como GT Educação em Direitos Humanos

Fontes: elaboração própria baseada em Relatórios PFDCs, resoluções dos ENPDCs e atas de reuniões do GT.

3.2 GT Saúde: a partir de 2003

O GT Saúde foi concebido, em evento de procuradores em 2003, com três razões: capacitar membros do MP a acompanharem políticas públicas, inclusive a execução orçamentária da União; qualificar estratégias do órgão para a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS); e assumir o papel do MP no processo. Quatro eixos norteariam a atuação: financiamento; controle social; descentralização; e acesso e qualidade. Os primeiros planos incluíam estudar a legislação e jurisprudência sobre a saúde e levantar uma série de entidades da área e materiais de interesse. Suas prioridades também se alteraram:

Quadro 2. GT Saúde: temas prioritários (2003-2016)

Período	Temas prioritários
2003	– Financiamento; – Controle social; – Descentralização; – Acesso e qualidade.
2004-05	– Acesso a medicamentos excepcionais; – Cumprimento da EC n. 29/2000.
2006-07	– Medicamentos excepcionais; – Financiamento à saúde; – Terceirização do SUS; – Ética em pesquisas em seres humanos; – Saúde mental.
2008-09	– Estrutura do Ministério da Saúde; – Ações visando Objetivos do Milênio/ONU (menor mortalidade infantil, saúde materna melhor e eliminação da hanseníase).
2010-11	– Acompanhamento de Objetivos do Milênio; – Acesso a medicamentos excepcionais; – Atualização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.
2012	– Financiamento da saúde;

	– Legalidade da Empresa Bras. de Serviços Hospitalares.
2013	– Saúde materna; – Mortalidade infantil; – Eliminação da hanseníase; – Assistência farmacêutica; – Saúde mental; – Programa Mais Médicos.
2014-15	– Incorporação de medicamentos ao SUS; – Financiamento do SUS; – Mortalidade materna e infantil.
2016	– Planos de saúde acessíveis; – Ingresso irrestrito de capital estrangeiro na saúde.

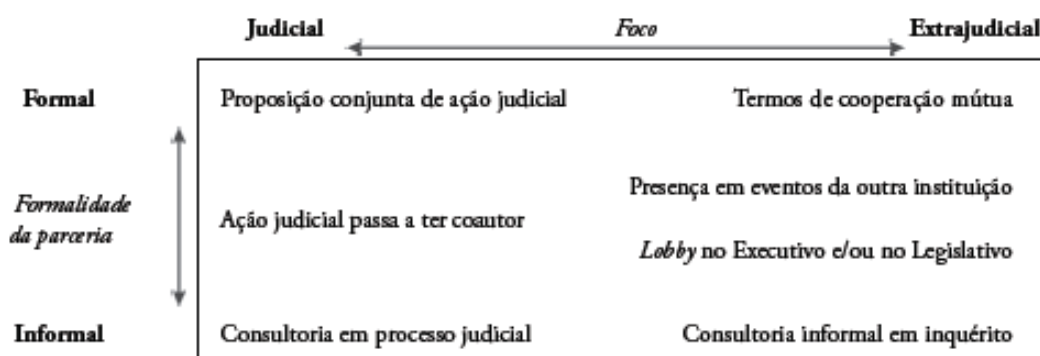
Fontes: elaboração própria baseada em Relatórios PFDCs, resoluções dos ENPDCs e atas de reuniões do GT.

4. Conclusão

A trajetória brasileira da cidadania (passiva e privada, na tipologia de Turner, 2000) contrasta com a vocalizada pela sociedade civil e pelo MP (ativa e pública). Tal oposição foi uma hipótese deste estudo, mas foi comprovada pelos dados colhidos.

Que oportunidades e limites estão em jogo nas interações entre MP e sociedade civil? Para tratar desses aspectos, recorri de forma bem livre ao modelo de Tilly (1978) para ação coletiva. Componentes da ação coletiva em Tilly – interesses, organização, mobilização e oportunidade – foram percebidos nos três primeiros casos, o que levou à identificação dos repertórios de interação entre MP e sociedade civil:

Figura 2. Repertórios de interação entre MP e sociedade civil



Fonte: Grangeia, 2013, p. 91

O repertório de ação coletiva inclui apenas um conjunto de alternativas, costuma variar devagar e parece óbvio e natural aos envolvidos (Tilly, 1978). Para o diagnóstico feito, partiu-se de dois aspectos relevantes às dinâmicas e resultados das alianças: seu foco (judicial ou extrajudicial) e sua formalização. Tal abordagem parece oportuna para futuras pesquisas sobre as relações entre o MP e a sociedade civil, que podem se valer ainda de dados quantitativos sobre instrumentos como ações civis públicas e TACs.

Já os estudos dos GTs Educação e Saúde, da PFDC, evidenciam que não basta conciliar a atuação proativa pela efetivação de direitos com as garantias a indivíduos e ao processo legal – cisão interna frisada por estudiosos do MP. Quanto à proatividade na efetivação de direitos, há dissensos até naturais sobre os fins e ainda mais sobre os meios. Um desafio dos procuradores é equilibrar bem os princípios da independência funcional e da unidade para não haver desarticulação, por se privilegiar sua independência, nem inibir a autonomia, por se priorizar a defesa da unidade.

A análise das defesas dos direitos à educação e saúde pelos GTs da PFDC põe em relevo desde a ruptura na curva de aprendizado, como a inatividade do GT Educação por três anos (2003-2006), até a persistência de pautas como o acesso a medicamentos excepcionais e o financiamento do SUS. Um GT se desenvolveu a partir de uma capacitação interna até uma conscientização externa do direito à educação; o outro se consolidou por distintos esforços de coordenação, como os manuais de atuação e levantamentos de inquéritos e ações, entre outras medidas. Relatórios, atas de reuniões e outros materiais analisados foram esclarecedores quanto a critérios, prioridades e estratégias de defesa de direitos sociais.

As prioridades identificadas, por sinal, têm claro diálogo com pautas caras à sociedade civil, mas resta verificar se essa interlocução tão evidente na teoria se concretiza na realidade. Uma proposta que se pode fazer aqui é avaliar possíveis cruzamentos entre as prioridades das tabelas 1 e 2, por exemplo, com repertórios de interação expostos na tab. 2. Se há pontos de tangência, por que não suscitar tais diálogos?

Em resposta a questionamentos sobre a legitimidade da intervenção do MP em certas causas, é imprescindível, como demonstram os históricos dos grupos de trabalho, a especialização dos membros da instituição, por meio de cursos, intercâmbios com especialistas, estudos, manuais de atuação etc. A iniciativa pode se legitimar ainda via interações com a

sociedade civil (ONGs, por exemplo), no âmbito judicial ou extrajudicial e com menor ou maior formalidade, e com o Estado, como o MPEduc retrata com órgãos voltados à educação. As agendas em aberto dos GTs Educação e Saúde no ENPDC 2015 poderiam sinalizar duas propensões: disponibilidade a trocas com outros atores da área; ou prática sem alicerces teóricos alheios ao Direito. Pelos métodos usados nesses estudos de caso, é difícil avaliar qual hipótese seria mais válida aqui: se a pauta em aberto como uma virtude, caso se vincule à participação social, ou como vício, caso exprima um risco bem enunciado pelo educador Paulo Freire (1996, p. 25): “A teoria sem a prática vira ‘verbalismo’, assim como a prática sem teoria vira ativismo. No entanto, quando se une a prática com a teoria tem-se a práxis, a ação criadora e modificadora da realidade.”

5. Referências bibliográficas

ARANTES, Rogério B. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002.

FREIRE, Paulo. **A pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GRANGEIA, Mario L. Ministério Público e ONGs em parceria pela acessibilidade e pela educação inclusiva. **Boletim Científico ESMPU**. 11, 37, 2012. p. 187-224.

_____. Três parcerias do Ministério Público com ONGs: novos diálogos entre Estado e sociedade. **Política & Sociedade**, 12, 23, 2013, 67-95.

_____. Entre gabinetes e fatos: Ministério Público Federal e direitos à educação e saúde. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**. 9, 18, 2017, p. 116-136. DOI: 10.14295/rbhcs.v9i18.428

MACEDO Jr., Ronaldo P. “O quarto poder e o terceiro setor: o Ministério Público e as organizações não governamentais sem fins lucrativos – estratégias para o futuro”. In: Vigliar, J. M.; Macedo Jr., Ronaldo P. (coord.) **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 248-263.

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

TILLY, Charles **From mobilization to revolution**. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1978.

TURNER, Bryan S. **Citizenship and Social Theory**. London: Sage, 2000.

VIANNA, Luiz W.; BURGOS, Marcelo. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. 48, 4, 2005. p. 777-843. DOI: 10.1590/S0011-52582005000400003

6. Outras fontes

Entrevistas com 4 procuradoras (RJ e SP) e 3 dirigentes (IBDD, Escola de Gente e Safernet); Autos de processos 20075101014989-6 e 20105101007108-0, na JF/RJ (dir. à acessibilidade); Relatórios anuais da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (RPFDCs), desde 2001; Resoluções de Encontros Nacionais de Procuradores de Direitos do Cidadão, desde 1998; e Atas de reuniões e Notas Técnicas dos GTs Educação e Saúde.

Direito penal da globalização: as estratégias de compliance, o confisco de vantagens e os aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa coletiva

Criminal law of globalization: compliance strategies, advantage forfeiture and the procedural aspects of corporate criminal liability

Mário Ferreira Monte - Entrevista

Mário Ferreira Monte¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Entrevista concedida ao Coordenador Científico do CPJM, Prof. Artur Gueiros, onde são enfrentadas questões relacionadas com o Direito Penal da Globalização e a transnacionalização dos crimes econômicos, em especial a relação entre os institutos do *Civil Law* e da *Common Law*, a eficácia preventiva dos programas de compliance, a regulação penal e processual da responsabilidade penal da pessoa coletiva, o confisco não baseado em condenação e a aproximação científica entre os países de língua portuguesa.

Palavras-chave: Globalização – compliance – confisco – crimes empresariais – processo penal.

Abstract: Interview granted to the Scientific Coordinator of CPJM, Prof. Artur Gueiros, facing issues related to the Criminal Law of Globalization and the transnationalization of economic crimes, in particular the relationship between the institutes of Civil Law and Common Law, the preventive effectiveness of compliance programs, the criminal and procedural regulation of the

¹ **Breve nota curricular:** - Licenciado, Mestre, Doutor e Agregado, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, é Professor Catedrático na Universidade do Minho (Portugal). - Membro integrado do Centro de Pesquisa em Justiça e Governança - *Research Centre for Justice and Governance* (JusGov), sendo o Coordenador do Grupo de Justiça Criminal e Criminologia (JusCrim). - Membro do Observatório Lusófono de Direitos Humanos. - Coordenador da Rede de Investigação em Direito lusófono. - Diretor do Doutoramento em Direito da Universidade do Minho. - Diretor do Mestrado em Direito Judicial (Organização Judicial e Direitos Processuais) da Universidade do Minho. - Presidente do Conselho de Escola da Escola de Direito da Universidade do Minho. - Presidente do Conselho Disciplinar da Universidade do Minho.

corporate entity's criminal liability, the forfeiture not based on conviction and the scientific proximity among the Portuguese-speaking countries.

Keywords: Globalization - compliance - forfeiture - corporate crimes - criminal procedure.

1. Professor Doutor Mário Monte, poderias narrar brevemente a vossa trajetória acadêmica?

Começo por agradecer esta entrevista tão prestigiosa, da Revista Científica do CPJM (R-CPJM). É uma honra muito grande para mim. A minha vida académica tem sido sempre em torno das ciências jurídico-criminais. Fiz Licenciatura, Mestrado, Doutorado e Agregação (Pós-doutorado) em Ciências jurídico-criminais. Coordeno um grupo de pesquisa em ciências criminais e tenho dedicado parte substancial da minha vida às relações entre académicos dos países de língua portuguesa, dos quais destaco muitos colegas e instituições do Brasil.

2. Como o Senhor analisa o atual desenvolvimento do Direito Criminal e, muito especialmente, do Direito Penal Económico, tanto em Portugal como no espaço jurídico europeu?

O direito penal tem sido chamado a grandes desafios na área do crime económico, financeiro, organizado e transnacional. Devendo ser um direito humanista, que promove a liberdade de realização da pessoa humana, atua na prevenção de crimes. No âmbito económico-financeiro, os desafios são cada vez maiores, sobretudo por causa da deslocalização dos fenómenos criminais. A transnacionalização dos crimes e a globalização das relações económico-financeiras levantam sérios problemas à eficácia da investigação criminal e do direito penal. A União Europeia tem feito um trabalho notável no campo da cooperação judiciária e do reconhecimento mútuo de decisões judiciárias e policiais. Mas não chega. É importante que esse trabalho se estenda a todos os países, sobretudo os de língua portuguesa.

3. De que forma o Senhor considera a assimilação de institutos jurídico-penais do sistema do *Common Law* nos países de tradição do *Civil Law*? Estaria a haver uma certa “americanização” do Direito Penal Económico europeu?

Nota-se uma certa aproximação do direito europeu continental ao direito anglo-americano. Por exemplo, nas soluções de negociação da pena ou em institutos como o da perda

de vantagens (*non conviction-based confiscation* ou *forfeiture*). Mas também se nota o sentido inverso: a aproximação do direito anglo-americano ao sistema civil *Law*. Isto sucedeu muito por conta do desafio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, mas está a suceder em outras matérias. Penso que é salutar haver uma certa harmonização.

4. Dentre as principais proposições político-criminais em voga estaria a introdução das estratégias de *compliance*. Aparentemente, a *Estratégia Nacional Anticorrupção 2022-2024*, do Governo de Portugal, enfatiza a importância dos programas de cumprimento normativo, tanto para o setor privado (empresas) como para o setor público (administração pública). Como o Senhor enxerga essa questão?

Parece um caminho muito importante. O direito penal não é remédio para todos os males. Nem pode ser, sob pena de se tornar num “direito de terror”. O direito penal é direito das liberdades, que respeita a pessoa humana, que assenta em princípios humanistas, e não um direito de perseguição, punitivo, repressivo, sem limites. Por isso, tudo o que se puder fazer para evitar o crime, por vias que não sejam penais, deve-se fazer. As estratégias de *compliance* têm esse objetivo, entre outros. São vias alternativas ou complementares do direito penal, antecipando até a tutela de bens jurídicos, e evitando a prática de crimes e/ou a sanção penal. Será, afinal, o corolário do princípio da intervenção penal mínima, ou a ideia da *ultima ratio* do direito penal.

5. Assim como outros países, Portugal também adota, no seu ordenamento jurídico, a responsabilidade penal da pessoa coletiva, vinculando-a a determinadas hipóteses criminais. Entretanto, parte da doutrina se ressentida da ausência (ou insuficiência) de normas para disciplinar o processo penal da pessoa coletiva. O Senhor concorda com essa crítica?

A partir de certo momento, por volta dos anos 80 do século passado, tornou-se claro que o princípio “*societas delinquere non potest*” não se podia manter intocado. Em Portugal, como em outros países, adoptou-se a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, através do que se designou o “critério analógico”, por referência às pessoas singulares. Isso sucedeu em alguma legislação especial. Só no século XXI é que se assumiu essa via no Código Penal português. E só muito recentemente se procedeu à regulamentação processual de algumas questões. Quer isto dizer que durante muito tempo se conviveu com a responsabilidade penal

das pessoas coletivas sem uma adequada regulamentação processual. É verdade. Mas recentemente o problema foi mitigado através da Lei 94/2021, de 21 de dezembro (que alterou o Código de Processo Penal português, sobretudo os artigos 57.º e seguintes). É provável que no futuro venhamos a ter mais desenvolvimentos. O direito está sempre em evolução. É a dinâmica da vida a impor essa evolução. Aqui também tem sido assim.

6. Além do processo penal (contra) a pessoa coletiva, outro ponto que se apresentaria como relevante seria o aprimoramento das medidas assecuratórias, nomeadamente diante do poderio de algumas corporações. O Senhor concorda? Quais sugestões o Senhor daria para dar efetividade ao sistema de sequestro/arresto de bens e ativos dos infratores, sejam pessoas naturais, sejam pessoas coletivas?

Parece-me, sinceramente, um caminho a seguir, cada vez com maior determinação. Aqui vou deter-me um pouco mais, sobretudo por causa do confisco de vantagens. Entendo que o confisco não baseado em condenação ou o confisco alargado – que, embora dependendo de uma condenação, recai sobre um património incongruente, sem relação com o crime objeto de condenação – são soluções que permitem alcançar finalidades que as sanções penais normalmente visam, mas de um modo mais flexível. Por um lado, têm finalidades preventivas, funcionam como medidas análogas às medidas de segurança, mas com a possibilidade de serem aplicados a factos ilícitos típicos, sem necessidade de condenação penal. Por outro lado, nos casos de confisco alargado, aplicam-se a vantagens ilícitas, sem relação com o crime objeto de condenação. Na verdade, há uma tendência para considerar este último tipo de confisco como não tendo natureza penal, subtraído, portanto, às exigências que são colocadas às sanções penais. Ou seja, não sendo penas acessórias, nem efeitos da pena ou do crime, são verdadeiras medidas de tipo civil, aplicadas em processo penal, com o objetivo de conformar o património de acordo com o Direito. Não têm finalidades preventivas, uma vez que a sua finalidade maior é restabelecer o património na situação que estaria se não tivesse sido obtido de modo ilícito. Mas têm efeitos preventivos, dissuasores. Já começa a haver jurisprudência no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a ir por esse caminho. Em Portugal, o Tribunal Constitucional também já sufragou esta posição. Ora, este tipo de soluções alivia o direito penal, não viola os princípios jurídico-penais, porque não se trata de imputação de crime, nem de sanção penal, permitindo com maior eficácia viabilizar a máxima de que “o crime não compensa”. De facto, em matéria de crime económico e financeiro, organizado, quando se pode perder tudo o que se

ganhou de modo ilícito, há uma certa desmotivação para a prática de tal tipo de criminalidade. Não é o remédio para tudo, mas é um passo interessante que evita uma outra tendência, mais populista, que é a do endurecimento das penas.

7. Haveria algum ponto que o Senhor gostaria de acrescentar?

Sim. Faz falta apostar mais em relações acadêmicas e judiciárias, nos países de língua portuguesa. Tem-se feito um esforço. Mas ainda há muito a fazer. Os países de língua portuguesa têm um patrimônio comum, jushumanista, que se projeta no direito penal. Um patrimônio que aposta tudo nos direitos humanos. Vale a pena aprofundar este ponto comum. Temos feito muito por isso. Mas ainda há espaço para mais trabalho. Espero que os irmãos brasileiros ajudem, como têm feito, neste trabalho. É o meu maior desejo neste momento.

MUITO OBRIGADO!



O Tribunal Penal Internacional e a jurisdição para crimes internacionais
cometidos no conflito armado da Ucrânia
The International Criminal Court and jurisdiction for international crimes
committed in the armed conflict in Ukraine

Glauco Maldonado Martins¹

Juliana Couto Matheus Maldonado Martins²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado, a partir da assinatura do Estatuto de Roma em 18/07/1998, com o objetivo de responsabilizar pessoas físicas que agem em desacordo com o direito internacional humanitário. A invasão militar da Rússia no território da Ucrânia em 24/02/2022 tem indicado a provável prática de inúmeros crimes internacionais, sobretudo crimes de guerra e crimes contra a humanidade. No entanto, a Ucrânia e a Rússia não são Estados-Partes do Estatuto de Roma, porquanto não ratificaram o referido tratado internacional. Por sua vez, o Procurador do TPI realizou a abertura de inquérito, com objetivo de investigar crimes internacionais praticados no território da Ucrânia e relacionados à invasão militar da Rússia. O artigo pretende entender se o Estatuto de Roma autoriza o TPI a exercer sua jurisdição com relação a Guerra na Ucrânia, justamente em um contexto de conflito que não envolve Estados-Partes.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Crimes Internacionais. Jurisdição. Ucrânia.

Abstract: The International Criminal Court (ICC) was created, after the signing of the Rome Statute on 07/18/1998, with the aim of holding responsible individuals who act in violation of international humanitarian law. Russia's military invasion of Ukraine on 24/02/2022 has indicated the probable

¹ Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia.

² Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Graduada em Direito pela Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia titular da 3ª Vara Cível de Porto Velho.

practice of numerous international crimes, especially war crimes and crimes against humanity. However, Ukraine and Russia are not States Parties to the Rome Statute, as they have not ratified the aforementioned international treaty. In turn, the ICC Prosecutor opened an investigation, with the aim of investigating international crimes committed on the territory of Ukraine and related to the military invasion of Russia. The article intends to understand whether the Rome Statute authorizes the ICC to exercise jurisdiction in relation to the War in Ukraine precisely in the context of a conflict that does not involve States Parties.

Keywords: International Criminal Court. International Crimes. Jurisdiction. Ukraina.

1. Introdução

Desde o início de sua vigência em 1º/07/2002, o Tribunal Penal Internacional (TPI) é considerado uma resposta da comunidade internacional em relação às atrocidades cometidas durante guerras¹. O Estatuto de Roma é o instrumento legal que cria e regula todos os aspectos do funcionamento da Corte Criminal Internacional². O aludido ato tem natureza de tratado internacional e prevê os crimes internacionais³ que ameaçam a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade, razão pela qual não podem ficar impunes.

No ano em que o TPI celebra o 20º aniversário como um pilar permanente do sistema jurídico internacional⁴, a invasão militar oficial da Rússia na Ucrânia, que teve início em 24 de fevereiro de 2022, representa a maior ameaça à ordem social internacional⁵ desde a 2ª Guerra Mundial. Naturalmente, o conflito armado instila uma inevitável reflexão acerca da existência ou não de jurisdição do TPI para responsabilizar aqueles que não estão agindo de acordo com o direito internacional humanitário.

O fato despertou atenção do Gabinete do Procurador do TPI, Karim A.A. Khan QC, que publicizou em 28 de fevereiro de 2022 ter intenção de submeter para a Câmara de Pré-

¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**, 1ª edição – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 23.

² O Estatuto de Roma está disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

³ Adotamos aqui o conceito de “*crimes internacionais em sentido estrito*”, cuja classificação é proposta por JAPIASSÚ, segundo o qual são aqueles tipos penais previstos no próprio Estatuto de Roma e que guardam relação com a defesa de interesses supranacionais enquanto bens jurídicos tutelados. (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**, 1ª edição – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 50).

⁴ <https://www.icc-cpi.int/news/conference-mark-iccs-20th-anniversary-1-july-2022>

⁵ JESCHECK, Hans-Heinrick; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 5ª edição Granada: Comares, 2002, p. 3.

Julgamento do TPI, tão logo quanto possível, pedido de abertura de inquérito⁶. Em seguida, a Presidência do TPI atribuiu a situação da Ucrânia para a 2ª Câmara de Pré-Julgamento, a qual teria a competência para autorizar ou não a abertura de inquérito⁷.

Não houve necessidade, porém, da autorização da 2ª Câmara de Pré-Julgamento para o início da investigação. O Procurador procedeu *motu proprio* a abertura de inquérito em 2 de março de 2022. Isso porque, na referida data, 39 Estados-Partes denunciaram ao Procurador indícios de cometimento de crimes sob a jurisdição do TPI no território da Ucrânia. Desse modo, haja vista o teor do art. 14 do Estatuto de Roma⁸, tornou-se dispensável a autorização da Câmara de Pré-Julgamento para abertura de inquérito, porquanto o Procurador pode abrir o inquérito quando há pedido de Estado-Parte⁹.

A despeito do Gabinete do Procurador do TPI ter instaurado inquérito, o ponto é que Ucrânia e Rússia não são Estados-Partes em relação ao Estatuto de Roma, uma vez que ainda não ratificaram o tratado internacional até 2022. Dessa maneira, a pesquisa colima responder a seguinte pergunta: O Estatuto de Roma autoriza ou não o Tribunal Penal Internacional a exercer sua jurisdição em relação aos crimes internacionais cometidos, em tese, no território da Ucrânia em razão da invasão militar da Rússia?

Para responder essa indagação, o artigo está dividido em três partes. O primeiro capítulo dedica-se a oferecer uma visão geral do TPI, com (i) descrição da estrutura dos órgãos, (ii) enumeração dos crimes internacionais, (iii) definição de quem pode julgá-los e (iv) quando pode julgá-los. O segundo capítulo apresenta um breve retrospecto de contexto geopolítico sobre a invasão da Rússia na Ucrânia desde 2014 até o ano 2022. O terceiro capítulo expõe as condições prévias para exercício da jurisdição do TPI e, após constatar que Ucrânia e Rússia não são Estados-Partes do Estatuto de Roma, responde se é ou não possível a jurisdição do TPI para crimes internacionais cometidos na Ucrânia.

⁶ <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>

⁷ <https://www.icc-cpi.int/news/icc-presidency-assigns-situation-ukraine-pre-trial-chamber-ii>

⁸ Estatuto de Roma, art. 14: “*Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes*”. (redação em português extraída do Decreto 4.388 de 25/09/2002)

⁹ <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>

À luz da pergunta de pesquisa, a metodologia aplicada é do tipo teórica¹⁰. Houve emprego de consultas ao site oficial do Tribunal Penal Internacional, da literatura especializada e de sites de notícias internacionais que repercutiram fatos importantes sobre a invasão da Ucrânia. Por fim, o método aplicado é o hipotético-dedutivo, pois a investigação se inicia com base em hipótese que, ao final, será ou não ratificada.

A pesquisa coloca em evidência a aproximação de conhecimentos teóricos e legais existentes para problematizar reflexos da prática forense implementados pela Corte Penal Internacional em razão da sua jurisdição sobre o conflito armado¹¹ na Ucrânia.

2. O Tribunal Penal Internacional (TPI)

A despeito da forte divergência doutrinária durante o século XX¹², prevalece na atual quadra do século XXI uma tendência doutrinária em aceitar a autonomia do direito penal internacional em relação a outros ramos do direito. No que se refere ao conceito, Japiassú defende que “*o Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas*”¹³.

Sob o aspecto histórico, as atrocidades cometidas durante as guerras do século XX justificaram a criação efêmera dos Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg¹⁴, de

¹⁰ SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2ª ed., Belo Horizonte, 2021, p. 58.

¹¹ O que se observa nesse caso é um conflito armado internacional, uma vez que a Rússia não se declara oficialmente em estado de guerra perante a Ucrânia. Segundo vaticina MELLO, há distinção terminológica entre a expressão conflitos armados e guerra, embora haja uma proximidade entre os conceitos. O conceito de guerra é mais restrito do que o conceito de conflito armado. Isto porque guerra pode ser entendida como um conflito armado específico entre duas coletividades politicamente organizadas com a presença de dois elementos: (a) objetivo: luta armada entre Estados; (b) subjetivo: intenção de fazer guerra. A guerra se diferencia dos demais atos de força em que, se inexistir o elemento subjetivo, não constituem legalmente o estado de guerra. A partir da referida distinção, o conceito de conflito armado é depreendido da Convenção de Genebra de 1949 e pelos Protocolos Adicionais de 1977 (MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1411).

¹² Há na literatura posições contestando a autonomia do direito penal internacional (v.g. DONNEDIEU DE VABRES, Henri. **Les Principes Modernes du Droit Pénal International**. Paris; Panthéon Assas, 2004, p. 3.; ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Parte Geral, 13 ed., Milão Giuffrè, 1994, p. 107, nota 30; MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano**. Vol. 1, Turim: UTET, 1950, p. 142; COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**, Parte Geral. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2 ed. 1987, p. 14. No entanto, as contestações estão cada vez mais vazias, pois o TPI permitiu a criação de um sistema de delitos internacionais, cuja jurisdição penal internacional pretendida é permanente.

¹³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**, 1ª edição – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 18.

¹⁴ Criado na Conferência de Londres (08/08/1945) por meio da “Carta do Tribunal Penal Internacional”.

Tóquio¹⁵, da antiga Iugoslávia¹⁶ e de Ruanda¹⁷. No entanto, a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) permanente em 1998 representou um importante ponto de arranque para a consolidação do reconhecimento da autonomia do direito penal internacional.

A finalidade dos tribunais penais internacionais confunde-se com os próprios objetivos das penas aplicadas¹⁸. Haja vista a singularidade das atrocidades humanas cometidas e segundo prevalece na jurisprudência penal internacional¹⁹, os dois principais objetivos das punições penais seriam a retribuição e a prevenção, com alguns raros debates que apontam a reabilitação e outros objetivos²⁰. Nas palavras de Schabas, eles seriam objetivos gêmeos (*twin objectives*), com importância mais ou menos igual²¹.

Dito isso, o presente capítulo fornecerá uma visão geral do TPI: (i) estrutura de órgãos, (ii) crimes internacionais, (iii) quem pode julgá-los e (iv) quando pode julgá-los.

O TPI é a primeira Corte Criminal Internacional permanente e independente, cuja sede está localizada em Haia nos Países Baixos. Ele foi criado em 18 de julho de 1998, durante uma conferência das Organização das Nações Unidas (ONU), quando 122 Estados assinaram o Estatuto de Roma, que cria e regulamenta a referida Corte. No entanto, o TPI somente entrou em vigor em 1º de julho de 2002, após a ratificação do Estatuto pelo número mínimo de Estados necessários para sua efetivação (60 Estados)²².

O preâmbulo do Estatuto de Roma esclarece que o TPI foi estabelecido para pôr fim à impunidade dos autores dos crimes considerados mais graves do ponto de vista da comunidade

¹⁵ Criado em 19/01/1946 por meio da “Carta do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente”

¹⁶ Criado em 25/05/1993 por meio da “Resolução 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas”.

¹⁷ Criado em 08/11/1994 por meio da “Resolução 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas”.

¹⁸ A lição de Kai Ambos aponta que a jurisprudência majoritária dos tribunais penais internacionais não leva em conta suficientemente as modernas teorias da pena (AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law: foundations and general part*. Oxford: Oxford University Press, v.1, 2013, p. 67).

¹⁹ A exemplo, citamos precedente do Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia que confirmou os dois principais objetivos da sentença são prevenção e retribuição: “*On the contrary, the appeals chamber (and trial chambers of both the triiunal and the ICTR) have consistently pointed out that two of the main purposes of sentencing for these crimes are deterrence and retribution. Accordingly, although rehabilitation (in accordance with internacional human rights santdards) should be considered as a relevant factor, it is not one which should be given undue weight*”. *Prosecutor v Delalic* e outros, Câmara de Apelações do Tribunal Penal da Iugoslávia, Julgamento de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo 799. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>. Acesso em 01/07/2022.

²⁰ SCHABAS, Willian A. *The UN Internacional Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 555.

²¹ SCHABAS, op. cit., p. 555.

²² Estatuto de Roma, Art. 125, 1: *O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.*

internacional. Desse modo, o objetivo da Corte é contribuir para a prevenção e repressão dos citados delitos²³ que violam com extrema gravidade direitos humanos. É possível depreender – do próprio tratado internacional em tela – uma clara inspiração do em teorias legitimadoras da pena²⁴ e que autoriza justificar o direito penal internacional como sendo um mal que restaura o direito e a justiça e como algo socialmente útil²⁵.

Em consulta realizada no site oficial da Corte em 24/04/2022²⁶, percebe-se que há 123 Estados-Partes do Estatuto de Roma que aceitaram a jurisdição do TPI. Eles são denominados Estados-Partes porque ratificaram o tratado internacional em questão. Do referido total, 33 são Estados africanos, 19 são Estados da Ásia-Pacífico, 18 são da Europa Oriental, 28 são da América Latina e Caribe e 25 são da Europa Ocidental.

A Corte Criminal Internacional tem jurisdição permanente sobre os crimes de elevada gravidade, cometidos após 1º de julho de 2002, que preocupam a comunidade internacional como um todo. Os crimes internacionais de competência do TPI são (i) genocídio, (ii) crime contra a humanidade, (iii) crime de guerra e (iv) crime de agressão²⁷.

A Corte pode exercer seus poderes no território de qualquer Estado-Parte. O tribunal pode julgar apenas pessoas físicas, e não um Estado ou um grupo (incluindo empresas). O gabinete do Procurador do TPI foca, como regra, nos indivíduos que têm a maior responsabilidade pelos crimes cometidos²⁸. Recentemente, porém, o gabinete do Procurador do

²³ Conferir o Estatuto de Roma, preâmbulo, parte 5: “*Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes*”.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2ª edição Montevideo: B de F, 2010, p. 482.

²⁵ Na literatura especializada, destaca-se ensinamento de Japiassú: “*É justo que a maioria dos Tribunais Internacionais não leva suficientemente em conta as modernas teorias da pena. Por outro lado, também deve ser dito que os tribunais não parecem compreender a punição como uma demanda da comunidade internacional para a vingança, mas sim como uma expressão de sua determinação de não deixar esses crimes impunes e a necessidade de restaurar a confiança pública na integridade da administração da justiça, inserindo essa discussão no contexto mais amplo da luta internacional contra a impunidade, da busca de justiça e de paz para a comunidade internacional como um todo*” (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**, 1ª edição – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 36).

²⁶ Consulta realizada em 24/04/2022: <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>

²⁷ Estes são os crimes internacionais que afetam a comunidade internacional em seu conjunto e que estão previstos no Estatuto de Roma, razão pela Triffterer explica haver responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional (TRIFFTERER, Otto. *Commentaire du colloque tenu a Hammame, Tunisie, 6/8 juin 1987*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. V. 60, n.1/2, Toulouse: Érés, 1989, p. 20).

²⁸ Office of the Prosecutor (“OTP”), ‘[Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf)’ (September 2003), pp. 3: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf

TPI começou a considerar processar os autores de nível inferior, especialmente quando a conduta é particularmente grave ou tem grande notoriedade²⁹.

Não há imunidade de acusação na Corte Criminal Internacional para aqueles que atuam em funções oficiais como chefe de Estado, membro de governo ou parlamento ou como representante eleito ou funcionário público³⁰. Desse modo, ninguém está imune à jurisdição no TPI, seja em razão de suas funções atuais, seja em razão do cargo que ocupava no momento em que os crimes do Estatuto de Roma foram cometidos.

Antes de processar um caso, a primeira atitude do TPI é verificar se tem jurisdição sobre ele, depois deve analisar se o caso é admissível e, por fim, avaliar se tem gravidade suficiente para a atuação da Corte. As pré-condições para a jurisdição do TPI são: (i) o Estado deve ter “ratificado” o Estatuto de Roma³¹; ou (ii) o Estado em questão apenas “declarou” que aceita a jurisdição do TPI sem, contudo, ratificar o Estatuto³² ou (iii) o Conselho de Segurança da ONU remete uma situação ao Tribunal³³.

A estrutura do Tribunal é composta por diversos órgãos. A Assembleia dos Estados-Partes supervisiona o aspecto administrativo e legislativo do Tribunal³⁴. O próprio Tribunal é composto pela Presidência, Câmaras, Procurador e Secretaria.

As Câmaras da Corte Criminal Internacional possuem três divisões: a) Câmara de Pré-Julgamento³⁵, b) Câmara de Julgamento³⁶ e c) Câmara de Apelações³⁷.

A principal responsabilidade da Câmara de Pré-Julgamento é supervisionar como o Procurador do TPI realiza suas atividades investigativas e de acusação, com objetivo de garantir

²⁹ OTP, ‘Strategic Plan June 2012-2015’ (11 October 2013), para. 22: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>

³⁰ Estatuto de Roma, art. 27.

³¹ *Ibid.*, art. 13 (a) e 14.

³² *Ibid.*, art. 12 (3).

³³ *Ibid.*, art. 13 (b).

³⁴ *Ibid.*, art. 112.

³⁵ Desde abril de 2021, os juízes designados para a Divisão de Pré-Julgamento são a Juíza Reine Alapini-Gansou (Benin), Presidente da Divisão de Pré-Julgamento, Juiz Marc Perrin De Brichambaut (França), Juiz Antoine Kesia-Mbe Mindua (República Democrática do Congo), Juiz Péter Kovács (Hungria), Juiz Tomoko Akane (Japão), Juíza Rosario Salvatore Aitala (Itália).

³⁶ Desde abril de 2021, os juízes designados para a Divisão de Julgamento são a Juíza Olga Venecia Del C. Herrera Carbuccia (República Dominicana), Presidente da Divisão de Julgamento, Juiz Chang-ho Chung (República da Coreia), Juiz Raul Cano Pangalangan (Filipinas), Juiz Kimberly Prost (Canadá), Juiz Robert Fremr (República Tcheca), Juiz Geoffrey A. Henderson (Trinidad e Tobago) e Juiz Bertram Schmitt (Alemanha).

³⁷ Desde abril de 2021, os cinco juízes em exercício são o juiz Howard Morrison (Reino Unido), o presidente da Divisão de Apelações, a juíza Luz del Carmen Ibáñez Carranza (Peru), a juíza Chile Eboe-Osuji (Nigéria), a juíza Solomy Balungi Bossa (Uganda), Juiz Piotr Hofmański (Polónia).

os direitos dos suspeitos, das vítimas e das testemunhas durante a fase investigatória e, no limite, assegurar a integridade da fase pré-processual³⁸.

Uma vez confirmadas as acusações do gabinete do Procurador por uma Câmara de Pré-Julgamento, a Presidência do TPI deverá atribuir o caso à Câmara de Julgamento. A principal função de uma Câmara de Julgamento será julgar o caso de maneira justa e expedita, com pleno respeito aos direitos do acusado e devido à proteção das vítimas e das testemunhas, para determinar ao final se um acusado é culpado ou inocente.

A Câmara de Apelações recebe impugnações às decisões da Câmara de Pré-Julgamento ou da Câmara de Julgamento³⁹, razão pela qual pode: (i) reverter ou alterar a decisão ou sentença; ou (ii) ordenar que um novo julgamento seja realizado.⁴⁰

O gabinete do Procurador é um órgão separado e independente do tribunal. Ele é responsável por coletar e examinar provas, interrogar pessoas suspeitas, bem como escutar com vítimas e possíveis testemunhas. Cabe a ele avaliar as informações recebidas pelo TPI e, se for o caso, defender sua admissibilidade perante o Tribunal, além de conduzir investigação preliminar, solicitar abertura de inquérito e litigar perante Câmaras.

3. Breve contextualização do Conflito Armado entre Rússia e Ucrânia (2014-2022)

A Ucrânia é uma ex-república soviética cuja independência foi conquistada em 1991 com a queda do muro de Berlim. Desde então, há facções pró-ocidentais e pró-Rússia que estão envolvidas em uma luta contínua para definir a identidade do país.

Em novembro de 2013, os cidadãos da Ucrânia foram pela primeira vez à Praça da Independência, em Kiev, para protestarem contra a decisão do presidente Viktor Yanukovich de suspender a integração da Ucrânia na União Europeia. Em vez de assinar um “Acordo de Associação com a União Europeia”⁴¹, Yanukovich levou US\$ 15 bilhões de empréstimo da

³⁸ Estatuto de Roma, art. 56 e art. 57.

³⁹ *Ibid.*, art. 81-85.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 83 (2).

⁴¹ Ian Traynor and Oksana Grytsenko, ‘Ukraine suspends talks on EU trade pact as Putin wins tug of war’ *The Guardian* (UK, 21 November 2013): <https://www.theguardian.com/world/2013/nov/21/ukraine-suspends-preparations-eu-trade-pact>.

Federação Russa, o que à época foi compreendido por alguns como suborno de Vladimir Putin na disputa entre Rússia e o Ocidente pela Ucrânia⁴².

Após mais de 20 anos de corrupção e má-gestão na administração do Estado, aquele episódio simbolizou o estopim e elevou a temperatura social da Ucrânia. Em 18 de fevereiro de 2014, manifestantes voltaram à Praça da Independência, em Kiev, para realizar protestos. A repressão, porém, das forças pró-governo, matou 90 manifestantes, de acordo com a Missão de Monitoramento dos Direitos Humanos das Nações Unidas na Ucrânia⁴³. Sem defesa para o ataque aos manifestantes e perdendo seu mandato para governar, o presidente Yanukovich fugiu do país em 21 de fevereiro de 2014.

Ainda no final daquele mês, homens armados, depois reconhecidos como membros das forças armadas russas,⁴⁴ começaram a aparecer na Crimeia. Além de ocupar prédios do governo e adquirir o controle da região, eles organizaram um referendo, em 16 de março de 2014, que aprovou a anexação da Crimeia para a Federação Russa.

O citado referendo violou a Constituição ucraniana⁴⁵ e sua execução foi acusada de estar repleta de irregularidades eleitorais.⁴⁶ Os resultados do referendo indicaram que mais de 95% dos eleitores apoiaram a adesão à Federação Russa⁴⁷. O “Tratado de Adesão da República da Crimeia à Federação Russa” foi assinado entre os representantes da Rússia e da República da

⁴² Damien McElroy, ‘Ukraine receives half price gas and \$15 billion to stick with Russia’ *The Telegraph* (UK, 17 December 2013): <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/ukraine/10523225/Ukraine-receives-half-price-gas-and-15-billion-to-stick-with-Russia.html>; ‘Yanukovich denies taking any bribes from Russia’ *Ukrainska Pravda* (Kyiv, 9 December 2013): [Янукович заявил, что взятки в России не брал | Украинская правда \(pravda.com.ua\)](http://ukrainianpravda.com.ua).

⁴³ In March 2014, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights deployed to Ukraine a Human Rights Monitoring Mission to evaluate and report on the human rights situation and to provide support to the Government of Ukraine in the promotion and protection of human rights. As part of its work, the Mission prepares monthly reports describing the human rights situation and makes recommendations. See ‘UN Human Rights Monitoring Mission in Ukraine (UN Ukraine).

⁴⁴ Cf. e.g. ‘In Putin acknowledges Russian military servicemen were in Crimea’ *Russia Times* (17 April 2014): <https://www.rt.com/news/crimea-defense-russian-soldiers-108/>.

⁴⁵ Cf. Constituição da Ucrânia, Artigo 73, o qual tem a seguinte redação: “[i]ssues on altering Ukraine's territory shall be resolved exclusively through an all-Ukrainian referendum” (emphasis added).

⁴⁶ The identified violations include: (i) additional voters lists; (ii) harassment and arbitrary detentions of those protesting the referendum; (iii) harassment and persecution of journalists trying to report violations; (iv) voting at home organised in an impromptu manner; (v) presence of military groups widely believed to be fully or in part composed of Russians. The referendum was initiated and conducted in gross violation of Ukrainian laws as Article 73 of the Constitution of Ukraine expressly provides that “Issues on altering Ukraine's territory shall be resolved exclusively through an all-Ukrainian referendum.” Given the above, the UN General Assembly in its Resolution 68/262 declared that the referendum “had no validity”. For more details, see OHCHR, ‘Report on the Human Rights Situation in Ukraine’ (15 April 2014)

⁴⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/2014_Crimean_status_referendum#:~:text=The%20official%20result%20from%20the,Russian%20Federation%20with%20an%2089. t

Crimeia em 18 de março de 2014. Apesar da condenação internacional⁴⁸, o aludido ato foi prontamente ratificado pela Assembleia Federal Russa.

Começou, em seguida à anexação da Crimeia, a desestabilização da região leste da Ucrânia também conhecida por Donbas. A população de Donetsk e Luhansk protestou, em abril de 2014, contra o governo de Kiev, acusando-o de discriminar a população ucraniana que utilizava a língua russa. Em 11 de maio de 2014, separatistas pró-Rússia organizaram referendos sobre a soberania do território de Donetsk e Luhansk, cujos resultados, conquanto acusados de fraudulentos, foram favoráveis à independência⁴⁹.

Desde o início do envolvimento russo na região em 2014, a região de Donbas vive conflitos entre separatistas pró-Rússia e o governo de Kiev. No entanto, a tensão com a Rússia cresceu quando o presidente ucraniano Volodymyr Zelenskyy anunciou, em 10 de setembro de 2020, a nova estratégia de segurança nacional, que incluía o ingresso da Ucrânia na Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)⁵⁰.

Nesse contexto, a invasão militar oficial da Rússia na Ucrânia ocorreu em 24 de fevereiro de 2022 e, desde então, a comunidade internacional testemunha a escalada de violência, com maior intensidade de relatos sobre violações dos direitos humanos⁵¹.

4. Condições Prévias para Exercício da Jurisdição no Conflito Armado da Ucrânia

A Ucrânia até chegou a assinar o Estatuto de Roma em 20 de janeiro de 2000, mas o Tribunal Constitucional da Ucrânia, posteriormente, decidiu que o ato do governo seria inconstitucional. Mais tarde, após a eclosão do conflito no leste em Donbas (2014), a Ucrânia apresentou duas declarações em que aceitava a competência do TPI. Porém, fato é que, até o presente momento, a Ucrânia ainda não ratificou o Estatuto de Roma.

⁴⁸ Por exemplo, em 24 de março de 2014, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou Resolução n. 68/262 intitulada “[Territorial Integrity of Ukraine](https://digitallibrary.un.org/record/767883?ln=en)”: <https://digitallibrary.un.org/record/767883?ln=en>

⁴⁹ Agata Wierzbowska-Miazga, Tadeusz Iwański and Piotr Żochowski: [The Farce of the ‘Referendum’ in Donbas’ OSW](https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2014-05-14/farce-referendum-donbas) (14 May 2014): <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2014-05-14/farce-referendum-donbas>. Nesse ponto, reitera-se a mesma crítica quanto ao referendo da Crimeia: “Article 73 of the Constitution of Ukraine provides that “[i]ssues on altering Ukraine's territory shall be resolved exclusively through an *all-Ukrainian referendum*” (emphasis added).

⁵⁰ https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_37750.htm

⁵¹ <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2022/04/28/ucrania-identificou-mais-de-8000-supositos-crimes-de-guerra-russos.htm>

Como visto, embora ainda não tenha ratificado o Estatuto de Roma, a Ucrânia declarou por duas vezes que aceitava a jurisdição da Corte Criminal Internacional. O governo ucraniano fez as duas declarações, as quais foram limitadas pelo governo quanto a aspectos de tempo, território e identificação de certas pessoas ou grupos de pessoas.

O governo ucraniano, em 09 de abril de 2014, apresentou a primeira declaração aceitando a jurisdição do TPI para crimes internacionais cometidos no território ucraniano entre 21 de novembro de 2013 e 22 de fevereiro de 2014. Em 08 setembro de 2015, porém, a Ucrânia apresentou a segunda declaração em que aceita a jurisdição do TPI a partir de 20 de fevereiro de 2014 sem data limite (com duração indefinida) para crimes cometidos por oficiais da federação russa e líderes das organizações terroristas DNR e LNR.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o TPI somente tem jurisdição em determinadas situações. São condições prévia para jurisdição para o exercício da jurisdição penal internacional: (i) ter o Estado em questão “ratificado”, vale dizer, concordou oficialmente com o Estatuto de Roma enquanto lei que rege o TPI⁵²; (ii) ter o Estado “declarado” que aceita a jurisdição do TPI, a despeito de não ratificar o Estatuto⁵³; ou (iii) o Conselho de Segurança das Nações Unidas encaminha a situação ao Tribunal⁵⁴.

A Ucrânia não é um Estado Parte do Estatuto de Roma – como já mencionado no texto –, por isso o Estado ucraniano fez duas declarações “convidando” a Corte a examinar, por exemplo, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. A disposição relevante que autoriza a “declaração” nesse sentido é o artigo 12 (2) e (3) do Estatuto de Roma, cujo título é “condições prévias para o exercício da jurisdição”, vejamos:

Art. 12 (...)

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3o:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

⁵² Estatuto de Roma, arts. 13 (a) e 14.

⁵³ *Ibid.* art. 12 (3).

⁵⁴ *Ibid.*, art. 13 (b).

*3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, **pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.***

A norma previu uma disposição de “consentimento” que permite ao TPI aceitar a jurisdição quando for convidado por um Estado que ainda não tenha a qualidade de “parte” do Estatuto de Roma. Porém, uma declaração não autoriza automaticamente a jurisdição do Tribunal. Com efeito, as declarações de “consentimento” exigem um gatilho adicional e separado para permitir o exercício da jurisdição, seja pelo Procurador que inicia uma investigação *proprio motu*, seja por encaminhamento de um Estado Parte, seja por provocação do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Inclusive, após receber especificamente uma declaração de um Estado não parte do Estatuto de Roma aceitando a jurisdição da Corte na forma do art. 12 (3), o procurador do TPI pode iniciar um “exame preliminar”, conforme previsto no “Regulamento do Gabinete do Procurador”, o qual está vigente desde 01 de maio de 2009, vejamos:

Regulamento 25 – Iniciação do Exame Preliminar⁵⁵

1. O exame preliminar e a avaliação de uma situação pelo Instituto podem ser iniciados basicamente por:

(a) quaisquer informações sobre crimes, incluindo informações enviadas por indivíduos ou grupos, Estados, organizações intergovernamentais ou não governamentais;

(b) uma referência de um Estado Parte ou do Conselho de Segurança; ou

*(c) **uma declaração nos termos do artigo 12, parágrafo 3, por um Estado que não seja Parte no Estatuto.***

Normalmente, antes de prosseguir com um pedido perante a Câmara de Pré-Julgamento para abertura de um inquérito, o “exame preliminar” é um procedimento pelo qual o Gabinete do Procurador considera todas as informações disponíveis para chegar a uma compreensão totalmente informada sobre a existência ou não de uma base razoável⁵⁶.

⁵⁵ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf>

⁵⁶ Estatuto de Roma, art. 15 (2) e (3).

As duas declarações ucranianas conferem, portanto, uma legítima jurisdição ao Tribunal Penal Internacional em relação a crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma e que ocorram no território da Ucrânia no contexto da invasão da Rússia⁵⁷.

5. Conclusão

Segundo declarou em 28 de abril de 2022 a Procuradora-Geral da Ucrânia, Iryna Venediktova, a justiça ucraniana identificou mais de 8.000 supostos crimes de guerra desde a invasão da Rússia em 24 de fevereiro de 2022⁵⁸. As mencionadas suspeitas de crimes de guerra incluem assassinatos de civis, bombardeios de infraestruturas civis, torturas e crimes sexuais que foram relatados no território ocupado da Ucrânia.

Embora Ucrânia e Rússia ainda não possuam a qualidade de Estados-Partes por ausência de ratificação do Estatuto de Roma⁵⁹, parece não haver controvérsia de que o tratado internacional permite o exercício da jurisdição do TPI para crimes internacionais cometidos em razão da invasão militar da Rússia desde a invasão da Crimeia em 2014.

Conforme observado, as duas declarações do governo da Ucrânia, as quais aceitam a jurisdição penal internacional para crimes internacionais praticados no território ucraniano, têm amparo no art. 12 (3) do Estatuto de Roma. Isso explica as afirmações públicas do Procurador do TPI, Karim A.A. Khan QC e, principalmente, sua atitude de abrir inquérito, logo após pedido formulado por 39 (trinta e nove) Estados-Parte.

6. Referências Bibliográficas

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale de Diritto Penale. Parte Geral**, 13 ed., Milão Giuffré, 1994.

AMBOS, Kai. **Treatise on International Criminal Law: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, v.1, 2013.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 12 (2).

⁵⁸ <https://www.theguardian.com/world/2022/apr/28/ukraine-names-10-russian-soldiers-in-alleged-human-rights-abuses-in-bucha>

⁵⁹ <https://asp.icc-cpi.int/states-parties/eastern-european-states>

COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal, Parte Geral**. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2 ed. 1987.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. **Les Principes Modernes du Droit Pénal Intertional**. Paris; Panthéon Assas, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal Internacional**, 1ª edição – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

JESCHECK, Hans-Heinrick; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5ª edição Granada: Comares, 2002.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato de Diritto Penale Italiano**. Vol. 1, Turim: UTET, 1950.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000

SCHABAS, Willian A. **The UN Internacional Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2ª edição Montevidéo: B de F, 2010.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2ª ed., Belo Horizonte, 2021.

TRIFFTERER, Otto. **Commentaire du colloque tenu a Hammame, Tunisie, 6/8 juin 1987**. In: Revue Internationale de Droite Pénal. V. 60, n.1/2, Toulouse: Érés, 1989

Women And White-Collar Crime: Interview for CPJM's Scientific Journal

Mary Dodge¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

1. Scholars claim that crimes (in general) are committed predominantly by men. How does this difference or contrast play out in white-collar crimes (WCC)? Is it similar to traditional crimes (streets crimes), or does it have its peculiarities?

Like street crime, research shows that men compared to women are more likely to commit white-collar crimes especially when the offender is engaging in corporate wrongdoing. High level elite crime such as insider trading, price fixing, fraud, and regulatory violation are committed by successful men who take advantage of their occupational positions to engage in illegal and perhaps immoral acts. Most theoretical explanations of crime have attempted and failed to fully explain why men commit more crime across the spectrum. White-collar crime explanations focus on male dominance in corporate and professional criminal enterprises. Overall, theories related to why men commit higher levels of crime are complicated by definitional issues (what is white-collar crime?) and opposing perspectives (who commits white collar crime?). Nonetheless, a few unique trends show differences in gender and criminal activities. Women, for example, are more likely to be involved in lower-level crimes such as prostitution, check-kiting, shoplifting, and embezzlement. Whereas men, as previously mentioned, commit more violent street crime and engage in more organized and white-collar offenses. Extant research also shows that motivations for committing white-collar crime differ by gender. Women are said to engage in crime to help family and friends. In contrast, men are seeking material gain and status.

Occupation is key to understanding and exploring white-collar crime. Many studies focus on the offenders and how they take advantage of their employment status to engage in wrongdoing. That is, *who commits white-collar crime?* Most white-collar offenders are older white males in positions of power. Determining difference in gender behavior is more

¹ PHD, Professor of Criminal Justice at the University of Colorado, Denver, School of Public Affairs.

complicated if the emphasis is on the offense. That is, *what types of behavior constitutes white-collar crime?* I argue that the inclusion of embezzlement as a white-collar crime offers at least one exception to the rule that men commit more crime than women.

In the United States, we see almost equal or more women being arrested for embezzlement based on the FBI's Uniform Crime Report. In fact, this example illustrates one of the problematic issues in the field. Many scholars argue that low-level occupational crimes such as larceny, fraud, or embezzlement fall outside the realm of white-collar crime. The crimes of women embezzlers, however, often involve millions of dollars and may result in the widespread victimization of companies, employees, and owners. Consequently, I find it difficult to categorize embezzlement as low-level fraud. The kerfuffle here is obtaining a suitable database that can shed light on important questions related to gender--many of which remain unanswered despite a rise in research over the last decade. Most of the issues surrounding gender and white-collar crime mirror the efforts by early feminist criminologist to explain women's involvement in other types of crime. In other words, what exactly constitutes white-collar crime? How do we explain the gender ratio gap? Why are fewer women involved in professional and corporate crimes? Are current theoretical explanations applicable to women and white-collar crimes?

2. In what way do the difficulties of access of women to high-level jobs, in corporations or in certain professional occupations, a trait still present in most societies, have a relation to the under-representation of women in WCC?

I believe that opportunity is an essential element for explaining who commits white-collar crime. In most countries women are working in occupations that are not conducive to committing elite crime. Status and position also are intricately tied to high level offenses. In the US, we are seeing an increase of women in professional positions such as lawyer, doctor, politician, or corporate executive, however, the numbers remain low. In 2022, less than 10 percent of the Fortune 500 chief executive officers (CEOs) were women. Women are far from reaching parity in the corporate world. Research by Darrell Steffensmeier and colleagues, in 2013, discovered that women were rarely involved in conspiracy groups and when part of corporate frauds they garnered less money. The study supports the notion that instances of high-

powered women committing corporate crime are atypical. While Martha Stewart and Elizabeth Holmes received an enormous amount of attention including books, documentaries, made for TV movies, and news coverage their positions and criminal behaviors are rare for women. One research study showed that Martha Stewart received far more press coverage in New York papers compared to Enron's Kenneth Lay. One might also note that what Lay, unlike Stewart, was wearing and the designer of his purse were never published in the newspapers. How's that for a sense of irony? Elizabeth Holmes likely used her gender to influence the outcome of the trial and sentencing (i.e., marriage, family, pregnancy, appearance).

3. Apart from the “glass ceiling”, are there other factors that explain this underrepresentation of women, especially in major economic fraud and/or corporate conspiracy?

Several factors may influence our attitudes and perspectives of women and white-collar crime. First, stereotypes continue unabated. Many people and cultures still believe that women belong in the private sphere allowing patriarchies and hyper-masculinity to determine the “proper” role of women. In the US, protective legislation and arbitrary court decisions overturning landmark cases place women at a distinct disadvantage in the public sphere and further stereotyping. In other parts of the world many of the rights and opportunities afforded American women are non-existent. Second, and closely related to persistent stereotypes, is the labeling and deviant typescripts that plague some efforts to move beyond perceptions that women are somehow “less than” and men are merely “doing gender.” Both concepts are steeped in a masculine hierarchy. Additionally, the colors of work and criminal titles such as blue, pink, and red collar may unintentionally assign labels that diminish research efforts in white-collar crime. Finally, the debate over ethical and moral decision-making differences between males and females suggests that women are different and excel in making more ethical choices. Overall, I try to keep some perspective on the key ingredient to further understanding gender and crime based on a conversation with Fred Adler, a well-known feminist scholar. Freda remarked that gender was a far less important variable because at the end of the day we are all human.

4. In your opinion, which factor would be more prevalent for the under-representation of women in WCC: the lack of access to senior positions (glass ceiling) or the segregation into informal male networks (old boy network) that exist within large corporations?

This is a complicated question that should have a relatively straight forward response. And I wish there was an easy answer. Unfortunately, the lack of data and subsequent research prevents us from determining any correlations or potential causal relationships. Knowing if the split between access and acceptance is equal, or if one has more impact, or how many other variables may play a role in the low number of women engaging in corporate crime has yet to be determined. In the US, the shattering of the glass ceiling has failed to eliminate all the barriers that women face in the workplace. These obstacles are even more widespread and apparent when gender, race, ethnicity, and socioeconomic status intersect.

As I noted earlier, access represents some portion of the problem. Men still control the corporate and political arenas, which leaves little opportunity for women. Consider the following example of professional crime. On one hand, we might speculate that some professional white-collar crimes such as medical fraud are equal opportunity, though in 2022, the number of estimated practicing women physicians in the US was substantially lower compared to men. This circumstance would suggest that a lack of opportunity and participation might account for gender differences. On the other hand, female physicians earn less money, which might result in higher levels of white-collar crime while they continue to work as “outsiders” and attempt to reduce financial problems or high levels of stress/strain. Under these circumstances we would expect higher levels of female involvement. The same argument may apply to women in the legal profession. Currently, it is impossible to know how and why women are engaging in white-collar crime because the dark figure of crime (i.e., unreported incidents), the treatment of women in the criminal justice system (e.g., chivalry or evil women hypotheses), and the lack of data.

5. Within the scope of research on WCC, can it be affirmed that women would be "more law-abiding", "more honest" or "more ethical" than men, or would this supposition depend on further scientific evidence or investigation?

As I mentioned, we need additional research before labeling women as more honest or ethical. In fact, older research such as the studies by Kohlberg and Gilligan might fail to explain moral development in the 21st Century given the rapid technological growth and sociological changes.

6. In your study “Gender Constructions” (*In The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, 2016), there are the following passages: “Workplace gendered stereotypes connected to white-collar criminality may limit a female's opportunity to commit such crimes because 'men do not like having women as crime partners” (...) “The exclusion of women in such high-level crimes may be nothing more than men's sexism translated to the upper corporate echelons” (...) “Men typically establish close personal bonds at the office...” (pp. 204-205).

Are these statements still valid, even after the transformations brought about by the Covid-19 Pandemic, which imposed the need to change the workplace from offices to the domestic environment?

The marginalization of women in the workplace may be exacerbated post Covid-19 pandemic. Changes in social and workplace structures have given more women the opportunity to “opt out” or work unseen from home. Before the pandemic, in the US, we saw a higher number of women leaving the stress and mess of the workplace which might result in fewer incidents of white-collar crime and increases in cybercrime. Also, working from home may relegate women to positions as domestic influencers rather than high powered participants in the workforce.

Women will, however, question the wisdom of corporate executives that decide to cut the workforce based on gender. The elimination of more women from the workforce may result in higher incidents of white-collar crimes by men. Opportunities for women are changing in both positive and negative ways. Elon Musk, the new owner of Twitter, is an example of the changes we might expect. Currently, among other problematic issues, Musk is being sued for gender discrimination. The gender disparity in his employment layoffs shows that 57 percent

of female workers lost their jobs compare to less than ½ of the male employees. In fact, layoffs for engineers resulted in what appeared to be more dramatic inequalities (63% of the women lost their jobs compared to 48% of the men). Although Twitter and Musk may not represent a “typical” company the underlying message that men, despite bad behaviors, are more valued is clear.

7. In Brazil, as in most Latin American countries, criminologists have little interest in WCC in general and, especially, in gender investigations on this topic. One can say that, despite being one of the largest global economies, in Brazil there are no scientific studies on the subject in the academic and scientific community. In your opinion, what are the possible reasons for this lack of interest? What suggestions can you give us to change this picture, which I consider “desolating”?

White-collar crime is a tough area of specialization in academia which limits its appeal to scholars. The identification of a sub-field for a particular career is difficult and choices related to graduate schoolwork may pigeon-hole a young scholar who has other interest such as white-collar crime. Additionally, the acquisition of white-collar crime data is a challenge that is almost impossible to overcome in certain cases. Consequently, the lack of data sources may drive a course of study from pharmaceutical fraud to medical victimization, for example, and ultimately delay publishing efforts. Research in white-collar crime often involves qualitative work. In some cases, the value of qualitative research is placed below quantitative efforts or mixed methods. The pressure on young scholars to publish requires strong mentors who have a passion for studying white-collar crime. Qualitative, undoubtedly, is more difficult to publish in mainstream journals.

When I published the women and white-collar crime book in 2009, data were scarce or non-existent. My mentor Gilbert Geis noted that writing such book was a rather bad idea. I had just finished an in-depth case study with Gil on fertility doctors at the University of California, Irvine who allegedly misused human eggs. As a next step I became interested in gender differences and found the lack of attention on female white-collar crime involvement pushed the predominate school of thought that criminal behavior in men and women is different. I was intrigued by the hypothesis that women were less likely to commit white-collar crime and more

likely to be victimize. In the book, I relied primarily on anecdotal cases to support my arguments. At the time, Kathleen Daly's research from 1989 continued to stand out as the definitive article on gender and white/pink-collar crime. While admittedly the book was mediocre the reactions were tremendous. Yes, scholars began to examine women and white-collar crime if for nothing else to demonstrate how case studies are unable to provide a complete picture. Without the influence of my mentor, despite his reluctance to admit my book was okay, I suspect that my areas of study would have been quite different.

In short, universities must establish strong programs and hire faculty specializing in white-collar crime to nurture future scholars. Many of the most famous white-collar crime scholars are at universities in the US and Australia (e.g., John Braithwaite, Sally Simpson, Henry Pontell, Michael Benson, and David Friedrichs). They all helped promote the study of elite deviance by working and publishing with their students. Currently, one example of the importance of mentoring is Professor Rita Faria who is teaching white-collar crime to students in Portugal, some of whom are from Brazil. These students are developing research papers that will capture the attention of many academics. Work across the globe by respected scholars is inspiring a new generation that will begin to answer the many questions raised in our current and incomplete work. Despite my reluctance to admit to this idea, it appears that Zoom has brought us closer together in strange ways. The increase in international webinars and conferences opens numerous doors for collaboration and education that will, in turn, result in more academics undertaking the difficult task of studying white-collar crime.

(tradução livre)

Mulheres E Crime Do Colarinho Branco: Entrevista para a Revista Científica do CPJM

Mary Dodge¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

1. Os estudiosos afirmam que os crimes (em geral) são cometidos predominantemente por homens. Como se manifesta esta diferença ou contraste no crime de colarinho branco (*White-Collar Crime - WCC*)? É semelhante ao crime tradicional (*street crime*), ou teria certas peculiaridades?

Tal como o *street crime*, a investigação mostra que os homens, em comparação com as mulheres, são mais propensos a cometer crimes de colarinho branco, especialmente quando o infrator está a cometer um delito empresarial. Crimes de elite de alto nível, tais como abuso de informação privilegiada, fixação de preços, fraude e violação de regulamentos, são cometidos por homens bem sucedidos que se aproveitam das suas posições profissionais para se envolverem em atos ilegais e talvez imorais. A maioria das explicações teóricas sobre o crime têm tentado e falhado em explicar completamente por que os homens cometem mais crimes em todo o espectro. As explicações de crimes de colarinho branco centram-se no domínio masculino em empresas criminosas empresariais e profissionais. Em geral, as teorias relacionadas com a razão pela qual os homens cometem níveis mais elevados de crime são complicadas por questões de definição (o que é crime de colarinho branco?) e perspectivas opostas (quem comete crime de colarinho branco?). No entanto, algumas tendências únicas mostram diferenças no gênero e atividades criminosas. As mulheres, por exemplo, são mais susceptíveis de se envolverem em crimes de nível inferior, tais como a prostituição, o *check-kiting*, o furto em lojas, e o desvio de fundos. Enquanto os homens, como anteriormente mencionado, cometem mais crimes de rua violentos e se envolvem em crimes mais organizados

¹ PhD, Professora de Justiça Criminal na Escola de Assuntos Públicos da Universidade do Colorado, Denver – EUA.

e de colarinho branco. Pesquisas extensas também mostram que as motivações para cometer crimes de colarinho branco diferem por gênero. Diz-se que as mulheres se envolvem em crimes para ajudar a família e amigos. Em contraste, os homens procuram ganhos materiais e status.

A ocupação é a chave para compreender e explorar a criminalidade de colarinho branco. Muitos estudos concentram-se nos infratores e na forma como estes tiram partido da sua situação profissional para se envolverem em delitos. Ou seja, quem comete crimes de colarinho branco? A maioria dos delinquentes de colarinho branco são homens brancos mais velhos em posições de poder. A determinação da diferença no comportamento de gênero é mais complicada se a ênfase for colocada no delito. Ou seja, que tipos de comportamento constituem crime de colarinho branco? Defendo que a inclusão do desvio de fundos como crime de colarinho branco oferece pelo menos uma exceção à regra de que os homens cometem mais crimes do que as mulheres.

Nos Estados Unidos, vemos quase tantas ou mais mulheres serem presas por desvio de fundos com base no Relatório de Crimes Uniformes do FBI (*FBI's Uniform Crime Report*). Na realidade, este exemplo ilustra uma das questões problemáticas neste contexto. Muitos estudiosos argumentam que crimes profissionais de baixo nível, tais como roubo, fraude, ou desfalque, saem do domínio do crime de colarinho branco. Os crimes de mulheres desviantes, contudo, envolvem frequentemente milhões de dólares e podem resultar na vitimização generalizada de empresas, empregados e proprietários. Consequentemente, tenho dificuldade em classificar o desvio de fundos como fraude de baixo nível. A confusão aqui é obter uma base de dados adequada que pode lançar luz sobre questões importantes relacionadas com o gênero - muitas das quais permanecem sem resposta, apesar de um aumento na investigação ao longo da última década. A maioria das questões relacionadas com o gênero e a criminalidade de colarinho branco reflete os esforços das primeiras criminólogas feministas para explicar o envolvimento das mulheres em outros tipos de crime. Por outras palavras, o que constitui exatamente um crime de colarinho branco? Como explicar a diferença entre os sexos? Por que é que há menos mulheres envolvidas em crimes profissionais e empresariais? As atuais explicações teóricas são aplicáveis às mulheres e aos crimes de colarinho branco?

2. De que forma é que as dificuldades de acesso das mulheres a empregos de alto nível, em empresas ou em certas profissões, uma característica ainda presente na maioria das sociedades, têm alguma relação com a sub-representação das mulheres no WCC?

Creio que a oportunidade é um elemento essencial para explicar quem comete crimes de colarinho branco. Na maioria dos países, as mulheres trabalham em profissões que não são propícias à prática de crimes de elite. O status e a posição também estão intrinsecamente ligados a delitos de alto nível. Nos EUA, estamos a assistir a um aumento de mulheres em posições profissionais como advogada, médica, política, ou executiva empresarial, no entanto, os números continuam a ser baixos. Em 2022, menos de 10% dos diretores executivos da Fortune 500 (CEOs) eram mulheres. As mulheres estão longe de atingir a paridade no mundo empresarial. Uma pesquisa realizada por Darrell Steffensmeier e colegas, em 2013, descobriu que as mulheres raramente estavam envolvidas em grupos de conspiração e quando parte das fraudes empresariais ganhavam menos dinheiro. O estudo apoia a noção de que os casos de mulheres de alto poder que cometem crimes empresariais são atípicos. Enquanto Martha Stewart e Elizabeth Holmes receberam uma enorme atenção, incluindo livros, documentários, feitos para filmes televisivos, e cobertura noticiosa, as suas posições e comportamentos criminosos são raros para as mulheres. Um estudo de pesquisa mostrou que Martha Stewart recebeu muito mais cobertura da imprensa em jornais de Nova Iorque do que Kenneth Lay da Enron. Também se pode notar que o que Kenneth Lay, ao contrário de Martha Stewart, estava a vestir e o designer da sua bolsa nunca foram publicados nos jornais. Que tal isso para uma sensação de ironia? Elizabeth Holmes provavelmente usou o seu gênero para influenciar o resultado do julgamento e da sentença (ou seja, casamento, família, gravidez, aparência).

3. Independentemente do *glass ceiling*, existem outros fatores que explicam esta sub-representação das mulheres, especialmente nas grandes fraudes e/ou nos esquemas de corrupção?

Vários fatores podem influenciar as nossas atitudes e perspectivas das mulheres e da criminalidade de colarinho branco. Em primeiro lugar, os estereótipos continuam intactos. Muitas pessoas e culturas ainda acreditam que as mulheres pertencem à esfera privada,

permitindo que os patriarcas e a hipermasculinidade determinem o papel "próprio" das mulheres. Nos EUA, a legislação de proteção e as decisões arbitrárias dos tribunais que derrubam casos marcantes colocam as mulheres em desvantagem distinta na esfera pública e em mais estereótipos. Noutras partes do mundo, muitos dos direitos e oportunidades oferecidas às mulheres americanas são inexistentes. Segundo, e intimamente relacionado com estereótipos persistentes, é a rotulagem e os erros de escrita desviantes que atormentam alguns esforços para ir além da percepção de que as mulheres são de alguma forma "menos do que" os homens estão meramente "a fazer o género". Ambos os conceitos estão impregnados de uma hierarquia masculina. Além disso, as cores do trabalho e títulos criminosos como o azul, rosa e vermelho podem involuntariamente atribuir rótulos que diminuem os esforços de investigação em crimes de colarinho branco. Finalmente, o debate sobre as diferenças éticas e morais na tomada de decisões entre homens e mulheres sugere que as mulheres são diferentes e primam por fazer escolhas mais éticas. Em geral, tento manter alguma perspectiva sobre o ingrediente chave para compreender melhor o género e o crime com base numa conversa com Fred Adler, um conhecido estudioso feminista. Freda observou que o género era uma variável muito menos importante porque, no fim de contas, somos todos humanos.

4. Na sua opinião, que fator seria mais predominante para a sub-representação das mulheres no CMI: a falta de acesso a cargos superiores (teto de vidro) ou a segregação em redes informais masculinas (rede de velhos rapazes) que existem dentro das grandes corporações?

Esta é uma questão complicada que deveria ter uma resposta relativamente imediata. E eu gostaria que houvesse uma resposta fácil. Infelizmente, a falta de dados e investigação subsequente impede-nos de determinar quaisquer correlações ou potenciais relações causais. Saber se a divisão entre acesso e aceitação é igual, ou se uma tem mais impacto, ou quantas outras variáveis podem desempenhar um papel no baixo número de mulheres envolvidas no crime empresarial ainda tem de ser determinada. Nos EUA, o estilhaçamento do teto de vidro não conseguiu eliminar todas as barreiras que as mulheres enfrentam no local de trabalho. Estes obstáculos são ainda mais generalizados e aparentes quando o gênero, a raça, a etnia, e o estatuto socioeconômico se cruzam.

Como referi anteriormente, o acesso representa uma parte do problema. Os homens ainda controlam as arenas empresariais e políticas, o que deixa poucas oportunidades para as mulheres. Considere o seguinte exemplo de crime profissional. Por um lado, podemos especular que alguns crimes profissionais de colarinho branco, como a fraude médica, são de igual oportunidade, embora em 2022, o número estimado de mulheres médicas praticantes nos EUA fosse substancialmente mais baixo em comparação com os homens. Esta circunstância poderia sugerir que a falta de oportunidades e de participação poderia ser responsável pelas diferenças de gênero. Por outro lado, as médicas ganham menos dinheiro, o que pode resultar em níveis mais elevados de criminalidade de colarinho branco enquanto continuam a trabalhar como "outsiders" e tentam reduzir problemas financeiros ou níveis elevados de stress/esforço. Nestas circunstâncias, seria de esperar níveis mais elevados de envolvimento feminino. O mesmo argumento pode aplicar-se às mulheres na profissão jurídica. Atualmente, é impossível saber como e porquê as mulheres estão envolvidas em crimes de colarinho branco porque a "figura oculta do crime" (ou seja, incidentes não denunciados), o tratamento das mulheres no sistema de justiça criminal (por exemplo, a hipótese de cavalheirismo ou de mulheres más), e a falta de dados.

5. No âmbito da investigação sobre o WCC, pode afirmar-se que as mulheres seriam "mais respeitadoras da lei", "mais honestas" ou "mais éticas" do que os homens, ou esta suposição dependeria de mais provas científicas ou investigação?

Como mencionei, precisamos de investigação adicional antes de rotular as mulheres como mais honestas ou éticas. De fato, a investigação mais antiga, como os estudos de Kohlberg e Gilligan, pode não explicar o desenvolvimento moral no século XXI, dado o rápido crescimento tecnológico e as mudanças sociológicas.

6. No seu estudo "*Gender Constructions*" (*The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, 2016), há as seguintes passagens: "Os estereótipos de gênero no local de trabalho ligados à criminalidade de colarinho branco podem limitar a oportunidade de uma mulher cometer tais crimes porque "os homens não gostam de ter mulheres como parceiras no crime" (...) "A exclusão das mulheres em tais crimes de alto nível pode não

ser mais do que o sexismo masculino traduzido nos escalões superiores das empresas" (...) "Os homens normalmente estabelecem laços pessoais estreitos no escritório..." (pp. 204-205).

Será que estas declarações ainda são válidas, mesmo depois das transformações provocadas pela Pandemia de Covid-19, que impôs a necessidade de mudar o local de trabalho dos escritórios para o ambiente doméstico?

A marginalização das mulheres no local de trabalho pode ser exacerbada após a pandemia de Covid-19. As mudanças nas estruturas sociais e laborais deram a mais mulheres a oportunidade de "*opt-out*" ou trabalhar sem ser vista, em casa. Antes da pandemia, nos EUA, assistimos a um maior número de mulheres a abandonar o stress e a confusão do local de trabalho, o que pode resultar em menos incidentes de crimes de colarinho branco e aumento da criminalidade cibernética. Além disso, trabalhar a partir de casa pode relegar as mulheres para posições de influência doméstica em vez de participantes de alto rendimento na força de trabalho.

As mulheres, contudo, questionarão a sabedoria dos executivos das empresas que decidam cortar a força de trabalho com base no gênero. A eliminação de mais mulheres da força de trabalho pode resultar em maiores incidentes de crimes de colarinho branco por parte dos homens. As oportunidades para as mulheres estão mudando tanto de forma positiva como negativa. Elon Musk, o novo dono do *Twitter*, é um exemplo das mudanças que podemos esperar. Atualmente, entre outras questões problemáticas, o Musk está a ser processado por discriminação de gênero. A disparidade de gênero nos seus demitidos de emprego mostra que 57% das trabalhadoras perderam os seus empregos em comparação com menos de 1/2 dos empregados do sexo masculino. De fato, as demissões para engenheiros resultaram no que parecia ser desigualdades mais dramáticas (63% das mulheres perderam os seus empregos em comparação com 48% dos homens). Embora *Twitter* e Musk possam não representar uma empresa "típica", a mensagem subjacente de que os homens, apesar dos maus comportamentos, são mais valorizados, é clara.

7. No Brasil, como na maioria dos países da América Latina, os criminólogos têm pouco interesse no WCC em geral e, especialmente, nas investigações de gênero sobre este

tema. Pode-se dizer que, apesar de ser uma das maiores economias globais, no Brasil não existem estudos científicos sobre o assunto na comunidade acadêmica e científica. Na sua opinião, quais são as possíveis razões para esta falta de interesse? Que sugestões nos pode dar para alterar este quadro, que eu considero "desolador"?

O crime de colarinho branco é uma área difícil de especialização no meio acadêmico, o que limita o seu apelo aos estudiosos. A identificação de um subcampo para uma determinada carreira é difícil e as escolhas relacionadas com o trabalho escolar de licenciatura podem ser difíceis para um jovem estudioso que tenha outros interesses, tais como a criminalidade de colarinho branco. Além disso, a aquisição de dados sobre crimes de colarinho branco é um desafio que é quase impossível de ultrapassar em certos casos. Conseqüentemente, a falta de fontes de dados pode conduzir a um curso de estudo desde a fraude farmacêutica à vitimização médica, por exemplo, e, em última análise, atrasar os esforços de publicação. A investigação em crimes de colarinho branco envolve frequentemente trabalho qualitativo. Em alguns casos, o valor da investigação qualitativa é colocado abaixo dos esforços quantitativos ou dos métodos mistos. A pressão sobre os jovens estudiosos para publicarem requer mentores fortes que tenham uma paixão pelo estudo da criminalidade de colarinho branco. Qualitativa, sem dúvida, é mais difícil de publicar em revistas de grande tiragem.

Quando publiquei o livro sobre mulheres e crimes de colarinho branco em 2009, os dados eram escassos ou inexistentes. O meu mentor Gilbert Geis observou que escrever tal livro era uma ideia bastante ruim. Tinha acabado de terminar um estudo de caso aprofundado com Gil sobre médicos de fertilidade na Universidade da Califórnia, Irvine, que alegadamente abusaram de ovos humanos. Como passo seguinte, interessei-me pelas diferenças de gênero e descobri que a falta de atenção sobre o envolvimento das mulheres no crime de colarinho branco impulsionou a escola predominante de pensamento de que o comportamento criminoso em homens e mulheres é diferente. Fiquei intrigado com a hipótese de que as mulheres eram menos propensas a cometer crimes de colarinho branco e mais propensas a serem vitimizadas. No livro, baseei-me principalmente em casos anedóticos para apoiar os meus argumentos. Na época, a investigação de Kathleen Daly de 1989 continuou a destacar-se como o artigo definitivo sobre o gênero e o crime de colarinho branco/rosa. Embora reconhecidamente o livro fosse medíocre, as reações foram tremendas. Sim, os estudiosos começaram a examinar as

mulheres e os crimes de colarinho branco se por nada mais demonstrassem como os estudos de caso são incapazes de fornecer um quadro completo. Sem a influência do meu mentor, apesar da sua relutância em admitir que o meu livro era bom, suspeito que as minhas áreas de estudo teriam sido bastante diferentes.

Em suma, as universidades devem estabelecer programas fortes e contratar professores especializados em crimes de colarinho branco para alimentar os futuros estudiosos. Muitos dos mais famosos estudiosos da criminalidade de colarinho branco estão em universidades nos EUA e na Austrália (por exemplo, John Braithwaite, Sally Simpson, Henry Pontell, Michael Benson, e David Friedrichs). Todos eles ajudaram a promover o estudo do desvio de elite, trabalhando e publicando com os seus estudantes. Atualmente, um exemplo da importância da tutoria é a Professora Rita Faria, que está ensinando crimes de colarinho branco a estudantes em Portugal, alguns dos quais são do Brasil. Estes estudantes têm desenvolvido trabalhos de investigação que irão captar a atenção de muitos acadêmicos. O trabalho de acadêmicos respeitados em todo o mundo é inspirador para uma nova geração que começará a responder às muitas questões levantadas no nosso trabalho atual e incompleto. Apesar da minha relutância em admitir esta ideia, parece que o Zoom nos aproximou de formas estranhas. O aumento de webinars e conferências internacionais abre numerosas portas para a colaboração e educação que, por sua vez, resultarão em mais estudiosos a empreender a difícil tarefa de estudar a criminalidade de colarinho branco.

Women and White-Collar Crime: A Convenience Theory Perspective

Petter Gottschalk¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

1. Introduction

Traditionally, research on the fraction of women in white-collar crime has focused on females' lack of financial motive, organizational opportunity, and personal willingness for deviant behavior. This article applies the opposite perspective of traditional gender research on white-collar crime in terms of special female motive, opportunity, and willingness. Based on the theory of convenience, this article identifies convenience themes that are gender-specific in favor of female offenders. In the motive dimension of convenience theory, there is concern for others and strain causing depression and anxiety (Brands and Mehra, 2019). In the opportunity dimension, there are fewer women than men that face suspicions of misconduct, wrongdoing, and crime. In the willingness dimension, females as followers might justify their actions and neutralize their potential guilt feelings far better than males as leaders in crime by claiming loyalty to their leaders.

Most research on the fraction of women in white-collar crime has focused on female lack of financial motive, female lack of organizational opportunity, and female lack of personal willingness for deviant behavior. Scholars such as Cumming et al. (2015), Dodge (2007), Holtfreter (2015), and Steffensmeier et al. (2013) emphasized lack of female motive. Scholars such as Benson and Gottschalk (2015), Benson and Simpson (2018), Dodge (2009), and Gottschalk and Smith (2015) emphasized lack of female opportunity. Scholars such as Becker and McCorkel (2011), Benson and Harbinson (2020), Galvin (2020), and Goulette (2020) emphasize lack of female willingness. Yet the fact that some women do commit crime suggests females do not always lack motive, opportunity or willingness.

¹ Professor, Department of Leadership and Organizational Behavior, BI Norwegian Business School, Nydalsveien 37, 0343 Oslo, Norway, petter.gottschalk@bi.no, +4746410716.



This article examines the opposite perspective of traditional gender research on white-collar crime in terms of special female motive, opportunity, and willingness by addressing the following research questions: What are elements of female motive? What are elements of female opportunity? What are elements of female willingness? To answer these questions, this article applies the theory of convenience for white-collar crime (Braaten and Vaughn 2019; Dearden and Gottschalk, 2020; Gottschalk, 2022).

2. Female White-Collar Offenders

A female white-collar offender is a woman who abuses her professional position to commit and conceal financial crime that can benefit herself or the business. She belongs to the elite in society where she enjoys legitimate access to resources. She commits financial crime in the course of her occupation. She is a person of respectability and high social status who commits crime in the course of professional activities (Sutherland 1939). This definition is a well-known and influential description of what is the offender-based approach to defining white-collar crime (Friedrichs et al. 2018). The definition emphasizes that white-collar crime is financial crime by privileged individuals in society who abuse their legitimate access to resources to violate laws (Craig and Piquero 2017; Schnatterly et al., 2018). White-collar crime is financial crime committed by privileged individuals in a professional context where offenders have legitimate access to resources based on powerful positions and personal trust (Logan et al., 2019).

While the offender-based definition is mainly used in this book, throughout the text offenses play an important role in the material and thus reflect the offense-based definition (Goossen et al., 2016; Piquero, 2018; Piquero and Schoepfer, 2010). An argument for the offense-based perspective is that everyone can commit fraud on the Internet, an act that was impossible when Sutherland (1939) coined the term white-collar crime eight decades ago (Geest et al., 2017) Another argument is to reflect the heterogeneous nature of white-collar crime in contemporary societies (Onna, 2020).

The predominance of males in virtually all forms of crime is one of the most well-established empirical regularities in criminology (Benson and Gottschalk, 2015). The gender gap in crime, however, is not uniform, that is, it varies over offense type. Males dominate most heavily in the commission of direct contact predatory street crime involving violence, such as

murder or robbery, while females commit a somewhat larger share of minor property crime such as shoplifting or theft. For example, males account for over 90 percent of arrests for robbery but only 65 percent of arrests for minor property crime in the United States (Steffensmeier and Allan, 2000). Researchers have documented that the gender gap in crime extends to white-collar offenses. This gap apparently still persists to the present day. In a study of the gender breakdown of defendants in the Enron and post-Enron financial scandals in the United States, research suggests that only seven percent of involved individuals were women. Further, as it does with street crime, the gender gap in white-collar crime also varies over different types of offenses (Benson and Simpson, 2018; Dodge, 2009). For example, a study of people convicted in the U.S. federal justice system found that women comprised less than five percent of the antitrust, securities, tax, and bribery offenders, but close to half of the bank embezzlement offenders. Holtfreter (2005) analyzed data collected by the Association of Certified Fraud Examiners and found differences in the types of fraud committed by men and women with men dominating in forms of fraud that require greater access to organizational resources. The gender gap might decrease over time both by female offending growing and by male offending declining (Estrada et al., 2016; Steffensmeier et al., 2005).

In Norway, women constitute only seven percent of white-collar inmates, while the rest are men (Benson and Gottschalk, 2015). Estrada et al. (2019: 145) argued that there is a declining gender gap in registered crime, while still “the fact that men commit a much larger number of offences than women is one of the central findings in criminological research”. Similarly, Messerschmidt (1997) suggested that gender is an important predictor of criminal involvement as males dominate criminal activity. Holtfreter (2015: 422) found that “the gender gap in crime – the overrepresentation of males in virtually all official arrest statistics – has narrowed in recent decades and is considerably smaller for white-collar crime”. Therefore, one might hypothesize that as gender equality increases, women’s involvement in white-collar crime will become more like men’s, especially if gender equality is reflected in improved economic standing and employment opportunities for men.

The gender gap described above represents well-known insights into white-collar crime from traditional research. What makes gender research more exciting is the potential gender gap in detection rates for women versus men. Based on a review of research literature, Figure 1 shows an estimated relative detection risk for women versus men of only thirty percent in

Norway. The number implies a likelihood of detection of three percent for women and nine percent for men. This is because Gottschalk and Gunnesdal (2018) found that only one out of eleven white-collar offenders in Norway end up being detected, prosecuted, and incarcerated. When there is only a nine percent chance for men, then there is only a three percent chance for women, if the relative detection risk is only thirty percent for women.

Gottschalk and Gunnesdal (2018) base their estimate on expert elicitation. Expert elicitation refers to a systematic approach to synthesize subjective judgments of experts on a topic where there is uncertainty due to lack of data. (Heyman and Sailors 2016; Valkenhoef and Tervonen 2016). The experts also received questions about their estimate for detection dependent on gender. Expert replies were on average 10.5% and 6.5% respectively for male and female offenders in Norway (Gottschalk and Gunnesdal, 2018).

Dearden and Gottschalk (2020) estimated a relative detection risk of women versus men in Utah in the United States of 92 percent, which indicates no major gender gap. Returning to Norway, this book presents two surveys among business school students that indicate relative detection of 75 percent and 65 percent respectively.

One potential contributor to the assumed and estimated gender gap in crime detection is the amount of money involved in white-collar crime. In the Norwegian sample studied by Benson and Gottschalk (2015), the average economic gain from crime was lower for female offenders than for male offenders. The average economic gain for women in white-collar crime was nine million Norwegian kroner, which is a little less than one million US dollars. The average economic gain for men was fifty million Norwegian kroner, which is about five million US dollars. Thus, the crime amount for male offenders was more than five times larger than for female offenders. The unknown detection rate for women versus men makes the convenience perspective interesting, since convenience in crime increases when the detection risk decreases.

3. Motive-Opportunity-Willingness

White-collar crime is a matter of financial motive, organizational opportunity, and personal willingness for deviant behavior. This research applies the theory of convenience, which is an emerging new perspective on white-collar crime, where the research literature is growing rapidly. The integrated deductive theory of convenience results from a synthesis of perspectives in three dimensions:

- *Convenience in motive.* It is convenient to use illegitimate financial gain to explore possibilities and avoid threats (Naylor 2003). Climb the hierarchy of needs for status and success (Maslow 1943), realize the American dream of prosperity (Schoepfer and Piquero 2006), satisfy the need for acclaim as a narcissist (Chatterjee and Pollock 2017), and restore the perception of equity and equality (Clark et al., 2010) are some of the perspectives integrated in the motive dimension of convenience theory. In addition, goal setting is a common practice in the field of organizational behavior, where high performance goals tend to encourage unethical behavior (Welsh, Bush, Thiel, and Bonner 2019). The extra profit from financial crime enables the offender to handle desired possibilities and potential threats. It is mainly the convenience of extra profit, rather than the convenience of illegal profit, that is important in the motive dimension of convenience theory. However, under certain circumstances, there might be some extra benefits from illegal extra profit rather than extra profit in general, since illegal funds avoid the attention of external and internal control mechanisms, including compliance functions (Kawasaki 2020). Illegitimate financial gain can thus find its ways into exploring possibilities and avoiding threats that recorded funds cannot.
- *Convenience in opportunity.* There is convenient access to resources to commit and conceal financial crime. Legitimate access to premises and systems (Benson and Simpson, 2018), specialized access in routine activity (Cohen and Felson 1979), blame game by misleading attribution to others (Eberly et al. 2011), and institutional deterioration (Rodriguez et al., 2005) are some of the perspectives integrated in the opportunity dimension of convenience theory. A typical white-collar offender does not go into hiding as many street criminals do. Rather, the offender conceals financial crime among legal transactions to make illegal transactions seem legitimate, or the offender conceals financial crime by removing certain activities from the books. A typical white-collar offender who has convenient legitimate access to commit crime might spend most of the energy on concealing crime in the professional context (Huisman and Erp, 2013; McClanahan and South, 2020).
- *Convenience in behavior.* Offenders can conveniently justify crime and neutralize guilt feelings (Dearden, 2016, 2017, 2019). Application of neutralization techniques (Sykes and Matza, 1957), sliding on the slippery slope (Welsh et al. 2014), lack of self-control (Gottfredson and Hirschi, 1990), and narcissistic identification with the organization

(Galvin et al., 2015) are some of the perspectives integrated in the willingness dimension of convenience theory. Learning from others by differential association (Sutherland, 1983) and professional deviant identity (Obodaru, 2017) are some further perspectives. When a white-collar offender justifies crime, then it is obvious to him and her that wrongdoing occurred. However, the offender can claim that the act of wrongdoing is morally justifiable (Schnatterly et al., 2018), and that a negative life event has occurred (Engdahl, 2015). When a white-collar offender denies a guilty mind, then the offender applies neutralization techniques. When a white-collar offender makes crime as a choice, it is convenient based on identity (Galvin et al., 2015), rationality (Pratt and Cullen, 2005), and learning from others (Sutherland, 1983). Social identity is an individual's self-concept as an organizational member (Piening et al., 2020).

Convenience is the state of being able to proceed with something with little effort or difficulty, avoiding pain and strain (Mai and Olsen, 2016). A convenient individual is not necessarily bad or lazy. On the contrary, the person is often both smart and rational when choosing a convenient option (Blickle et al., 2006; Sundström and Radon, 2015). As a relative construct, convenience theory is in line with the crime-as-choice perspective.

Figure 1 presents a structural model of convenience theory. It divides the motive in possibilities and threats, while the opportunity is to commit and conceal crime, and the willingness is a choice and a claim of innocence.

4. Women Convenience Themes

The first convenience theme in Figure 1 is the motive-possibilities-individual perspective. For female white-collar criminals, illegitimate gain can help achieve goals that seem more important to women than to men. The offender needs to satisfy her desire to help others as a social concern. Agnew (2014) introduced the motive of social concern and crime, where there is a desire to help others, and thus moved beyond the assumption of simple self-interest. However, as argued by Paternoster et al. (2018), helping others can be a self-interested, rational action that claims social concern. The feminine morale emphasizes social dimensions more than material dimensions although materialism has emerged in feminism (Sullivan, 2012).

When Klenowski et al. (2011: 58) interviewed twenty convicted female white-collar offenders, “the most common way that females framed their actions was to show that their ultimate goals were to provide support and aid to those for which they cared”, for example:

Well what really happened is my two daughters when they were three and five years old in 1990, 1991 they were sexually abused by their father and I aligned myself with somebody that was able to pay my legal bills to fight for custody and to fight for justice in that regard so I guess I'm here because of what I did and I should be here but I don't think I should be here because of my motive. I feel like I was only doing what I had to do as a mother.

The paradigm of gendered focal concern contends that women socialize into accepting nurturing role obligations that emphasize the importance of social relationships and communalistic orientations toward others. Through the assimilation of these obligations, women develop identities as caregivers (Steffensmeier et al., 2013).

Furthermore, as argued by Holtfreter (2015), strain might vary with gender. For example, there are suggestions that gender differences exist in the types of strain experienced, as well as in the reactions to particular strains. Females may respond to strain with depression and anxiety (Brands and Mehra, 2019), while males may respond with negative emotions in the form of anger aggression. In the motive-possibilities-corporate perspective for women in white-collar crime in Figure 1, corporate goals, ambitions, objectives and ends can thus become extremely important for female executives to get rid of strain from depression and anxiety caused by lack of corporate goal achievement. Female executives have moved through the glass ceiling (Dodge, 2009), and they will not succeed with continued strain, stress and particularly uncertainty (Langton and Piquero, 2017).

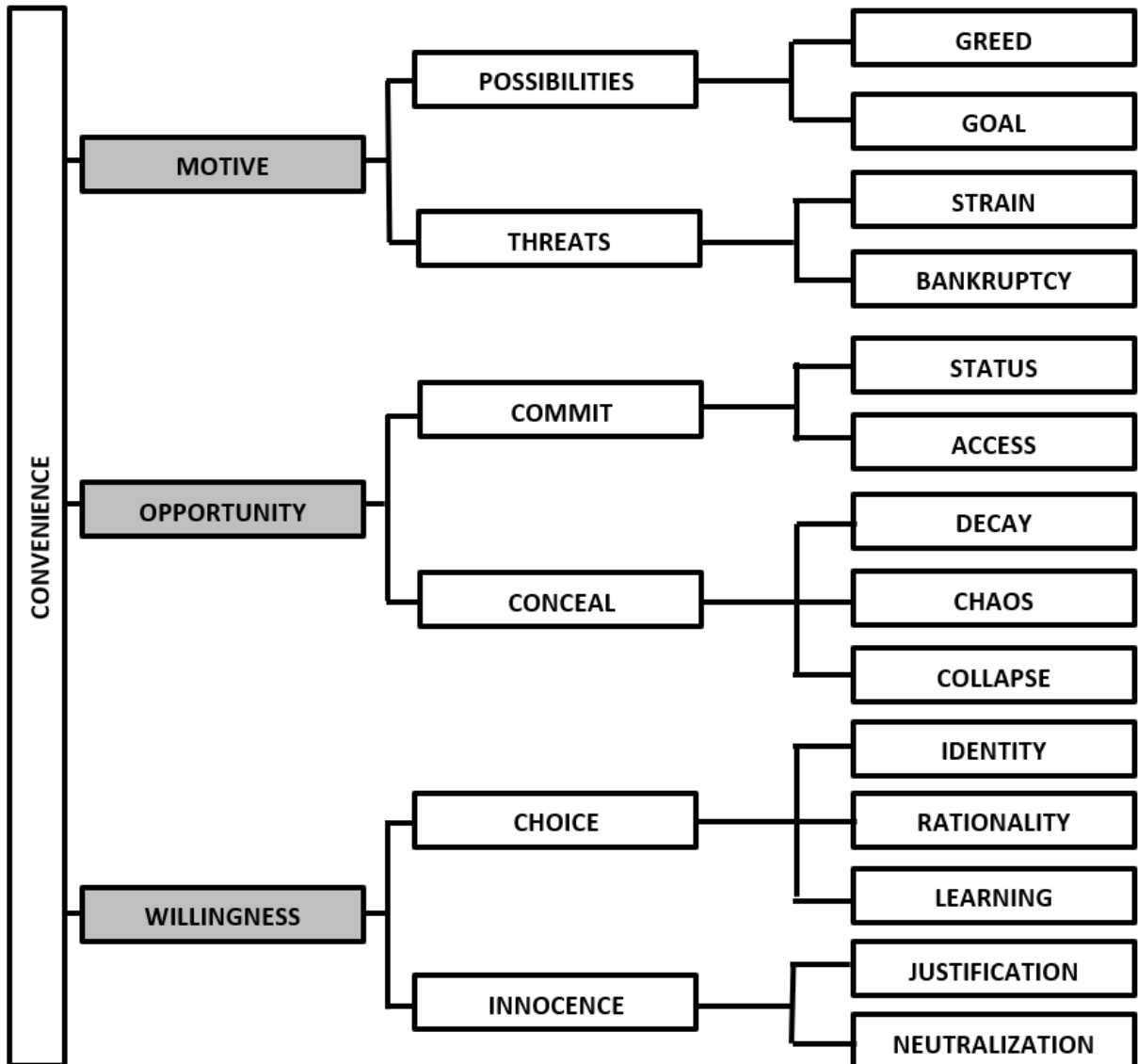


Figure 1 *Structural model of convenience theory*

The strain perspective has become one of the leading theoretical explanations for crime (Agnew 2005, 2012; Cleff et al., 2013; Froggio and Agnew, 2007; Hoffmann, 2002; Langton and Piquero, 2007; Ngo and Paternoster, 2016). The strain perspective emphasizes the frustration of not succeeding with a task, such as the inability to avoid the threat of personal or corporate bankruptcy. Strains tend to generate negative emotions, which create pressures for corrective action to reduce the gap between the desired and actual situation, with crime being one possible response. Since strains vary with gender, individual and corporate threats illustrated in Figure 1 can thus trigger specific motives among women as offenders.

In the opportunity dimension of convenience theory, the female opportunity structure is less focused on the commit perspective and more on the conceal perspective. The obvious advantage for female offenders is simply that they do not face suspicions of crime to the extent that males face suspicion when something goes wrong.

A simple experiment might illustrate the gender difference in suspicion. We have presented the following question as an experiment to a number of audiences in Norway over the years: Whom would you bribe? You would like to build a summer mansion on a property that the state has regulated for recreation. The real estate is at the oceanfront on the shoreline within the 100 meters belt. It is on the southern coastline of Norway, where the public has preferential access. You have the choice of bribing a female or male official in the municipality who are both in the position of granting permits. They both have the same powers to approve your application. Considering all the audiences, a large majority always votes exclusively for bribing the male official. Almost no one would bribe a female official in the municipality. Less than five percent on average would involve the woman in corruption, since they do not believe that women will commit white-collar crime. The result from this experiment finds support in an Australian study, which found that women have less of a chance of getting involved in corruption (Bowman and Gilligan, 2008).

Women tend to express more ethical responsibility than men do, making them less relevant to blame when suspicion arises. However, as documented in a study by Dalton and Ortegren (2011), women's responses to ethical issues can result from the social desirability response bias. The social desirability response bias appears to be driving a significant portion of the relationship between gender and ethical decision-making, where females consistently report more ethical responses than males. A review of the empirical ethical decision-making literature by O'Fallon and Butterfield (2005) concluded that often there are no differences found between men and women. Adding to the convenience theme of expressing ethical responsibility, women offenders can also expand their organizational opportunity by expressing emotional intensity. A quite consistent finding in the emotions literature is that both expectations to women and behavior by women imply greater emotional intensity and emotional expressiveness than men, and such differences hold for both positive and negative emotions. According to Scott and Barnes (2011), the root of such differences may lie in role development, whereby females follow a socialization to be more emotionally expressive while

men follow a socialization to stay more restrained emotionally. For example, confronted with allegations of financial crime, females tend to respond by crying innocently more frequently than males do. This has been observed frequently in Norwegian court rooms. Listeners become motivated to believe a story from a crying person. Misleading attribution of blame to others might follow (Eberly et al., 2011).

Female offenders can hide behind their leaders as frequent followers in crime rather than leaders in crime (Gottschalk and Smith, 2015). When someone detects deviant leaders, followers might still avoid attention. Even when female co-offenders get attention from the criminal justice system, the prosecution tends to focus on the main individuals involved in crime, which can benefit women who played minor roles in the crime.

In their analysis of the schemes behind corporate frauds, Steffensmeier et al. (2013) found that most of the time women received directives and orders from others and were included in the criminal conspiracy only because their job duties made them instrumental to carrying out the crime. A U.S. study documents that female white-collar crime increases when women feel invited by men to participate (Becker and McCorkel, 2011).

As frequent followers in crime, rather than leaders in crime, female offenders have gender-specific themes in the willingness dimension of convenience theory. For example, claiming loyalty is a potential neutralization technique for women as followers. In the perspective of leader and follower, a follower has a belief in the leader's pressure as morally right that can make the follower experience shame and guilt if failing to support the leader (Fehr et al, 2015). Glasø and Einarsen (2008) studied emotion regulation in leader-follower relationships. They found that followers typically suppress negative emotions such as disappointment, uncertainty, and annoyance, while they typically express or fake positive emotions such as enthusiasm, interest, and calmness. Leader may use language that followers do not necessarily understand. Followers nevertheless trust leader messages. Language shapes what people notice and ignore (Ferraro et al., 2005), and language is a window into organizational culture (Holt and Cornelissen, 2014; Srivastava and Goldberg, 2017; Weick, 1995). Leader language can cause obedience among followers (Mawritz et al., 2017).

This article challenges traditional thinking that it is mainly lack of motive, lack of opportunity, and lack of willingness that explain the registered gender gap in financial crime by elite members in society. Given the assumed and estimated substantial gap in detection rate

(Dearden and Gottschalk, 2020; Gottschalk and Gunnesdal, 2018), this article suggests some special convenience themes that are in favor of women. However, to balance this article, there are obviously strong forces that keep female offending below male offending.

Many organizations, both public and private, apply management by objectives as the dominating governance structure. Such goal-oriented organizations have sometimes a culture of ends justifying means, where you do whatever it takes to reach goals. Goals can be at the organizational level as well as at the individual level. If deviant means, including crime, find justification in achievement of objectives, goals and ends, then the tendency to commit crime increases in such organizations. In our gendered perspective, the question arises whether there is a difference in attractiveness of such organizations for males versus females. Jonnergård et al. (2010) found that organizations with a strong management by objectives culture are less attractive to women. Their survey shows that women find less motivation in achievement of performance goals compared to men. In our perspective of organizational opportunity for women, female avoidance of goal-oriented organizations leads to reduced organizational opportunity to commit and conceal economic crime as compared to men.

The gendered structure of many workplaces restricts women from achieving the kind of leadership positions that provide convenient opportunity to commit occupational and corporate crime (Holtfreter, 2015). As long as a glass ceiling exists for most women in terms of promotion to top positions, women have less opportunity to commit white-collar crime (Dodge, 2009). The emancipation hypothesis suggests that incidents of women in white-collar crime will increase as access to opportunities increase (Steffensmeier et al., 2013). However, Benson and Gottschalk (2015) found very limited support for the emancipation hypothesis as they compared Norway to the United States, where the Norwegian gender gap is much smaller than the US gender gap. Even though gender inequality is much lower in Norway than the United States, the gender gap in Norwegian white-collar crime appears to be nearly identical to that observed in the United States. Even when women have reached the top of an organization as the chief executive officer (CEO), there are still gender differences in the disfavor of females. For example, Gupta et al. (2020) found that female CEOs are significantly more likely to experience dismissal than male CEOs. Interesting is their finding of a CEO gender by firm performance interaction such that male CEOs are less likely to be dismissed when corporate performance is

according to expectations, whereas female CEOs have a similar level of dismissal probability regardless of corporate performance.

In conclusion, this article has approached the gender perspective on elite financial crime in a perspective of special convenience themes for female offenders. Some of the convenience elements that are gender-specific to the advantage of women need further study. Future research based on evidence of lower detection rates for female versus male white-collar offenders needs to expand the convenience themes that can explain the detection gap. If successful, then such research can, in fact, reduce the detection gap by increasing the detection rate for female offenders as the special convenience themes for women enter into governance actions in public and private organizations.

5. The Case of Harriette Walters

Harriette Walters served as a tax assessments manager for the District of Columbia. She was convicted of being the central participant in the largest fraud scheme ever perpetrated by a government official in the District. In September 2008, Walters pleaded guilty to federal charges related to the theft of over \$48 million of district funds. Counsel from Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr and forensic accounting advisors from PricewaterhouseCoopers were hired to investigate how Walters was able to embezzle 48 million of funds from the District of Columbia (WilmerHale and PwC, 2008).

Walters masterminded a nearly two-decade-long scheme in which she processed fraudulent real property tax refunds and arranged for the proceeds of those funds to be deposited into bank accounts controlled by her and her friends and family. For example, she cashed refund checks that were returned when the taxpayer recipient had died. She also fabricated several tax refund checks. It appeared that Walters had figured out that she had the last eyes on the tax refund check and operated with little monitoring (Stewart and Nakamura, 2007).

Because of the lack of monitoring, four managers were held responsible for failing to catch the fraud. The four managers resigned: deputy chief financial officer Sherryl Hobbs Newman, her deputy director Matthew Braman, the director of real property tax administration Martin A. Skolnik, and the chief assessor Thomas Branham (Stewart and Nakamura, 2007).

The investigation by WilmerHale and PwC (2008) had a mandate of determining how Walters was able to embezzle over nearly 20 years and recommending changes in controls,

work environment, and oversight structures that could help prevent future fraudulent schemes. The investigation should not attempt to trace the stolen money or determine how the money was distributed or spent. Nor did the mandate seek to determine the guilt or innocence of any participants in Walters' scheme. Federal authorities had addressed those issues.

Upon completing the investigation, WilmerHale and PwC (2008) concluded that Walters perpetrated her lengthy fraud scheme due to a failure of controls, a dysfunctional work environment, and a lack of oversight. The reliability of the real property tax refunds process could not be ensured because no policies or procedures could be found within the Office of Tax and Revenue (OTR), which formally documented how real property tax refunds should be processed. If policies and procedures did exist, managers and employees did not follow them consistently. Managers in the OTR did not test the refund process or take basic steps to examine real property tax refunds. In fact, when Walters began her scheme her managers in the Real Property Tax Administration (RPTA) signed off on these refund vouchers without reviewing the attached documentation for legitimacy (WilmerHale and PwC, 2008: 3):

Worse, Walters's direct supervisor in 2003 evidently made clear in words or deeds that she no longer wished to sign off on real property tax refund vouchers at all. This apparent abdication of managerial responsibility allowed Walters to process all real property tax refunds, regardless of amount, without any need to obtain the review and approval of a higher-level authority.

This failure of managers to exercise responsibility allowed Walters to process all real property tax refunds without review and approval from upper management. In addition, there was a lack of automated controls.

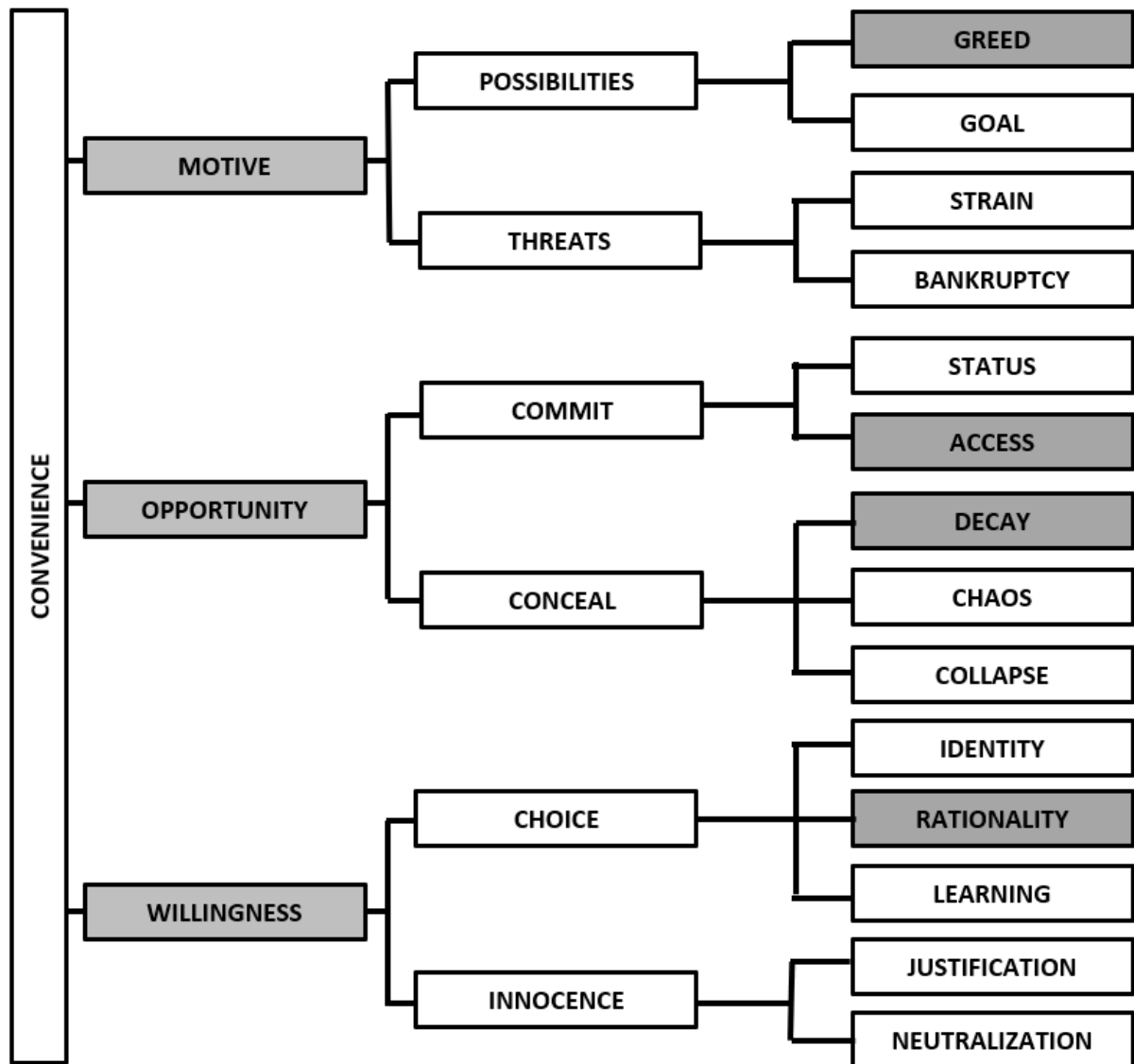


Figure 2 Convenience themes in the case of Harriette Walters

When finally detected, Walters confessed to the charges. In addition to Walters, ten more individuals pled guilty in connection with her scheme. None were District employees. They were a bank manager, relatives and friends. Convenience themes in Walters' fraud scheme are illustrated in Figure 2.

6. References

Agnew, R. (2005). *Pressured into Crime: An Overview of General Strain Theory*. Oxford, UK: Oxford University Press.

Agnew, R. (2012). Reflection on 'A revised strain theory of delinquency', *Social Forces*, 91 (1), 33-38.

Agnew, R. (2014). Social concern and crime: Moving beyond the assumption of simple self-interest, *Criminology*, 52 (1), 1-32.

Becker, S. and McCorkel, J.A. (2011). The gender of criminal opportunity: The impact of male co-offenders on women's crime, *Feminist Criminology*, 6 (2), 79-110.

Benson, M.L. and Gottschalk, P. (2015). Gender and white-collar crime in Norway: An empirical study of media reports, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 43 (4), 535-552.

Benson, M.L. and Harbinson, E. (2020). Gender and criminal thinking among individuals convicted of white-collar crime, *Criminal Justice Studies*, published online, doi.org/10.1080/1478601X.2020.1709953.

Benson, M.L. and Simpson, S.S. (2018). *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, (3rd Edition). New York, NY: Routledge.

Blickle, G., Schlegel, A., Fassbender, P. and Klein, U. (2006). Some personality correlates of business white-collar crime, *Applied Psychology: An International Review*, 55 (2), 220-233.

Bowman, D. and Gilligan, G. (2008). Public awareness of corruption in Australia, *Journal of Financial Crime*, 14 (4), 438-452.



Braaten, C.N. and Vaughn, M.S. (2019). Convenience theory of cryptocurrency crime: A content analysis of U.S. federal court decisions, *Deviant Behavior*, published online <https://doi.org/10.1080/01639625.2019.1706706>.

Brands, R.A. and Mehra, A. (2019). Gender, brokerage, and performance: A construal approach, *Academy of Management Journal*, 62 (1), 196-219.

Chatterjee, A. and Pollock, T.G. (2017). Master of Puppets: How Narcissistic CEOs Construct Their Professional Worlds, *Academy of Management Review*, 42 (4), 703-25.

Clark, L.A., Foote, D.A., Clark, W.R. and Lewis, J.L. (2010). Equity sensitivity: A triadic measure and outcome/input perspectives, *Journal of Managerial Issues*, 22 (3), 286-305.

Cleff, T., Naderer, G. and Volkert, J. (2013). Motives behind white-collar crime: Results of a quantitative study in Germany, *Society and Business Review*, 8 (2), 145-159.

Cohen, L.E. and Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach, *American Sociological Review*, 44, 588-608.

Craig, J.M. and Piquero, N.L. (2017). Sensational offending: An application of sensation seeking to white-collar and conventional crime, *Crime and Delinquency*, 63 (11), 1363-1382.

Cumming, D., Leung, T.Y. and Rui, O. (2015). Gender diversity and securities fraud, *Academy of Management Journal*, 58 (5), 1572-1593.

Dalton, D. and Ortegren, M. (2011). Gender differences in ethics research: The importance of controlling for the social desirability response bias, *Journal of Business Research*, 103, 73-93.

Dearden, T.E. (2016). Trust: The unwritten cost of white-collar crime, *Journal of Financial Crime*, 23 (1), 87-101.

Dearden, T.E. (2017). An assessment of adults' views on white-collar crime, *Journal of Financial Crime*, 24 (2), 309-21.

Dearden, T.E. (2019). How modern psychology can help us understand white-collar criminals, *Journal of Financial Crime*, 26 (1), 61-73.

Dearden, T.E. and Gottschalk, P. (2020). Gender and white-collar crime: Convenience in target selection, *Deviant Behavior*, published online doi: 10.1080/01639625.2020.1756428.

Dodge, M. (2007). Women who commit white-collar crime. In: Pontell, H.N. and Geis, G., editors, *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, (pp. 379-405), NY, New York: Springer Science + Business Media.

Dodge, M. (2009). *Women and White-Collar Crime*, Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.

Eberly, M.B., Holley, E.C., Johnson, M.D. and Mitchell, T.R. (2011). Beyond internal and external: a dyadic theory of relational attributions, *Academy of Management Review*, 36 (4), 731-753.

Engdahl, O. (2015). White-collar crime and first-time adult-onset offending: Explorations in the concept of negative life events as turning points, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 43 (1), 1-16.

Estrada, F., Bäckman, O. and Nilsson, A. (2016). The darker side of equality? The declining gender gap in crime: Historical trends and an enhanced analysis of staggered birth cohorts, *British Journal of Criminology*, 56 (6), 1272-1290.

Estrada, F., Nilsson, A. and Pettersson, T. (2019). The female offender: A century of registered crime and daily press reporting on women's crime, *Nordic Journal of Criminology*, 20 (2), 138-156.

Fehr, R., Yam, K.C. and Dang, C. (2015). Moralized leadership: The construction and consequences of ethical leader perceptions, *Academy of Management Review*, 40 (2), 182-209.

Ferraro, F., Pfeffer, J. and Sutton, R.I. (2005). Economics Language and Assumptions: How Theories can become Self-Fulfilling, *Academy of Management Review*, 30 (1), 8-24.

Friedrichs, D.O., Schoultz, I. and Jordanoska, A. (2018). *Edwin H. Sutherland, Routledge Key Thinkers in Criminology*, Routledge, UK: London.

Froggio, G. and Agnew. R. (2007). The relationship between crime and ‘objective’ versus ‘subjective’ strains, *Journal of Criminal Justice*, 35, 81-87.

Galvin, M.A. (2020). Gender and white-collar crime – Theoretical issues, *Criminal Justice Studies*, published online, doi.org/10.1080/1478601X.2020.1709954.

Galvin, B.M., Lange, D. and Ashforth, B.E. (2015). Narcissistic organizational identification: Seeing oneself as central to the organization’s identity, *Academy of Management Review*, 40 (2), 163-181.

Geest, V.R., Weisburd, D. and Blokland, A.A.J. 2017. Developmental trajectories of offenders convicted of fraud: A follow-up to age 50 in a Dutch conviction cohort, *European Journal of Criminology*, 14 (5), 543-565.

Glasø, L. and Einarsen, S. (2008). Emotion regulation in leader-follower relationships, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 17 (4), 482-500.

Goossen, M., Seva, I.J. and Larsson, D. (2016). Basic human values and white-collar crime: Findings from Europe, *European Journal of Criminology*, 13 (4), 434-452.

Gottfredson, M.R. and Hirschi, T. (1990). *A General Theory of Crime*, Palo Alto, CA: Stanford University Press.

Gottschalk, P. (2022). Trusted chief executives in convenient white-collar crime, *Crime & Delinquency*, 1-29, published online doi 10.1177/00111287221104737.

Gottschalk, P. and Gunnesdal, L. (2018). *White-Collar Crime in the Shadow Economy: Lack of Detection, Investigation, and Conviction compared to Social Security Fraud*, Palgrave Pivot, Palgrave Macmillan, Springer Publishing, UK: London.

Gottschalk, P. and Smith, R. (2015). Gender and white-collar crime: Examining representations of women in media, *Journal of Gender Studies*, 24 (3), 310-325.

Goulette, N. (2020). What are the gender differences in risk and needs of males and females sentenced for white-collar crime? *Criminal Justice Studies*, published online doi.org/10.1080/1478601X.2020.1709951.

Gupta, V.K., Mortal, S.C., Silveri, S., Sun, M. and Turban, D.B. (2020). You're fired! Gender disparities in CEO dismissal, *Journal of Management*, 46 (4), 560-582.

Heyman, J. and Sailors, J. (2016). A respondent-friendly method of ranking long lists, *International Journal of Market Research*, 58 (5), 693-710.

Hoffmann, J.P. (2002). A Contextual Analysis of Differential Association, Social Control, and Strain Theories of Delinquency, *Social Forces*, 81 (3), 753-85.

Holt, R. and Cornelissen, J. (2014). Sensemaking Revisited, *Management Learning*, 45 (5), 525-539.

Holtfreter, K. (2005). Is occupational fraud 'typical' white-collar crime? A comparison of individual and organizational characteristics, *Journal of Criminal Justice*, 33, 353-365.



Holtfreter, K. (2015). General theory, gender-specific theory, and white-collar crime, *Journal of Financial Crime*, 22 (4), 422-431.

Huisman, W. and Erp, J. (2013). Opportunities for environmental crime, *British Journal of Criminology*, 53, 1178-1200.

Jonnergård, K., Stafssudd, A., and Elg, U. (2010). Performance evaluations as gender barriers in professional organizations: A study of auditing firms, *Gender, Work and Organization*, 17 (6), 721-747.

Kawasaki, T. (2020). Review of comparative studies of white-collar and corporate crime. Pages. 437-447 in *The Handbook of White-Collar Crime*. Hoboken, NJ: Wiley and Sons, chapter 27.

Klenowski, P. M., Copes, H. and Mullins, C. W. (2011). Gender, identity, and accounts: How white-collar offenders do gender when making sense of their crime, *Justice Quarterly*, 28 (1), 46-69.

Langton, L. and Piquero, N.L. (2007). Can General Strain Theory Explain White-Collar Crime? A Preliminary Investigation of the Relationship between Strain and Select White-Collar Offenses, *Journal of Criminal Justice*, 35 (1), 1-15.

Logan, M.W., Morgan, M.A., Benson, M.L. and Cullen, F.T. (2019). Coping with imprisonment: Testing the special sensitivity hypothesis for white-collar offenders, *Justice Quarterly*, 36 (2), 225-254.

Mai, H.T.X. and Olsen, S.O. (2016). Consumer Participation in Self-Production: The Role of Control Mechanisms, Convenience Orientation, and Moral Obligation, *Journal of Marketing Theory and Practice*, 24 (2), 209-223.

Maslow, A.H. (1943). A theory of human motivation, *Psychological Review*, 50 (4), 370-396.

Mawritz, M.B., Greenbaum, R.L., Butts, M.M. and Graham, K.A. (2017). I just can't control myself: A self-regulation perspective on the abuse of deviant employees, *Academy of Management Journal*, 60 (4), 1482-1503.

McClanahan, B. and South, N. (2020). 'All knowledge begins with the senses': Towards a sensory criminology, *British Journal of Criminology*, 60, 3-23.

Messerschmidt, J.M. (1997). *Crime as Structured Action: Gender, Race, Class, and Crime in the Making*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

Naylor, R.T. (2003). Towards a general theory of profit-driven crime, *British Journal of Criminology*, 43, 81-101.

Ngo, F., and Jaishankar, K. (2017). Commemorating a decade in existence of the international journal of cyber criminology: A research agenda to advance the scholarship on cybercrime. *International Journal of Cyber Criminology*, 11(1), 1-9.

Obodaru, O. (2017). Forgone, but not forgotten: Toward a theory of forgone professional identities, *Academy of Management Journal*, 60 (2), 523-553.

O'Fallon, M.J. and Butterfield, K.D. (2005). A review of the empirical ethical decision-making literature: 1996-2003, *Journal of Business Ethics*, 59, 375-413.

Onna, J.H.R. (2020). From the avalanche to the game: White-collar offenders on crime, bonds, and morality, *Crime, Law and Social Change*, published online doi: 10.1007/s10611-020-09899-x.

Paternoster, R., Jaynes, C.M. and Wilson, T. (2018). Rational choice theory and interest in the "fortune of others", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 54 (6), 847-868.

- Piening, E.P., Salge, T.O., Antons, D. and Kreiner, G.E. (2020). Standing together or falling apart? Understanding employees' responses to organizational identity threats, *Academy of Management Review*, 45 (2), 325-351.
- Piquero, N.L. (2018). White-collar crime is crime: Victims hurt just the same, *Criminology and Public Policy*, 17 (3), 595–600.
- Piquero N.L. and Schoepfer A. (2010). Theories of white-collar crime and public policy. In: Barlow H.D. and Decker S.H. (Eds). *Criminology and Public Policy: Putting Theory to Work*. Temple University Press.
- Pratt, T.C. and Cullen, F.T. (2005). Assessing macro-level predictors and theories of crime: A meta-analysis, *Crime and Justice*, 32, 373-450.
- Rodriguez, P., Uhlenbruck, K. and Eden, L. (2005). Government corruption and the entry strategies of multinationals, *Academy of Management Review*, 30 (2), 383-396.
- Schnatterly, K., Gangloff, K.A. and Tuschke, A. (2018). CEO wrongdoing: A review of pressure, opportunity, and rationalization, *Journal of Management*, 44 (6), 2405-2432.
- Schoepfer, A. and Piquero, N.L. (2006). Exploring white-collar crime and the American dream: A partial test of institutional anomie theory, *Journal of Criminal Justice*, 34 (3), 227-235.
- Scott, B.A. and Barnes, C.M. (2011). A multilevel field investigation of emotional labor, affect, work withdrawal, and gender, *Academy of Management Journal* 54 (1), 116-136.
- Srivastava, S.B. and Goldberg, A. (2017). Language as a window into culture, *California Management Review*, 60 (1), 56-69.

Steffensmeier, D. and Allan, E. (2000). Looking for patterns: Gender, age, and crime. In: Sheley, J.F. (editor). *Criminology: A Contemporary Handbook*, Belmont, CA: Wadsworth, 85-127.

Steffensmeier, D., Schwartz, J., Zhong, H. and Ackerman, J. (2005). An assessment of recent trends in girls' violence using diverse longitudinal sources: Is the gender gap closing? *Criminology*, 43 (2), 355-406.

Steffensmeier, D., Schwartz, J. and Roche, M. (2013). Gender and twenty-first-century corporate crime: Female involvement and the gender gap in Enron-era corporate frauds, *American Sociological Review*, 78 (3), 448-476.

Stewart, N. and Nakamura, D. (2007). Two more D.C. tax workers removed, *Washington Post*, November 10.

Sullivan, N. (2012). The somatechnics of perception and the matter of the non/human: A critical response to the new materialism, *European Journal of Women's Studies*, 19 (3), 299-313.

Sundström, M. and Radon, A. (2015). Utilizing the concept of convenience as a business opportunity in emerging markets, *Organizations and Markets in Emerging Economies*, 6 (2), 7-21.

Sutherland, E.H. (1939). White-collar criminality, *American Sociological Review*, 5 (1), 1-12.

Sutherland, E.H. (1983). *White-collar Crime – The Uncut Version*. Yale University Press.

Sykes, G. and Matza, D. (1957). Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency, *American Sociological Review*, 22 (6), 664-670.

Valkenhoef, G. and Tervonen, T. (2016). Entropy-optimal weight constraint elicitation with additive multi-attribute utility models, *Omega*, 64, 1-12.

Weick, K. (1995). *Sensemaking in Organizations*. Thousand Oaks, CA: Sage.

Welsh, D.T., Ordonez, L.D., Snyder, D.G. and Christian, M.S. (2014). The slippery slope: How Small Ethical Transgressions Pave the Way for Larger Future Transgressions, *Journal of Applied Psychology*, 100 (1), 114-1127.

Welsh, D.T., Bush, J., Thiel, C. and Bonner, J. (2019). Reconceptualizing Goal Setting's Dark Side: The Ethical Consequences of Learning versus Outcome Goals, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 150, 14-27.

WilmerHale and PwC (2008). *Report of investigation submitted by the Council of the District of Columbia*, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP (Counsel) and PricewaterhouseCoopers LLP (Forensic Accounting Advisors), www.dcwatch.com, 126 pages.

A influência do gênero nas decisões judiciais sobre corrupção como um fator extralegal de perpetuação de estereótipos: uma análise comparativa dos sistemas de justiça do Brasil, Espanha e Alemanha

Incidence of gender in judicial decisions on corruption as an extralegal factor perpetuating stereotypes: a comparative study of Brazilian, Spanish, and German justice systems

Denise Neves Abade¹

Katharina Miller²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo analisa sob uma perspectiva de gênero como o sistema de Justiça do Brasil, Espanha e Alemanha lida com casos de corrupção, considerando os estereótipos que derivam da legislação e de práticas sociais, onde há conceitos preconcebidos quanto aos papéis atribuídos aos gêneros. Busca-se, a partir da análise comparativa do papel das normas sociais de gênero na atividade judicial nas experiências brasileira, espanhola e alemã sobre corrupção, contribuir para uma melhor compreensão de como a sociedade percebe mulheres corruptas ou mulheres envolvidas em casos de corrupção. Explora-se aqui casos com repercussão na mídia, com a intenção de examinar a relação entre as decisões dos tribunais e a exposição midiática em cada país. O trabalho aponta que, apesar da existência de marcos legislativos significativos

¹ Doutora em direito constitucional pela Universidade de Valladolid (Espanha) e mestre em direito processual pela USP, onde se graduou. É professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do PPGD em Direito do IDP. É integrante do *Berkeley Center on Comparative Equality & Anti-Discrimination Law* (Berkeley, Califórnia), onde coordena o GT "Equity and Criminal Justice". É Procuradora Regional da República e representante brasileira na Rede Especializada em Temas de Gênero da Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos. ORCID ID: 0000-0001-5855-2543.

² Mestre em direito da União Europeia pelas Universidades de Luxemburgo e Estrasburgo, especialista em Mulheres em Conselhos de Administração pela Escola de Direito e Economia de Berlim (Alemanha), especialista em Sustentabilidade pela Universidade de Oxford (Reino Unido) e graduada em Economia e em Direito pela Universidade de Greifswald (Alemanha). É professora adjunta na *IE Law School* (Espanha); assessora da Comissão Europeia em Inovação, Tecnologia e Ética e integrante do Conselho Consultivo do *Berkeley Center on Comparative, Equality and Anti-Discrimination Law* (Califórnia) onde coordena o GT "Digital Equality". É advogada e consultora na área de ESG, proteção de dados, direito mercantil, societário e trabalhista na Alemanha e Espanha. ORCID ID: 0000-0002--2088-4531.

no âmbito da promoção da igualdade de gênero e, apesar dos avanços efetivos feitos pelo judiciário brasileiro, espanhol e alemão, melhorias continuam sendo necessárias.

Palavras-chave: corrupção, gênero, vítimas de corrupção, perspectiva de gênero no sistema de justiça; igualdade de gênero.

Abstract: This article analyzes how the justice systems in Brazil, Spain and Germany handle cases of corruption from a gender perspective, taking stereotypes from legislation and social practices into account - where there are preconceived concepts of the roles attributed to the genders. This study aims to contribute to a better understanding of how society perceives corrupt women and women involved in corruption cases by comparing the role of social gender norms in judicial activity in Brazilian, Spanish, and German experiences. A number of cases with media repercussions are discussed, with the goal of examining the relationship between court decisions and media coverage in each country. The article points out that, despite the existence of significant legislative frameworks in the area of promoting gender equality, and despite the effective advances made by the Brazilian, Spanish, and German judiciary, improvements are still necessary.

Keywords: Corruption; Gender; Victims of corruption; Gender mainstreaming in the judicial system; Gender equality.

1. Introdução

Karl Marx afirmou no prefácio de “Contribuição à crítica da economia política”¹ que na produção social de sua existência, o ser humano inevitavelmente estabelece relações definitivas, independentes de sua vontade, e a totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade e seu verdadeiro fundamento, sobre o qual surge uma superestrutura jurídica e política. Nesse sentido, a existência de gêneros é a manifestação de uma distribuição desigual da responsabilidade na produção social da existência. A sociedade assim determina

¹ MARX, K. *Contribuição à crítica da Economia Política*. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2008, Trad. Florestan Fernandes

uma distribuição de responsabilidades que são estranhas às vontades das pessoas - e os critérios para esta distribuição são sexistas, classistas e racistas. Do lugar socialmente atribuído a cada uma e cada um dependerá a forma como se terá acesso à própria sobrevivência como sexo, classe e raça, e esta relação com a realidade implica uma visão particular.

A ideia de Marx é aplicável ao sistema judicial, que é um reflexo de cada sociedade, e nas relações de gênero desenvolvidas na esfera judicial temos que enfrentar os desafios enfrentados pelas mulheres, atribuídos em parte aos estereótipos sociais.

Carol Smart (Smart, 1989, p. 88), com base no trabalho de Michel Foucault, observou que a lei não é simplesmente uma força coercitiva, mas é também um “discurso social poderoso e produtivo que cria e reforça as normas de gênero”. Em outras palavras, a lei não opera simplesmente sobre realidades de gênero pré-existentes, mas contribui para a construção dessas realidades, muitas vezes de forma constrangedora ou prejudicial. Isto não se limita à forma como a lei trata as mulheres, mas se aplica também à forma como o sistema judicial trata genericamente mulheres e homens com estereótipos sociais. Por isso que bell Hooks (Hooks, 2018) adverte que, para entender o feminismo, é preciso entender o “sexismo institucionalizado sistêmico”, compreendendo que as ações sexistas podem ser experimentadas tanto por homens quanto por mulheres. Judith Butler aponta que as relações de poder entre homens e mulheres são patriarcais e desiguais, pois os corpos carregam discursos que permeiam as esferas jurídica, política e econômica (Butler, 1990).

Com base nessas premissas, é importante adotar uma perspectiva de gênero nos casos tratados pelo sistema judicial.

Primeiramente, precisamos esclarecer o que queremos dizer quando falamos de “perspectiva de gênero”. Perspectiva, descritas nos dicionários, é “o modo através do qual alguma coisa é representada ou vista” ou “modo como se concebe ou se analisa uma situação específica”². Ou seja, é uma visão, um ponto de vista a partir do qual se pode analisar um determinado assunto.

Dai surge o conceito de perspectiva de gênero: um ponto que analisa como a diferença é expressa na desigualdade de gênero. A perspectiva de gênero, ou *gender mainstreaming* no termo em inglês, requer que as realidades socialmente construídas de mulheres e homens sejam

² DICIO – Dicionário online em português, <https://www.dicio.com.br/>, acesso em 13 de fevereiro de 2023

abordadas explicitamente em cada contexto.³ Como a lei é uma construção e prática social, constituída por um conjunto de normas que implicam os valores de princípio da sociedade, ela contribui para a normalização desta relação desigual de poder entre gêneros (Millard, E, 2013, p. 88). Assim, se a sociedade reproduz estereótipos e discursos sobre o papel da mulher, o direito é responsável por cristalizá-los através do texto legal e da norma constitucional.

Pode-se observar que o compromisso com a igualdade entre os sexos e a igualdade de gênero só se tornou um tema geral no constitucionalismo pós-II Guerra Mundial (Costa, 2016). Nas últimas décadas, nas principais democracias liberais, surgiram questões sobre como incluir e pensar uma perspectiva de gênero na lei e em todo o sistema judiciário, para que através dela se possa demonstrar que a construção e desconstrução de gênero no sistema jurídico é possível (Millard e Leverd, 2013, p. 101).

Como, então, uma perspectiva de gênero também pode ser articulada nas decisões judiciais que lidam com a corrupção? O Judiciário trata os casos de corrupção envolvendo homens e mulheres igualmente? Se não, por que isso acontece?

Estatisticamente, menos mulheres estão sendo processadas por cometerem crimes do que homens. Mulheres e meninas constituem 7% da população carcerária global. Nos países africanos, a proporção de mulheres e meninas no total da população carcerária é ainda menor do que a média global: cerca de 3%. Nas Américas, as mulheres e meninas constituem 8% da população carcerária total; na Ásia 7%, na Europa 6% e na Oceania 7%. Os lugares com as maiores proporções de mulheres presas são Hong Kong (21%), Laos (18%), Macau (15%), Qatar (15%), Kuwait (14%), Tailândia (13%), Mianmar (12%), Emirados Árabes Unidos (12%) e Sul do Sudão (11%) (dados do *World Female Prisonment List, Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck*, 2021).

E ainda: a predominância dos homens é uma realidade em praticamente todas as formas de crimes de colarinho branco (Benson, M. L. e Gottschalk, P, 2015, p. 535- 552). Mas a

³ Nas Nações Unidas, o termo foi definido em 1997, pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC): "A integração de uma perspectiva de gênero é o processo de avaliação das consequências para as mulheres e homens de qualquer ação planejada, incluindo legislação, políticas ou programas, em todas as áreas e em todos os níveis. É uma estratégia para fazer com que as preocupações e experiências tanto das mulheres quanto dos homens uma dimensão integral do projeto, implementação, monitoramento e avaliação de políticas e programas em todas as esferas políticas, econômicas e sociais para que as mulheres e os homens se beneficiem igualmente e a desigualdade não seja perpetuada. O objetivo final é alcançar igualdade de gênero" (United Nations, *Gender Mainstreaming in the work of UNODC*,. Vienna: UN Library Section, United Nations Office, 2013, p. 3)

disparidade de gênero no crime, no entanto, não é uniforme: ela varia em relação ao tipo de delito.

Alguns estudos documentaram que a disparidade de gênero no crime se estende à corrupção, crimes econômicos e crimes de colarinho branco em geral. Assim, de acordo com Steffensmeier e Allan, os homens dominam mais fortemente na prática de crimes de rua envolvendo violência, como assassinato ou roubo, enquanto as mulheres cometem uma parcela um pouco maior de crimes contra a propriedade com menor potencial ofensivo, como furto ou roubo em lojas (Steffensmeier e Allan, 1996, p. 459). Em estudos sobre a divisão de gênero dos réus no caso Enron e nos escândalos financeiros pós-Enron nos Estados Unidos, verificou-se que apenas 7% dos indivíduos envolvidos eram mulheres.

Além disso, da mesma forma que acontece com o crime de rua, a diferença de gênero nos crimes de colarinho branco também varia em diferentes tipos de delitos (Benson e Simpson, Sally, 2018 e Steffensmeier *et al.*, 2013, p. 448-476). Por exemplo, um estudo de pessoas condenadas no sistema de justiça federal dos EUA descobriu que as mulheres constituíam menos de 5% dos delinquentes antitruste, títulos, impostos e suborno, mas chegam a perto da metade dos delinquentes de desvio de fundos (Holtfreter, 2015, p. 422-431).

Holtfreter (2015, p. 422) aponta que a diferença de gênero no crime - com a representatividade excessiva de homens em praticamente todas as estatísticas oficiais de prisões - diminuiu nas últimas décadas e é consideravelmente menor para crimes de colarinho branco.

Portanto, é possível conjecturar que, à medida que a desigualdade de gênero diminui, o envolvimento das mulheres em casos de corrupção se tornará mais parecido com o dos homens, especialmente se a igualdade de gênero for refletida na melhoria da situação econômica e das oportunidades de emprego para as mulheres. Sobre o assunto, analisando a realidade da Noruega, Gottschalk e Glasø concluíram que as mulheres que foram condenadas por crimes de colarinho branco tinham posições gerenciais significativamente mais baixas do que os homens condenados. Entretanto, é realmente difícil acreditar que os homens noruegueses cometem dez vezes mais crimes de colarinho branco quando comparados com as mulheres norueguesas. Os autores levantaram a tese de que, por uma questão de abordagem estereotipada, a taxa de detecção de mulheres criminosas de colarinho branco é menor do que a de homens criminosos de colarinho branco (Gottschalk P., & Glasø, L, 2013, p. 22-34).

De acordo com Van Slyke e Bales (2013, p. 168-196) a teoria e a pesquisa empírica muitas vezes concordaram que infratoras de colarinho branco podem se beneficiar de certa condescendência na fase processual do sistema de justiça criminal. Mas essa afirmativa pode encontrar exceções, como verificamos em nosso estudo com os casos analisados na Alemanha e na Espanha.

Portanto, analisar os casos de corrupção e observar como o Judiciário age ao examiná-los sob a perspectiva de gênero significa basicamente levar em conta, por um lado, os preconceitos e estereótipos que derivam da legislação e, por outro, os preconceitos e estereótipos que derivam de práticas sociais e normas informais. Em ambos existem conceitos preconcebidos quanto aos papéis atribuídos a cada sexo.

Não duvidamos que é a consciência independente que deve orientar uma decisão judicial, através da aceitação e respeito às normas legais e com o objetivo de avançar em direção à justiça social. Mas para atingir este objetivo, o operador jurídico não deve estar imbuído de seus próprios estereótipos e preconceitos, especialmente em relação à decisão que se espera que ele tome objetivamente.

A partir da análise do papel das normas sociais de gênero na atividade judicial nas experiências brasileira, espanhola e alemã sobre corrupção, acreditamos que a pesquisa comparativa pode contribuir para uma melhor compreensão de como a sociedade percebe mulheres corruptas ou mulheres envolvidas em casos de corrupção. Explora-se aqui casos com repercussão na mídia, com a intenção de examinar a relação entre as decisões dos tribunais e a exposição midiática em cada país. Nosso objetivo é demonstrar que, apesar da existência de marcos legislativos significativos no âmbito da promoção da igualdade de gênero e, apesar dos avanços efetivos feitos pelo judiciário brasileiro, espanhol e alemão, melhorias continuam sendo necessárias. Veremos que, se em um nível o Judiciário pode trabalhar contra a desigualdade e a discriminação de gênero, em outro, consciente ou inconscientemente, sua abordagem e conclusões são manchadas por suas próprias normas (formais e informais) que podem levar a conceitos errôneos e preconceitos sobre o que é igualdade de gênero.

2. Metodologia

O estudo segue o método indutivo, no qual alguns casos particulares são observados e, quando resultados semelhantes são verificados, procedemos à conclusão, com base na relação

verificada entre os fatos ou fenômenos. O método indutivo é utilizado analisando como os casos que foram relatados pela imprensa e que ganharam repercussão foram conduzidos tanto pela mídia quanto pelo judiciário. Posteriormente, esta abordagem levará a conclusões interpretativas. Marconi e Lakatos (2010, p. 68) enfatizam neste sentido que “a indução é um processo mental por meio do qual, a partir de dados particulares, suficientemente verificados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas”. Assim, observaremos a realidade retratada através dos casos e reportagens na mídia para, a partir daí, chegar a uma conclusão.

Os estudos de caso são contextualizados no ambiente sócio-político do momento em cada país. Tenta-se demonstrar, pelo método indutivo, que o preconceito de gênero, presente no Judiciário ao avaliar o caso de corrupção envolvendo uma mulher, não pode ser dissociado do contexto social, o qual costuma apresentar uma postura sexista e misógina na avaliação de mulheres ocupando posição de poder.

3. Perspectiva de gênero, direito e estereótipos no Sistema Judiciário

É importante notar que se há um viés estereotipado de gênero nas decisões judiciais que lidam com casos de corrupção, isto pode ser resultado de normas sociais - e dessa forma é um padrão que pode revelar-se manipulável, já que estas normas também são manipuláveis. Pode-se cogitar, em outras palavras, sobre outra relação entre as lógicas de decisão anteriormente apresentadas como antagônicas, onde o uso da lógica de consequência é o resultado de um julgamento ou “resposta” (se se deseja usar um termo mais apropriado para decisões menos refletidas) de adequação. A decisão de maximizar sua utilidade seria, portanto, o resultado do reconhecimento pelo agente da situação em que se encontra como uma situação em que é apropriado comportar-se de acordo com a regra do interesse próprio. Esta seleção da regra de interesse próprio como regra a ser seguida pode ser determinada levando em conta a distinção entre normas sociais descritivas e injuntivas. Assim, no caso das normas sociais descritivas, o agente observa o que é comum e, nas normas imperativas, o que ele mesmo considera correto ou aprovado por outras pessoas (Kollock, 1998, p.184). Assim, uma mudança na percepção dos juízes (agentes) do comportamento habitual nestas situações (isto é, através de uma mudança nas normas descritivas) ou através da internalização e disseminação de normas sociais (injuntivas) contrárias à maximização poderia levar a uma mudança da conduta.

Se esta mudança de conduta for difícil de obter devido a um contexto decisório propenso a essas motivações predominantes - como ocorre hoje no sistema de Justiça - a solução para uma situação de dilema pode ser uma solução estrutural na qual agentes que tenham interesse particular tenham o incentivo adequado para agir da forma socialmente desejada. Uma das teorias que tenta resolver esta questão que é semelhante à teoria do dilema é a teoria dos sistemas sancionatórios (Tenbrunsel & Messick, 1999, p. 685).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) impõe obrigações legais aos Estados para tratar de estereótipos. O artigo 5(a) da CEDAW exige que os Estados tomem todas as medidas apropriadas para modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, com o objetivo de alcançar a eliminação de preconceitos e práticas costumeiras e todas as outras práticas que se baseiam na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer um dos sexos ou em papéis estereotipados para homens e mulheres (CEDAW, artigo 5). Outros órgãos de tratados internacionais de direitos humanos identificaram tais obrigações através da interpretação do direito à não-discriminação e à igualdade, bem como a outros direitos humanos. Os instrumentos regionais de direitos humanos também exigiram que os Estados Partes eliminassem os estereótipos, incluindo os estereótipos usados por aqueles que dispensam justiça, como ocorreu no caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴.

Essas obrigações se aplicam a todos os ramos do Estado, incluindo o Judiciário, e seu efeito é que os membros do judiciário devem: a) Abster-se de estereótipos (obrigação de respeitar) b) Garantir que os estereótipos não violem os direitos humanos (obrigação de proteger) c) Garantir que as mulheres possam exercer e desfrutar o direito de estar livres de estereótipos ilegais de gênero (obrigação de cumprir).

Em geral, a perspectiva de gênero nos casos de corrupção implica não apenas uma análise do diferente impacto da garantia da eliminação de todos os sinais de discriminação contra as mulheres que possam existir nas normas legais; este enfoque também deve levar à sensibilização e treinamento daqueles que operam o sistema judicial, com o objetivo de realizar

⁴ Decisão de 28 novembro de 2012, na qual a Corte IDH, condenando a Costa Rica, assinalando que “os estereótipos de gênero são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los” ressaltou que “o Tribunal não está validando estes estereótipos e unicamente os reconhece e visibiliza para precisar o impacto desproporcional da interferência gerada pela sentença da Sala Constitucional [da Costa Rica]”. Ver em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf, acesso em 13 de fevereiro de 2023

uma interpretação normativa e uma administração da justiça que tenha critérios antidiscriminatórios para as mulheres. Além disso, a perspectiva de gênero deve ser dirigida à criação e ao bom funcionamento de todos os mecanismos, tanto judiciais quanto policiais, cujo objetivo principal é garantir a aplicação efetiva das normas legais que protegem os direitos humanos das mulheres.

Toda a legislação atual deve ser interpretada e aplicada de acordo com os valores, princípios e direitos consagrados na Constituição, bem como nos tratados internacionais ratificados sobre os direitos da mulher. Além disso, outro critério a ser considerado ao emitir uma sentença é o contexto social dos juízes e magistrados, que, como todos, estão imersos em um determinado contexto social e, em geral, quando decidem, o fazem como parte deste contexto.

4. Viés de gênero no julgamento de corrupção no Brasil

A seguir, analisamos como o Judiciário brasileiro atua em casos de corrupção sob a perspectiva de gênero. Nosso objetivo é examinar como o gênero influencia as decisões judiciais sobre corrupção no Brasil como um fator extralegal e como o Judiciário brasileiro aborda a questão da igualdade de gênero.

É importante, portanto, trazer uma perspectiva de gênero que vá além da esfera da violência doméstica e sexual. Em outras palavras, chegou o momento de integrar o gênero nas intervenções de corrupção.

O Brasil é um país com muitas desigualdades, incluindo a desigualdade de gênero. Dados divulgados por pesquisas indicam que a violência contra as mulheres continua sendo a manifestação mais cruel e mais evidente da desigualdade de gênero no Brasil. A violência compõe uma perversa realidade diária, sustentada por relações sociais profundamente sexistas. Um estudo divulgado, em novembro de 2018, pelo UNODC (*United Nations Office on Crime and Drugs*) mostra que a taxa global de homicídios femininos foi de 4 mortes para cada 100.000 mulheres. Este número é 74% superior à média global (UNODC, Estudo Global sobre Homicídios, 2018).

Nos últimos 15 anos, a violência contra as mulheres tornou-se parte do debate público como uma prática que não deve ser tolerada ou legitimada. Neste período, o marco legal focalizado no enfrentamento dos diferentes tipos de violência contra as mulheres foi

consolidado; isto aconteceu, através da emissão de várias leis internas, inclusive devido à pressão internacional, que encontrou a indiferença e a tolerância do Estado brasileiro à desigualdade de gênero e à violência de gênero daí resultante. O Brasil foi condenado, na arena internacional, pela omissão e violação dos direitos da mulher no caso Alynne Pimentel, em 2011, pelo Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW), na seção 49 de julho/2011), e no caso Maria da Penha Maia Fernandes, em 2001, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, caso 12.051.

A partir destas convicções, o Estado brasileiro se viu obrigado a modificar sua legislação para torná-la mais protetora da mulher, e também a questionar aspectos que levaram a esta postura cultural. Foi verificada a existência de uma desigualdade sistêmica de gênero, que despreza a mulher e que leva, em último grau, a casos de desprezo pela vida da mulher (feminicídios).

A sociedade brasileira, portanto, pode ser considerada sexista. O sexismo se manifesta em vários problemas como a desigualdade de direitos entre homens e mulheres, altos índices de violência, assédio e estupro, objetivação das mulheres, a brecha salarial e muitos outros efeitos. Dados do IBGE mostram que no Brasil, as mulheres dedicam em média quase 10 horas a mais por semana do que os homens ao desempenho das tarefas domésticas (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE). A consequência desta realidade é que mais homens ocupam cargos de direção dentro das empresas e com salários mais altos, contribuindo para a desigualdade de gênero. A esta questão, acrescenta-se o estereótipo de que os homens são "melhores líderes" e a inferiorização das mulheres no local de trabalho: as mulheres ainda representam apenas 2,8% dos cargos mais altos no Brasil, de acordo com o *Grant Thornton, International Business Report (IBR) - Women in Business*, e 74,5% dos ganhos dos homens que ocupam os mesmos cargos, de acordo com dados da Reunião Anual do Fórum Econômico Mundial, 2018 - Relatório

Embora o processo de inclusão de gênero tenha avançado no Brasil, especialmente com a Constituição Federal que foi promulgada em 1988, acredita-se que a maior parte da legislação brasileira “reflete claramente a tradicional divisão dos papéis sociais reservados a homens e mulheres” (Teixeira, 2010, p. 253-274). Isto se encontra até mesmo na própria Constituição Federal: quando o texto constitucional trata de direitos sociais, há um descompasso na igualdade

de gênero, por exemplo, em relação à licença-maternidade que atende à licença paternidade, reforçando ainda mais os estigmas do papel do homem e da mulher na sociedade.

A Constituição Federal de 1988 é a matriz normativa do nosso sistema jurídico, e afirma que as mulheres são iguais aos homens em todos os aspectos legais, declarando, explicitamente, no artigo 5º, do Título II, que “homens e mulheres têm direitos e deveres iguais nos termos desta Constituição”. O Brasil tem várias leis que pretendem garantir a equidade material de gênero. Além disso, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) foi ratificada no Brasil em 1979. A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o tratado no mesmo ano. O tratado visa atuar como uma “declaração de direitos”, uma linha de base internacional de privilégios que deveria ser concedida a todas as mulheres - com foco na proteção contra a discriminação. Apesar deste primeiro passo positivo, dado há quatro décadas, as violações de direitos contra a mulher continuam no Brasil.

Assim, não é por falta de legislação que os direitos humanos relativos à igualdade de gênero não são cumpridos no Brasil, mas, exatamente, é por falta de eficácia da legislação em geral, e, mais especificamente, por falta de executoriedade das políticas de igualdade, que lhes daria uma característica concreta no nível de prevenção, proteção e promoção.

Por outro lado, deve-se considerar que a sociedade brasileira mudou seu entendimento das situações com base nas diferenças de gênero nas últimas décadas. Hoje existem fatores que empurram as mulheres para o espaço público, empoderando-as e emancipando-as. O contingente feminino representa 52% da população economicamente ativa no Brasil. Apenas 25% das mulheres são “donas de casa”, embora muitas delas ainda prestem serviços domésticos (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010). Desde a década de 1970 até hoje, a participação das mulheres no mercado de trabalho tem apresentado uma progressão surpreendente. Dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia) indicam um aumento de mais de 10 milhões de trabalhadoras entre 1976 e 2010. Se ainda estamos longe de uma participação igualitária nas esferas de poder, há, sem dúvida, uma notável evolução e aumento na participação das mulheres em altos cargos, tanto no poder público quanto no universo da iniciativa privada.

Portanto, nas últimas décadas, as mulheres brasileiras expandiram sua participação no espaço social, o que pode representar uma das razões para o aumento da percepção da criminalidade feminina nos delitos contra a Administração Pública.

Inserido em uma sociedade patriarcal e sexista como a brasileira (Saffioti, 1994, p. 443-461), o Judiciário brasileiro não é alheio à reprodução de um preconceito estereotipado de gênero. No caso de crimes relacionados à corrupção, bem como quando se trata de outros crimes econômico-financeiros e de colarinho branco, o Judiciário brasileiro é, geralmente, paternalista: não acredita que a mulher seja capaz de cometê-los ou que esteja efetivamente ciente de sua conduta; sua posição é tomada como subordinada ou levada à influência de cometer algum ato por um homem, que está em posição credível para perpetrar a conduta - mesmo quando não há evidência de tal conclusão.

Curiosamente, nos casos (ainda raros) em que uma mulher é autora de um crime violento, as decisões do Judiciário vão na direção oposta: as sentenças são geralmente mais severas para estas mulheres do que para os homens, quando elas cometem crimes que são igualmente violentos (Silva Santos, 2017). Provavelmente porque, neste caso, as mulheres tomam posições fora do padrão patriarcal e submisso que as estigmatiza (De Paula e Rodrigues, 2019). O Brasil é o quarto país em número absoluto de encarceramentos de mulheres, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Quanto à taxa proporcional (número de mulheres presas por 100.000 mulheres), “o Brasil ocupa o terceiro lugar entre os países com as maiores taxas de encarceramento, atrás apenas dos Estados Unidos e Tailândia” (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 13). Assim como os dados gerais sobre o encarceramento, o elemento ainda mais preocupante refere-se à velocidade do encarceramento (a variação da taxa de encarceramento), e na situação específica das mulheres, o número brasileiro é incomparavelmente alarmante, pois “em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de encarceramento das mulheres aumentou em 455% no Brasil. No mesmo período, a Rússia diminuiu em 2%” (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 13-14). Já em números absolutos, o aumento de 2000 a 2016 foi de 656%, enquanto que o masculino neste mesmo período foi de 293%. Na mesma linha dos dados gerais, 45% das mulheres, como média nacional, são detentas provisórias, porém com uma variação temporal maior, já que comparando o relatório publicado em 2018 com o de dois anos antes, o aumento foi de 15%.

Estas análises precisam ser dialeticamente permeadas pela reflexão sobre a condição da mulher na sociedade brasileira de hoje, especialmente suas condições de trabalho (desde aquelas atividades reconhecidas como formais e informais, lícitas ou ilícitas até as dimensões do trabalho reprodutivo) e o reflexo disto em sua vida social em geral. Benitez Martins tem um

interessante estudo sobre a severidade das sentenças judiciais brasileiras em casos em que uma mulher comete crimes violentos ou crimes que não seriam compatíveis com o estereótipo de gênero. O autor apresenta pesquisas empíricas que apontam a diferenciação no rigor judicial dependendo do tipo de conduta e do quão próximo ou distante do papel social feminino que ela está. Assim, ela receberá um tratamento “mais severo” quando o crime não for especificamente “feminino” ou quando não estiver de acordo com a imagem da mulher convencional, ou seja, a de casada, com filhos e economicamente dependente. Por exemplo, “pode haver uma pena menos drástica, quando o motivo de um roubo é a fome e a família (para alimentar seus filhos), já que ela comete o ato sem descartar completamente o papel social que lhe é atribuído e naturalizado. Pelo contrário, quando apanhados por tráfico ou qualquer conduta sem conteúdo moral atraente, tendem a ter penas mais severas” (Benitez Martins,2020)

Ao contrário de ser um paradoxo, a postura paternalista do judiciário brasileiro no caso de mulheres acusadas de corrupção é consistente com uma cultura de gênero estereotipada. Na verdade, esta postura paternalista, longe de ser geralmente favorável às mulheres (porque aparentemente as beneficia), é uma forma de perpetuar estereótipos de gênero que impedem a igualdade de gênero em posições de poder, que fomentam a violência doméstica, que estimulam condutas de assédio moral e sexual em detrimento das mulheres. Dias exemplifica com um exemplo do direito de família: “a custódia dos filhos é concedida ao cônjuge ‘inocente’, fazendo parecer que a noção de inocência foi elevada pelo legislador quase como um prêmio ou recompensa. Numerosos julgamentos, entretanto, estabelecem uma certa confusão entre a vida social/sexual da mulher e sua capacidade de ser uma boa mãe. A seguir são desconsiderados os aspectos econômicos, afetivos e culturais para o pleno desenvolvimento das crianças. Não se pode esquecer o interesse do menor em desfrutar das melhores condições possíveis, o que não tem nenhuma correlação com o exercício da sexualidade do genitor” (DIAS, 2007, p.19).

O Brasil ainda está longe de um equilíbrio entre os gêneros que ocupam um espaço de poder. Um estudo realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e UN *Women* mostra que o país tem os menores índices de representação feminina e paridade política entre os sexos quando comparado com seus vizinhos latino-americanos (UNDP/PNUD, 2020). A cultura paternalista não concebe uma mulher à frente de uma posição de poder. A premissa é que as mulheres não detêm o poder - quando o fazem, são incompetentes e facilmente manipuladas pelos homens. Pesquisas da instituição “PoderData” apontam que

80% dos homens pensam que existe um comportamento sexista no Brasil, mas apenas 8% afirmam ser sexistas (PoderData, 2021). Uma pesquisa que merece ser mencionada para demonstrar a cultura sexista dos brasileiros aponta que um em cada três brasileiros culpam as mulheres em casos de estupro. 42% dos homens acham que as mulheres que se respeitam não são estupradas. Por outro lado, 85% das mulheres no país temem a violência sexual (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016).

Este cenário foi reproduzido na única vez que uma mulher chegou à Presidência no Brasil: em uma campanha que começou quando ela ainda era candidata e culminou com seu impeachment por irregularidades administrativas apontadas pelo Congresso Nacional, a ex-presidente Dilma Rousseff sempre foi apontada pelos jornais como alguém incapaz de tomar suas próprias decisões e que ela só estava concorrendo a uma posição de poder porque ela “obedeceu” ao ex-presidente Lula, como veremos nos exemplos retirados de artigos jornalísticos.

O discurso cruzou da oposição às pessoas que apoiavam a candidata, acreditando precisamente no argumento de que ela era subordinada e submissa ao ex-presidente Lula: jornais, revistas e programas de TV foram impiedosos ao afirmar já durante sua campanha que Dilma Rousseff, então com 63 anos de idade e com uma vasta carreira em áreas públicas e privadas, era uma “candidata aprendiz” que fez “o que o chefe [Lula] ordenou” (Campana, 2010); que ela era uma marionete do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (Folha de S. Paulo, 2013). Mesmo quando ela falou em uma entrevista coletiva que governaria com “alma de mulher”, a manchete de um dos principais jornais do país acrescentou à sua expressão a explicação de que ela era “a sombra de Lula” (Lima, 2010). Durante sua administração, as capas das revistas eram comuns apontando suas “explosões nervosas” e sua “falta de controle” (Pardellas e Bergamasco, 2016), o que não era atribuído a presidentes homens que a antecederam no cargo.

Ao mesmo tempo em que havia essa abordagem impiedosa com a ex-presidente, uma vez considerada no papel culturalmente predeterminado, submissa às ordens de um homem, e incapaz de liderar ou controlar, aquele que era considerado verdadeiramente “corrupto” era o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. As irregularidades atribuídas a Dilma Rousseff que levaram ao seu impeachment foram administrativas; aquele que foi preso e acusado pelo Ministério Público foi o ex-presidente Lula (Benites, 2016).

Este contexto estrutural reflete-se no processo e julgamento de grandes casos de corrupção. Na Operação Lava-Jato, o caso de corrupção de maior repercussão midiática no Brasil nos últimos anos, de uma listagem de 155 réus condenados em primeiro grau em Curitiba, oito eram mulheres⁵ – um reflexo da representatividade feminina em posições de poder também na gestão de operações de crimes econômicos. Chama a atenção os motivos de absolvição pelo juízo de primeiro grau em Curitiba de uma das mulheres que foi denunciada pelo Ministério Público Federal, uma jornalista acusada de ser a única controladora de uma das contas de lavagem de dinheiro do esquema, casada com um ex-deputado, também envolvido. A decisão foi posteriormente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mas chama atenção a motivação da sentença absolutória. De acordo com a decisão do juízo de primeiro grau, “a desculpa apresentada pela acusada, de que foi seu marido quem cuidou de suas declarações de renda, é plausível (...)”. O juiz explica sua posição: “A acusada teve uma participação meramente acessória e sua alegação de que a administração financeira da família era de responsabilidade de seu marido e que, quanto à conta no exterior, ela só estava ciente de que era titular de um cartão de crédito internacional é bastante plausível”⁶ Em outras palavras, a premissa foi baseada no controle do homem e na submissão (ou, nas palavras usadas na decisão, “meramente acessória”) das ações da mulher, a titular da conta e até então considerada uma profissional independente e já conhecida nacionalmente mesmo antes de seu casamento com o congressista federal.

A imprensa da época também retratou a acusada como uma mulher superficial e, de acordo com a abordagem paternalista e sexista, concentrou suas críticas não em sua participação no esquema de corrupção acusado pelo Ministério Público, mas em seus gastos luxuosos, contrastando com a ex-mulher do deputado, “dona de casa”, que teria uma vida “simples” (Pessoa, 2017).

Podemos ver que pode existir um padrão de tratamento mais brando para as mulheres envolvidas em crimes econômicos e financeiros, incluindo a corrupção. Os resultados como um todo confirmam um paternalismo arraigado, pois, apesar da interferência de outras variáveis, as mulheres recebem consistentemente um tratamento mais condescendente do que os homens.

⁵ Conforme dados publicizados em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/veja-lista-de-condenados-em-primeira-instancia-da-lava-jato>, acesso em 14 de março de 2021

⁶ Conferir em <https://www.conjur.com.br/dl/absolvicao-claudia-cruz.pdf>, acesso em 14 de fevereiro de 2021

Entretanto, os resultados por si só não explicam este tratamento diferenciado, o qual, além do benefício direto para as mulheres, ao obter penas menos severas, constitui um sério risco de apoiar um estado de consciência social no qual as mulheres são menos capazes do que os homens e, portanto, precisariam de tratamento especial de proteção. Esta situação causa grandes danos pessoais e psicológicos, sociais e políticos, arruinando a noção democrática de autodeterminação e igualdade.

Note-se que não há a mesma leniência para com as mulheres quando elas cometem crimes que não estão ligados a situações de poder. As mulheres são presas todos os dias e colocadas em prisões superlotadas do Brasil, na chamada “guerra às drogas”, com sentenças muito altas. Apenas para dar um exemplo: em 2019, a imprensa relatou que uma jovem pobre mulher, então com 18 anos, foi presa e condenada a 8 anos e 10 meses, em regime de segurança máxima, pelo crime de tráfico de drogas, porque foi presa em flagrante, durante uma ação policial, carregando 4 gramas de maconha (Conjur, 2019). As mulheres são levadas à prisão por roubo (muitas vezes de valor insignificante) diariamente. Por exemplo, a imprensa noticiou que uma mulher foi presa e condenada a três anos e dois por tentar roubar ovos de Páscoa, avaliados em cerca de 50 euros no total. Como ela havia acabado de dar à luz, ela e seu bebê foram trancados, em uma cela, com outras 19 detentas (Mesquita, 2017).

Não há dúvida de que este é um equilíbrio difícil de atingir: o princípio básico da defesa da igualdade sempre que a diferença gera inferioridade e a defesa da diferença sempre que a igualdade não supera a discriminação. Em outras palavras, seguindo Sousa Santos, a busca da igualdade que legitima as diferenças e, ao mesmo tempo, uma diferença que não gera, perpetua ou reproduz as desigualdades (Sousa Santos, 2003, p. 56).

5. O viés de gênero nos julgamentos espanhóis e nos principais meios de comunicação

A seguir, discutiremos como o papel das normas sociais é vivenciado por quatro mulheres acusadas de corrupção, como descrito nos julgamentos e nos principais meios de comunicação que acompanham os julgamentos na Espanha. Em 2020, a Espanha ficou em 32º lugar (de 180) no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional. De acordo com o Instituto Nacional de Estatísticas espanhol, em 2019, 2.936 homens (84,95%) foram condenados por lavagem de dinheiro na Espanha, enquanto apenas 442 (15,05%) mulheres

foram condenadas pelo mesmo motivo. Há também mais homens (398 condenações que correspondem a 81,72%) que em 2019 foram condenados por crimes contra a administração pública (tais como prevaricação de funcionários públicos, abandono do dever e omissão do dever de processar crimes, desobediência e recusa de assistência, infidelidade na custódia de documentos e violação de segredos, suborno, tráfico de influências, apropriação indébita, fraudes e exações ilegais, negociações e atividades proibidas a funcionários públicos e abusos no exercício de suas funções) do que mulheres (89 condenações).

Duas das acusadas de corrupção, que são ilustradas nesta parte do Artigo, estão ligadas a um dos casos mais famosos da última década relacionados a crimes de colarinho branco, o chamado caso “Gürtel” (cinto) do Partido Popular Espanhol (Partido Popular). A seguir, discutiremos como duas das mulheres envolvidas neste caso de corrupção tentaram se defender.

Uma das acusadas foi Ana Mato. Ela era uma política espanhola, membro do Partido Popular Espanhol, deputada do Parlamento Europeu entre 2004 e 2008, e secretária-geral adjunta do Partido Popular, responsável pela organização do partido e pelas questões eleitorais entre 2008 e 2012. Foi Ministra da Saúde, Serviços Sociais e Igualdade de 22 de dezembro de 2011 até 26 de novembro de 2014, quando renunciou após ser acusada como participante dos crimes (como “participante lucrativa”) alegadamente cometidos por seu marido na trama Gürtel. Ana Mato e seu marido, Jesús Sepúlveda, haviam recebido subornos no valor de mais de 500.000 euros, em conexão com o caso Gürtel, por diversos favores (por exemplo, para a adjudicação de contratos em conexão com licenças de construção pelas autoridades públicas), entre o ano de 1998 até o dia em que ele teve que abrir mão da prefeitura de Pozuelo de Alarcón (Madri), em 2009. O casal também teria recebido vários presentes sob a forma de viagens, veículos e dinheiro.

Ana Mato tentou minimizar seu papel no enredo do caso Gürtel. Em seu julgamento de 2018 (*Comunicación Poder Judicial*, 2018), os juízes da Corte Nacional (Audiência Nacional) declaram: “Uma primeira consideração em relação às alegações feitas por sua defesa, procurando exonerar sua cliente das responsabilidades financeiras pelo conceito de viagens e serviços turísticos, bem como pelas despesas previstas para eventos familiares, para as quais ela usou o argumento de que, a partir das viagens normais da unidade familiar, não era de sua responsabilidade pagá-las, pois elas deveriam ser pagas por seu então marido, Jesús Sepúlveda, com quem ela era casada (...)”. Este argumento de “não saber” também foi amplamente

discutido no jornal espanhol: “Ana Mato também afirmou não saber quem pagou as despesas familiares, como a famosa viagem à Disneyland Paris com seu filho, que um relatório do Tesouro atribuía à rede Gürtel”.

No entanto, Ana Mato não fez uso do estereótipo de uma mulher inexperiente e economicamente ignorante; seu argumento foi baseado em razões muito práticas e igualitárias, a saber: a divisão de tarefas dentro de seu casamento. Na verdade, não teria sido uma estratégia coerente apresentá-la como uma pessoa inocente e ignorante devido à sua posição como membro do governo espanhol naquela época. Isto também foi reconhecido no jornal espanhol “El Diario” (Fernández e Ledda, 2013): “Mas, a Ministra da Saúde, Serviços Sociais e Igualdade, optou por um argumento mais igualitário para explicar por que ela não sabia que Correa entretinha seu então marido, o Senador Jesús Sepúlveda, com presentes como um Jaguar: Em muitas famílias, onde a atividade profissional é independente entre homem e mulher, há também independência econômica”. Como mencionado anteriormente, Ana Mato foi acusada como participante dos crimes e perdeu sua carreira política e, no final, sua reputação. Do ponto de vista da integração do gênero no judiciário espanhol, este foi um sinal muito bom, pois ela foi levada a sério pelos juízes e também pela grande mídia e ao estar em tais posições de responsabilidade, foi apenas coerente, que Ana Mato perdeu tudo no final. Esta decisão mostra que, pelo menos, estes juízes foram mais sensíveis à igualdade de gênero do que seus colegas brasileiros no caso de Dilma Rousseff, que foi impugnada por razões administrativas; porém, a pessoa detida e acusada foi o “homem por trás”, isto é, o presidente Lula.

Diferente foi a defesa de outra mulher acusada no caso Gürtel, cujo nome é Rosalía Iglesias. Rosalía Iglesias estava desempregada na época dos crimes, sendo esposa do ex-tesoureiro do Partido do Povo. Seu marido está preso por seu suposto envolvimento com o financiamento ilegal do Partido do Povo. Comparada a Ana Mato, Rosalía Iglesias optou pelo clichê de uma “dona de casa” inocente e ignorante e, por ter estado desempregada naquela época, esta imagem era definitivamente mais coerente para ela do que para a Ministra de Serviços Sociais e Igualdade.

Rosalía Iglesias mencionada no Jornal (Fernández e Ledda, 2013): “Esse é o trabalho do meu marido”. E ela continuou dizendo ao Juiz: “Quando meu marido me diz para assinar algo, ele tem toda a minha confiança”. Em suas declarações na Corte Nacional (Audiencia

Nacional), Rosalía Iglesias disse que nunca soube nada sobre as contas ou movimentos de seu marido. No entanto, ela, obviamente, não queria ser vista como uma pessoa “estúpida”: “Não sou estúpida, longe disso, mas em minha casa, em minha família que formamos, há uma distribuição do trabalho”, disse ela. “Estando desempregada, Rosalía Iglesias acumulou, em sua conta privada, quase 11 milhões de euros, somente no ano de 2007. Apesar de muitos dos bens do casal estarem em seu nome, Rosalía Iglesias negou perante os juízes sua participação no delito de fraude fiscal e lavagem de dinheiro, garantindo que era seu marido quem estava encarregado da economia familiar” (Fernández e Ledda, 2013).

Entretanto, o Tribunal Nacional espanhol continuou suas considerações igualitárias e condenou Rosalía Iglesias a 15 anos e 1 mês de prisão (*Comunicación Poder Judicial*, 2018): “A Câmara conclui que sua esposa, Rosalía, em conluio com ele, usou o mesmo procedimento para esconder sua própria renda e a de seu marido, e também fingindo vender quadros. (...) O Tribunal rejeita o argumento apresentado pela defesa de Rosalía Iglesias de que ela não tinha os conhecimentos para realizar as ações que lhe são imputadas”. Esta justificativa, segundo a Câmara, a deixaria relegada “a pouco mais que um simples objeto, e isto não deveria ser aceito pela Corte”. Mais uma vez, os juízes espanhóis trataram uma mulher ré, envolvida em um crime de colarinho branco, de maneira igual a um homem, embora, neste caso, a mulher não se destacasse como executiva com responsabilidades, como visto no caso da ex-Ministra Ana Mato.

Em outra decisão (diferente do caso acima), os juízes espanhóis não se destacaram por sua sensibilidade com relação à igualdade de gênero em crimes de colarinho branco. Entretanto, isto poderia ter sido por um motivo diferente do que a integração da igualdade de gênero no judiciário. A razão poderia ser que a irmã do atual rei espanhol, a princesa Cristina, foi a mulher acusada envolvida neste interessante caso de corrupção chamado “Nóos”. Em 2017, o marido da princesa foi condenado por prevaricação, desvio de fundos, fraude, tráfico de influência e duas infrações fiscais, com uma pena consistente em 5 anos e 10 meses de prisão (Departamento de infografia, 2018). Isso porque ele recebeu, por exemplo, 747.889,54 euros, entre 2004 e 2005, da empresa imobiliária Aizoon, cujos bens ele divide com sua esposa, a princesa Cristina. A princesa tem um diploma universitário e, na época dos crimes, trabalhava como executiva em uma fundação espanhola. Como no caso anterior de Ana Mato e Rosalía Iglesias, sua defesa também foi baseada no desconhecimento da economia da família. Durante a audiência judicial,

a princesa Cristina explicou que ela e seu marido “não falam de negócios em casa”. Ela também confirmou que não tinha controlado as despesas da empresa co-proprietária Aizoon, nem tinha controlado suas contas. Ela confirmou ainda que não sabia quanto de suas despesas de viagem pessoais e familiares eram realmente cobradas nas contas da Aizoon: “Eu não acompanho as despesas de viagem”. O Procurador José Castro, que investigou o caso Nóos durante cinco anos e colocou a princesa Cristina no banco dos réus, explicou em 18 páginas, por que a princesa deveria ser acusada, e explicou que não podia entender, por exemplo, por que o ex-rei tinha avisado o marido da princesa para não realizar certas atividades, mas não sua própria filha (Resolução de 3 de abril de 2013). Este Procurador quis a condenação da princesa à pena de 4 anos de prisão, e exigiu que ela pagasse 2,6 milhões de euros, em responsabilidades civis. No final, a decisão da Corte Provincial absolveu a princesa. O Procurador Castro ficou decepcionado com a decisão do Tribunal Provincial. Perguntado por jornalistas, Castro admitiu que ele “não esperava este tipo de sentença”, com tantas absolvições, inclusive a da princesa. Em sua declaração à agência de notícias internacional espanhola EFE (Bohórquez *et al.*, 2017), o magistrado sustentou que, no caso da princesa, parecia que “a ignorância que ela demonstrou” no julgamento de instrução, “merecia crédito” do Tribunal, “como foi possível dar crédito ao que Rosalía Iglesias e Ana Mato disseram”. Como mencionado anteriormente, esta decisão da Corte Provincial poderia estar mais relacionada à pressão da família real, e seus fortes apoiadores dentro da política e da sociedade espanhola, do que à falta de integração da perspectiva de gênero no judiciário espanhol. No entanto, mesmo que fosse este o caso, isto ainda demonstra que a lei relacionada aos crimes de colarinho branco não é a mesma para todos os cidadãos espanhóis.

O último dos quatro crimes de colarinho branco discutidos com o envolvimento de mulheres é o chamado “caso Gescartera” (Allende Salazar, 2007), que foi um escândalo financeiro na Espanha, em 2001, o que o coloca 15 anos antes dos casos discutidos anteriormente. Mais de 120 milhões de euros desapareceram e mais de 2000 pessoas foram afetadas, incluindo fundos mútuos públicos, fundações, ONGs, congregações religiosas e empresas públicas. A Gescartera foi uma empresa de gestão de carteiras criada em 1992. Sua presidente, Pilar Giménez-Reyna, foi condenada a 3 anos de prisão. Sua defesa foi semelhante aos três casos mencionados anteriormente, e Pilar Giménez-Reyna tentou minimizar seu papel, de forma muito intensa e bastante humilhante, fazendo uso de todo tipo de estereótipos contra

as mulheres. Ela tentou convencer os juízes de que seu status, como presidente da Gescartera, era “meramente decorativo”. Ela disse literalmente: “Eu sou apenas uma jarra de flores. Eu lhe disse: ‘Eu não quero poderes, quero ser uma jarra de flores’: Não me importo de ser uma mulher objeto” (Allendesalazar, 2007). A expressão “vaso de flores” é usada na Espanha quando se tenta descrever uma mulher que parece não ter nenhuma idéia de nada. A juíza (mulher) não deixou dúvidas de que não concordava com esta defesa: “A recorrente se baseia na afirmação de que os cargos ocupados na diretoria da Gescartera eram meramente decorativos e, portanto, não se traduziam, efetivamente, em nenhuma atividade relevante à frente da entidade. Esta forma de raciocínio, um clichê na experiência forense, é reiterada como argumento defensivo, diante de imputações de natureza igual ou semelhante às dirigidas ao recorrente, talvez fosse capaz de banalizar e minimizar a relevância do possível desempenho *pro forma* de funções deste tipo, no contexto de situações marcadas por sua regularidade, nas quais o possível desconsideração das responsabilidades legais e estatutárias à frente de certas responsabilidades legais, ou à frente de uma determinada entidade, não poderia ser de nenhum significado prático. O mesmo dificilmente pode ser dito em contextos como o da Gescartera, no período de interesse aqui; e na presença do conhecimento de que, naquele ambiente empresarial, estavam ocorrendo ações que não eram simplesmente irregulares, mas até mesmo ações criminalmente significativas”. (Sentença do Tribunal Supremo a partir de 13 de outubro de 2009). Este julgamento ilustra que, já por volta do ano de 2009, o judiciário espanhol levava a sério as mulheres e suas ações em crimes de colarinho branco. Não está totalmente claro se a sentença foi influenciada pelo fato de que a julgadora era uma mulher. Entretanto, parece óbvio, para as Autoras, que já no início do século 21, o judiciário e a sociedade espanhola estavam prontos para reconhecer as mulheres acusadas de crimes de colarinho branco como responsáveis por seus atos e, portanto, elas pareciam estar integradas em casos de corrupção já há cerca de 15 anos.

6. Viés de gênero no judiciário alemão e nos principais meios de comunicação

A seguir, discutiremos como o papel das normas sociais é vivenciado pelas mulheres acusadas, bem como pelas mulheres vítimas de corrupção na Alemanha. Algumas palavras introdutórias, relacionadas à corrupção na Alemanha, podem ser necessárias aqui. A percepção

do cidadão alemão sobre a corrupção em seu país é muito baixa, como indica o Índice de Percepções de Corrupção da Transparência Internacional (posição 8 de 179 em 2020). Entretanto, recentemente, no chamado caso “mascaramento”, levou à demissão de alguns políticos alemães por seus envolvimento em casos de corrupção relacionados com a compra de máscaras na crise do Coronavírus, conforme amplamente divulgado pela grande mídia. E, somente no final de 2020, o Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO) do Conselho da Europa solicitou à Alemanha, em seu quinto relatório de avaliação, mais transparência governamental, regras de lobby e melhores regulamentações sobre conflitos de interesses. E, de acordo com o Estudo da Alemanha de 2018, conduzido pela GIZ, com 154 entrevistas com representantes do mundo da política, negócios, ciência e pesquisa, e sociedade civil em 24 países, “escândalos de corrupção, em particular o caso Diesel, abalaram seriamente a confiança na Alemanha”. (GIZ, 2018). Portanto, a Alemanha pode ter mais problemas com a corrupção do que é percebida por sua própria sociedade. Outro aspecto interessante e relacionado à evidente falta de integração da perspectiva de gênero na aplicação da lei na Alemanha, são as estatísticas anuais sobre corrupção, publicadas pelo Departamento Federal de Polícia Criminal da Alemanha (em alemão, *Bundeskriminalamt* ou BKA). Essa estatística não inclui dados desagregados por sexo. De acordo com esta estatística, em 2019 ocorreram 5.428 crimes relacionados à corrupção. Portanto, é necessário mencionar que, em geral, não há muita informação na Alemanha sobre crimes de colarinho branco, e ainda menos sobre mulheres envolvidas nestes casos. Três deles serão discutidos aqui, e, em dois destes casos, as mulheres envolvidas foram vítimas de corrupção.

Além disso, deve ser mencionado que a Alemanha não está em uma posição muito boa no que diz respeito à igualdade de gênero. De acordo com o Estudo Alemanha 2018, conduzido pela GIZ, “uma entrevistada ficou perplexa com o fato de que, mesmo no século 21, ainda não é possível conciliar suficientemente a vida profissional e familiar na Alemanha. Eles também ficaram surpresos com o quão conservadora é a posição das mulheres na sociedade na Alemanha moderna”. E, de acordo com o Índice de Igualdade de Gênero 2020, do Instituto Europeu para a Igualdade de Gênero (EIGE *Gender Equality Index*, 2020), a Alemanha ocupa o 12º lugar (de um total de 27 países membros da UE) no seu índice. Sua pontuação é 0,4 pontos abaixo da pontuação da UE. A título de exemplo, a diferença de gênero na Alemanha, em termos de emprego, é grande. De acordo com o EIGE, “desde 2010, a diferença de gênero na taxa de

emprego em tempo integral diminuiu ligeiramente, mas permanece grande. A diferença de gênero no emprego de tempo integral é muito maior entre mulheres e homens em casais com filhos”. Existe também uma desigualdade nas situações econômicas das famílias alemãs monoparentais: 39% das famílias monoparentais estão em risco de pobreza e este risco é muito maior para as mulheres (com 43%) do que para os homens (25%). Finalmente, ainda não há muitas mulheres em cargos de decisão econômica, embora tenha havido um aumento de 2010 a 2020: Em 2010, a representação das mulheres nos conselhos de administração das empresas foi de 14 %. Este número aumentou até 36 % em 2020, após a Alemanha ter introduzido uma quota legislativa de 30 % para as mulheres nos conselhos de administração das empresas.

O primeiro caso de corrupção a ser discutido está relacionado com a política alemã Karin Strenz, que morreu recentemente, aos 53 anos de idade. Ex-membro do Parlamento alemão, ela foi banida do Conselho da Europa, em 2018, por ter sido implicada na Lavanderia do Azerbaijão (Klein, 2021), um esquema de lobby e lavagem de dinheiro em toda a UE, que movimentou US\$ 2,9 bilhões, durante um período de dois anos, através de quatro empresas fantasmas registradas no Reino Unido (Raileanu e Nitu, 2017). Durante sua participação na Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (PACE), Karin Strenz supostamente aceitou dinheiro do Azerbaijão, de forma indireta, e não revelou este conflito de interesses. Na ocasião, ela avaliou a situação dos direitos humanos no Azerbaijão para o Conselho da Europa. No Relatório do Órgão de Investigação Independente sobre as alegações de corrupção na Assembleia Parlamentar, a estratégia de defesa de Karin Strenz não envolveu diretamente estereótipos contra as mulheres. No entanto, ela declarou que “não sabia quem havia pago suas despesas de viagem e hospedagem”, e “negou ter recebido qualquer taxa por sua participação naquela missão” (2018:72). O resto de suas declarações são bastante neutras em termos de gênero, negando um conflito de interesses apesar de ter reconhecido, recentemente, na mídia alemã, que havia recebido dinheiro do Azerbaijão, no final de 2014 e início de 2015 (2018:91). Posteriormente, Karin Strenz postou declarações, em sua conta do Facebook, que, de uma perspectiva de gênero, poderiam ser interpretadas como estereotipadas. Ela explicou a seus seguidores que se retirou do PACE por causa de uma “falta de apreço” pelo que ela vê como seu considerável compromisso com o corpo de direitos humanos (Reuter, 2018). Pode-se interpretar esta defesa em público como a de uma pessoa atenciosa que só queria o melhor para todos, e cujas melhores intenções haviam sido rejeitadas; ela parecia estar se referindo à

imagem de uma mãe atenciosa cujo amor não é desejado e rejeitado por seus filhos. Em uma entrevista em 2019, Karin Strenz continuou esta estratégia, acrescentando o componente da inocência total. Ela enfatizou que não tinha mais nenhuma ligação com o Azerbaijão, e também admitiu: “Sim, talvez eu tenha sido ingênua”. Se ela soubesse que o “fogo constante” iria atingi-la, certamente teria se comportado de maneira diferente (Kords, 2019). Talvez como consequência, Karin Strenz não teria sido candidata às eleições parlamentares na Alemanha, em setembro de 2021; sua morte súbita interrompeu quaisquer outras investigações. Devido à sua morte prematura, este caso terminou aqui, sem qualquer consequência legal (ela só recebeu uma reprimenda de seu partido político) na Alemanha. Parece que este caso não foi levado a sério na Alemanha, e uma explicação para isso pode ser uma discriminação intersetorial: Todo o caso está relacionado a um país que parece estar longe e não ser importante para um cidadão alemão normal porque não afeta - diretamente - a Alemanha; além disso, Karen Strenz era da Alemanha Oriental, e a região representada por ela não é estrategicamente importante dentro do cenário político alemão. Além disso, Karin Strenz era apenas uma mulher. Todos estes aspectos juntos a tornam fraca e não suficientemente interessante, e poderiam explicar esta total ignorância das ações corruptas de Karin Strenz a partir da perspectiva da política e da sociedade alemã.

Em outro caso alemão, o Tribunal Administrativo de Bremen decidiu que a transferência de uma funcionária, depois que ela relatou a suspeita de corrupção, era ilegal, e ordenou ao empregador, a cidade de Bremerhaven, que a reintegrasse em seu antigo emprego (Sentença *Verwaltungsgericht*, 8 de setembro de 2015). A empregada era chefe do departamento da cidade de Bremerhaven. Ela havia sido dispensada de suas funções, em novembro de 2013, depois de ter relatado suspeitas de corrupção de dois funcionários subordinados em seu departamento. Esses subordinados haviam aceitado um convite de um parceiro de negócios, da Cidade de Bremerhaven, para participar de um show de variedades, com uma refeição gratuita de três pratos. Segundo a Cidade de Bremerhaven, a transferência da chefe de departamento era necessária porque havia um mau ambiente de trabalho no local, o que punha em risco a capacidade de trabalho do departamento.

A cidade de Bremerhaven alegou que a transferência não havia ocorrido por causa da denúncia de suspeita de corrupção. De uma perspectiva de gênero, este caso poderia ser interpretado de uma maneira na qual o empregador estava se comportando de uma maneira

estereotipada, livrando-se da parte mais fraca do caso: a líder feminina contra dois empregados, e um deles era um homem. Ler este caso com lentes de gênero significa que a defesa do empregador foi baseada no fato de que eles queriam se livrar de uma mulher perturbadora do ambiente, que não era capaz de manter uma atmosfera feliz no departamento. O jornal alemão TAZ escreveu sobre isso: “A cidade de Bremerhaven deveria ter informado o Ministério Público imediatamente, em dezembro de 2013, quando soube disso - de acordo com as diretrizes válidas sobre corrupção. Entretanto, o prefeito de Bremerhaven, Melf Grantz, não o fez - ao invés disso, ele teve a chefe do departamento, que denunciou a suspeita, devidamente dispensada de suas funções - por causa de uma perturbação da paz no trabalho e do clima de trabalho”. O julgamento afirma: “Mesmo que se assumisse que a autora tivesse desempenhado um papel não insignificante no clima de tensão dentro do departamento antes de outubro de 2013 (...), isto não justificaria uma transferência da autora do departamento”. O juiz não entra explicitamente em qualquer discussão sobre uma dimensão de gênero neste caso. No entanto, ele continua: “A autora relatou uma declaração feita pelo funcionário masculino, em 2011, em relação à doença da autora como resultado da grave doença de seu marido. A testemunha explicou em detalhes que isto inicialmente impossibilitou a cooperação entre a autora e o empregado masculino. Mesmo após uma discussão esclarecedora, a relação permaneceu tensa. De acordo com isto, havia uma relação tensa com o chefe de departamento adjunto masculino, há algum tempo. É óbvio que uma relação tão tensa, dentro da administração do departamento, teve um efeito negativo sobre o ambiente de trabalho de todo o departamento”. E, finalmente, o juiz esclarece que a chefe de departamento agiu corretamente e de acordo com suas funções: “A Diretiva de Corrupção serve a um objetivo constitucional central. Ela visa assegurar que a administração decida de acordo com a lei e que o público possa confiar nisto. Este objetivo seria prejudicado se o réu, por um lado, não sancionasse funcionários que tenham violado as diretrizes para a prevenção da corrupção e, por outro lado, sancionado uma funcionária que agiu de acordo com a política de corrupção”. Sabe-se que os denunciantes têm que ser protegidos e é por isso que, por exemplo, a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019, sobre a proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União Europeia, entrou em vigor em 2019. Neste caso, a decisão do juiz e suas explicações na sentença, convidam o leitor à seguinte conclusão: que um empregador do setor público não protege seu próprio povo, que só age de acordo com o melhor interesse do empregador e de

acordo com as regras do próprio empregador. Pode-se assumir, e concluir, que a chefe de departamento - uma mulher - era muito mais fraca do que sua contraparte masculina subordinada.

Há também um caso recente de “sextorção” da Suprema Corte alemã (BHG), de 7 de abril de 2020 (Resolução *Bundesgerichtshof* de 7 de abril de 2020), mas sem utilizar a expressão “sextorção” durante todo o processo e julgamento. Um policial tinha liderado uma delegacia de polícia, em uma cidade alemã, entre 2001 a 2016. Em sua posição, ele poderia influenciar a promoção de outros policiais. Em 2012, ele entrevistou uma funcionária do Escritório Estadual de Investigação Criminal (*Landeskriminalamt*) que fazia parte de um programa de mentoria “cujo objetivo político era possibilitar carreiras profissionais para as mulheres e, em particular, trazer as mulheres para posições de liderança”. O julgamento afirma: “Após a entrevista, o acusado elogiou a testemunha, e disse que ela já havia atraído sua atenção. Sabendo da qualificação profissional da testemunha, ele perguntou se ela estaria interessada em mudar para sua delegacia de polícia. Ele tinha um trabalho em mente onde poderia imaginar a testemunha trabalhando. Ele ignorou a pergunta dela sobre o tipo de cargo. Em vez disso, ele disse que ela poderia fazer carreira em sua delegacia de polícia. Imediatamente depois, ele perguntou se a testemunha “dormia até o topo” ou “dormiria até o topo”, o que ele especificou, em resposta à reação surpresa dela, dizendo se ela “dormia até o topo” ou “dormiria até o topo”. O acusado estava ciente de que sua pergunta tinha a intenção de vincular o avanço profissional da testemunha com sua indução a favores sexuais. A testemunha rejeitou o pedido do acusado”. O Tribunal Regional condenou o policial a uma multa de 120 diárias por corrupção, e o Supremo Tribunal Alemão manteve esta decisão. É muito positivo que, já no primeiro julgamento, se tenha chegado a esta conclusão, e que isto tenha sido confirmado pelo Supremo Tribunal Alemão. No entanto, foi uma pena e uma oportunidade perdida, que ambos os julgamentos tenham tentado manter essa neutralidade de gênero, e que os juízes, obviamente, não estavam cientes da expressão “sextorção”, significando exatamente o que foi descrito no julgamento: uma pessoa (normalmente, um homem) em uma posição superior, requer favores sexuais em troca de algo mais.

Como mencionado no início, a Alemanha tem uma relação relativamente ambivalente com a corrupção e também com a igualdade de gênero. Como mencionado acima, e de acordo com o Índice de Percepções de Corrupção da Transparência Internacional, os alemães se

percebem como muito pouco corruptos (posição 8 de 179 em 2020), o que poderia explicar a pouca jurisprudência relacionada a crimes de colarinho branco; enquanto que somente em 2020, o GRECO solicitou à Alemanha, em seu quinto relatório da Rodada de Avaliação, mais transparência governamental, regras de lobby e melhores regulamentações de conflito de interesses. Isto significa que a Alemanha tem um problema maior com a corrupção do que o percebido por seu povo. Esta percepção pode ter mudado durante a pandemia, pois o público ficou chocado com as alegações de corrupção relacionadas às máscaras Covid-19 (Mertens, 2021). Além disso, e como mencionado no início, não há muitas mulheres em posições de tomada de decisão econômica e política. Até mesmo a chanceler alemã Angela Merkel declarou em 2020, que a Alemanha deve fazer mais sobre a igualdade de gênero (*Deutsche Welle*, 2021). Tudo isso poderia explicar por que há tão poucos casos relacionados a crimes de colarinho branco e, especialmente, casos em que as mulheres estejam envolvidas. Seria um sinal muito bom para ambos, anticorrupção e igualdade de gênero, se houvesse mais casos relacionados à corrupção levados aos tribunais, e se houvesse mais mulheres acusadas de corrupção na Alemanha. Isto significaria que a sociedade, como um todo, estaria mais consciente do que é corrupção, e que mais mulheres teriam entrado em posições de liderança ou de relevância econômica onde seria mais fácil, também para uma mulher, ser corrupta.

7. Conclusão

Na descrição do Judiciário brasileiro, espanhol e alemão, bem como da grande imprensa, podemos observar que o Brasil está lutando fortemente contra a corrupção e que as mulheres não são levadas a sério como indivíduos que podem cometer crimes de colarinho branco. A percepção das mulheres, na sociedade, é a de uma “dona de casa” atenciosa, que não é capaz de cometer crimes de colarinho branco. Isto parece estar de acordo com a discussão do passado, que tentou estabelecer as mulheres como o sexo mais justo - e, portanto, menos corrupto (Swamy et al. 2001 e Dollar et al. 2001). No entanto, como também foi dito por Bockelie *et al.* (2016), “perguntar se as mulheres são ou não o sexo mais justo simplesmente reproduz a categorização e as suposições binárias de gênero da sociedade, em vez de permitir que a pesquisa se concentre no comportamento de gênero”. Isso produziria “um conteúdo de pesquisa mais útil e mais representativo sobre gênero, que levaria a uma visão mais precisa e justa da controvérsia”. Neste Artigo, isto significa, para o Brasil, que as normas sociais brasileiras ainda

estão impedindo as mulheres de serem capazes de ter poder, influência e dinheiro, e de cometerem crimes de colarinho branco. Para o Brasil, a conclusão é que, em termos de igualdade de gênero, não foram alcançados grandes progressos.

Por outro lado, este Artigo evidenciou que a Espanha também está muito envolvida em casos de corrupção, e que muitas mulheres, em cargos de decisão econômica e política, estão envolvidas nestes casos. Em relação à igualdade de gênero, isto é um bom sinal porque isto significa que cada vez mais mulheres estão chegando à liderança ou à cargos de relevância econômica; além disso, o judiciário espanhol e a imprensa dominante não apóiam o estereótipo da “dona de casa” desempregada, que não tem conhecimento de nenhuma questão econômica. Este estereótipo ainda é apoiado pela publicidade espanhola, e, também, quatro em cada dez anúncios associam as mulheres ao papel de “dona de casa”, o que é um sinal muito bom para a política e a sociedade espanhola em termos de igualdade de gênero. As normas sociais não retêm mais as mulheres na Espanha; as mulheres são vistas como capazes de serem corruptas, o que é muito positivo.

Finalmente, a Alemanha terá que lutar em duas frentes: deve levar a corrupção em seu próprio país mais a sério, e parece que, assim como o Brasil, a Alemanha não considera suas próprias mulheres capazes de serem corruptas, pelo simples fato de que não há mulheres suficientes em cargos importantes de liderança ou de relevância econômica. Portanto, também na Alemanha as normas sociais ainda impedem as mulheres de serem capazes de ter poder, influência e dinheiro e de cometerem crimes de colarinho branco.

8. Referências Bibliográficas

ALLENDE SALAZAR, P (2007)., “Pilar Giménez-Reyna se presenta como una «mujer objeto» a las órdenes de Camacho” in <https://www.larioja.com/20070926/economia/pilar-gimenez-reyna-presenta-20070926.html?nombre=>, 2007 (access on April 16, 2021).

ARIAS, E. (2019). How Does Media Influence Social Norms? Experimental Evidence on the Role of Common Knowledge. *Political Science Research and Methods*, 7(3), 561–578.

BENITES, Afonso. (2016) “Lava Jato faz denúncia ousada e acusa Lula de ser chefe da “propinocracia” . El Pais, 14 sept 2016,



https://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/14/politica/1473885781_336741.html (accessed on March 18th, 2021).

BENITEZ MARTINS, C. (2020) “Invisible and Illicit Work: critical and feminist criminological reflections on the increase in the incarceration of women for drug trafficking in Brazil”. *Rev. Direito e Práx.* 11 (04) • Oct-Dec 2020 • <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50281>

BENSON, M. L. and SIMPSON, S. S. (2018). *White-collar Crime: An Opportunity Perspective*. New York: Routledge, 2018, 3rd ed

BENSON, M. L., GOTTSCHALK, P. (2015). Gender and white-collar crime in Norway: An empirical study of media reports. *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 43, n. 4, p. 535– 552

BENSON, Michael L and SIMPSON, Sally S (2018). *White-collar Crime: An Opportunity Perspective*. New York: Routledge, 2018, 3rd ed

BICCHIERI, Cristina (2005). *The Grammar of Society - the Nature and Dynamics of Social Norms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

BOCKELIE, J., BLANES, N., CISNEROS, C., KHARYA, A., LECOMTE, C., LÉGER, D., MARSICK, C., NEVEU, T., GARCÍA, A., RODRIGUEZ, J., ROMAIN, L., FUENTE, M., SIM, B., SINGAL, S., VAINQUEUR, J., WABLE, L., TARI, T.. (2017). Mapping Controversies: Gender and Corruption. 10.13140/RG.2.2.27554.84164 (access on September 21, 2021).

BOHÓRQUEZ, L., PÉREZ, F. J., RINCÓN, R. (2017). “Sentencia ‘caso Nóos’. La Audiencia condena a Urdangarin a 6 años y 3 meses de cárcel y absuelve a la Infanta”, in https://elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487318715_211475.html, 2017 (access on April 16, 2021).

BONGER, W. A. (1969), “Criminality And Economic Conditions”, Indiana University Press, 1969.

BOSLEY, D. (1992) Gender and Visual Communication: Toward a Feminist Theory of Design. *IEEE Transactions on Professional Communication*, Vol. 35, No. 4, December 1992

BRANDON, M. (2016). *The Impact of Gender and Focal Concerns Theory on the Treatment of White-Collar Defendants by Federal Judges* (2016). Walden Dissertations and Doctoral Studies,

<https://scholarworks.waldenu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3978&context=dissertations&httpsredir=1&referer=>, retrieved on June 16th, 2021.

BRGLEZ, M., NOVAK, S. and TKALEC, S. (2016). “Stereotyping and Human Rights Law: an (Un)conventional Approach of the European Court of Human Rights”, *Teorija In Praksa* let. 53, 5/2016, pp. 1124-1137

BUTLER, J. (1990). *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge, 1990

CAMPANA, F. (2010). “Aprendiz de candidato”, in <https://www.fabiocampana.com.br/2010/01/aprendiz-de-candidata/>, 2010 (access on April 16, 2021).

CASE ALYNE PIMENTEL (2011), United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee), 49th session July/2011

CASE MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES (2001), Inter-American Commission of Human Rights, case 12.051/ 2001, complaint – Brazilian Federal case 5014073-30.2016.4.04.7000, available at <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-claudia-cruz.pdf>.

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL. “La Audiencia Nacional condena a penas de hasta 51 años de prisión a 29 de los 37 acusados en el “caso Gürtel”

COOK, R., CUSAK, S. (2010). *Gender stereotyping: transnational legal perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010

COSTA, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2016

DE PAULA, J., RODRIGUES, R. (2019). "O Feminino Frente às Facções Criminosas" in Anais do XV Encontro de Iniciação Científica da UNI7, v. 9, n. 1, 2019

DEPARTAMENTO DE INFOGRAFÍA, “Sentencia del Tribunal Supremo del ‘caso Nóos’” in https://elpais.com/elpais/2018/06/12/media/1528798103_747312.html , 2018 (access on April 16, 2021).

DEUTSCHE WELLE, “Merkel: Germany must do more on gender equality”, in <https://www.dw.com/en/merkel-germany-must-do-more-on-gender-equality/a-52677474> (access on July 14, 2021).

DIARIO DE SEVILLA (2017). “Ana Mato reprocha a Anticorrupción el "gravísimo daño" que ha causado a su reputación” in https://www.diariodesevilla.es/espana/Ana-Mato-Anticorrupcion-gravisimo-reputacion_0_1191481488.html, 2017 (access on July 13, 2021)

DIAS, M. B. (2012). *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

DIAS, M. B. (2007). *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17

DOLLAR, D., FISMAN, R., GATTI, R. (2001). Are women really the “fairer” sex? Corruption and women in government. *Journal of Economic Behavior & Organization* 46, 423–429. doi:10.1016/S0167-2681(01)00169-X (access on September 21, 2021).

EFE (2021). “Cuatro de cada diez anuncios asocian a la mujer con el rol de ama de casa”, in: <https://www.vozpopuli.com/espana/anuncios-mujer-ama-casa.html> (access on July 14 ,2021).

EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (2020), Gender Equality Index 2020: Germany, in: <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2020-germany> (access on July 14,2021).

FERNÁNDEZ, J. and LEDDA, E. (2013). “En la sombra: las mujeres en las tramas de corrupción” in https://www.eldiario.es/politica/sombra-mujeres-tramas-corrupcion_1_5748495.html , 2013 (access on April 16, 2021)

FOLHA DE S. P. (2013). “Para Oposicao Dilma Reconhece Nulidade Ao Dizer Que Lula Não Vai Voltar Porque Não Saiu” <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1318046-para-oposicao-dilma-reconhece-nulidade-ao-dizer-que-lula-nao-vai-voltar-porque-nao-saiu.shtml>, accessed on March 2nd, 2021

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (2016). Relatório - “Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais”, <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/09/percepcao-violencia-mulheres-b.pdf>, Access on June 14th, 2021

GIZ (2018). “Germany in the eyes of the world”, in <https://www.giz.de/en/worldwide/63559.html> (access on July 14th,2021).

GOTTSHALK P., & GLASØ, L. (2013). Gender in White-Collar Crime: An Empirical Study of Pink-Collar Criminals. *International Letters of Social and Humanistic Sciences*, 4, 22-34

GRANT THORNTON, INTERNATIONAL BUSINESS REPORT (IBR) (2020). “Women in Business”, in https://www.grantthornton.com.br/contentassets/158da8c0b7c04474a3cc43f4a5dc73af/women_in_business_2020.pdf?rdst_srcid=2041829 (access on July 14th,2021).

HOLTFRETER, K. (2015). "General theory, gender-specific theory, and white-collar crime", *Journal of Financial Crime*, Vol. 22 No. 4, pp. 422-431, 2015.

HOOKS, B. (2018). E-book *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. Kindle Version.

INDEPENDENT INVESTIGATION BODY ON THE ALLEGATIONS OF CORRUPTION WITHIN THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY (2018). Report, in <http://assembly.coe.int/Communication/IBAC/IBAC-GIAC-Report-EN.pdf> , 2018 (access on April 16, 2021).

INFORMATIVO IBGE (2019) - Brazilian Institute of Geography and Statistics, https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101722_informativo.pdf, Access on June 15th 2021

INFORMATIVO IBGE (2018)- Brazilian Institute of Geography and Statistics - http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttab_hist.shtm> Accessed September 10, 2021

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA (2010), Report 65, “Investigando a chefia feminina de família” (Investigating female headship in the family) available at https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101111_comunicadoipea65.pdf, Access on May 4th

JURIS.BUNDESGERICHTSHOF, Resolution Bundesgerichtshof from 7th April 2020, in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=106149&pos=0&anz=1> (access on April 16, 2021).

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N. 3 – PALMA DE MALLORCA, Resolution from 3rd April 2013, in <https://ep00.epimg.net/descargables/2013/04/03/923f6cb0c81431e54800ea707945c3ca.pdf> (access on April 16, 2021).

KLEIN, D. (2021). “German Parliamentarian Implicated in Azerbaijan Laundromat Dies”, in <https://www.occrp.org/en/daily/14112-german-parliamentarian-implicated-in-azerbaijan-laundromat-dies> , 2021(access on April 16 ,2021).

KOLLOCK, P. (1998) Social dilemmas: The anatomy of cooperation. Annual Review of Sociology, v. 24, p. 183-214, 1998

KORDS, G. (2019). “Karin Strenz: “Ja, es war vielleicht blauäugig”, in <https://www.nordkurier.de/mecklenburg-vorpommern/karin-strenz-ja-es-war-vielleicht-blauaeugig-1934321201.html>, 2019 (access on April 16, 2021).

LIMA, S. (2010) “À sombra de Lula, Dilma, promete “alma de mulher””, in <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/inde14062010.shl>, 2010 (access on April 16, 2021)

LINDQUIST, S. A., CROSS, Frank (2010). "Stability, Predictability and the Rule of Law: Stare Decisis as Reciprocity Norm", available at <https://law.utexas.edu/conferences/measuring/The%20Papers/Rule%20of%20Law%20Conference.crosslindquist.pdf>, accessed on 13th July 2021

MARCONI, M. A., LAKATOS, E. M. (2010). *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas Publishing House, 2010

MARKUS, H., OYSERMAN, D. (1989). Gender and Thought: The Role of Self Concept. *Gender and Thought: Psychological Perspectives*, 1989, pp. 100-127

MARX, K. (2008). *Contribuição à crítica da Economia Política*, São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2008, Trad. Florestan Fernandes.

MERTENS, A.-M. (2021). “Germans Concerned About Big Businesses Dominating Political Decisions”, in *Global Corruption Barometer – European Union 2021 in Focus*, in <https://www.transparency.org/en/blog/gcb-eu-2021-corruption-survey-germany-business-dominating-politics-lobbying#> (access on April 16,,2021).

MILLARD, E. (2013). Droit et Genre in LEVERD, Sonia Les nouveaux territoires du droit, Paris: Éditions L’Harmattan, p. 87-104, 2013

NATIONAL STATISTICS INSTITUTE, 2019, in <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25998> (access on April 16, 2021)

OXFORD LEARNER’S DICTIONARIES:, access on June 14th, 2021, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/perspective?q=perspective>

PARDELLAS, S., BERGAMASCO, D. (2016). “Uma presidente fora de si”, in <https://istoe.com.br/450027 UMA+PRESIDENTE+FORA+DE+SI/>, 2016 (access on April 16, 2021).

PESSOA, D. (2017). “Enquanto Cláudia Cruz gasta, ex-mulher de Cunha passa necessidade”, in <https://vejario.abril.com.br/cidade/enquanto-claudia-cruz-gasta-ex-mulher-de-cunha-passa-necessidade/>, 2017 (access on April 16, 2021).

PNUD (2019). Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres y

IDEA Internacional. “Surcando Olas Y Contra-Olas: Una Mirada Paritaria A Los Derechos Políticos De Las Mujeres En América Latina”, available at http://americ latinagenera.org/newsite//images/cdr-documents/2020/03/PNUD_surcando_olas_20200302.pdf, (access on June 14th 2021)

PODERDATA (2019) https://www.poder360.com.br/poderdata/80-dos-homens-dizem-haver-machismo-mas-so-8-admitem-ser-machistas/?fbclid=IwAR1EPRIB9eCIEzMCJit_yz651M6jQW_wr-vG2eDTGBq_aR7obK3ygm2Gqgk, (access on June 14th, 2021)

RAILEANU, C., NITU, C. (2017). “The Azerbaijani Laundromat”, in <https://www.occrp.org/en/azerbaijanilaundromat/>, 2017 (access on April 16, 2021).

REUTER, L. (2018). “Karin Strenz kündigt Rückzug aus Europarat an”, in <https://www.nordkurier.de/mecklenburg-vorpommern/karin-strenz-kuendigt-rueckzug-aus-europarat-an-1530972001.html>, 2018 (access on April 16, 2021)

ROBERTS, B. M. (2016). "The Impact of Gender and Focal Concerns Theory on the Treatment of White-Collar Defendants by Federal Judges" (2016). Walden Dissertations and Doctoral Studies, <https://scholarworks.waldenu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3978&context=dissertations&httpsredir=1&referer=>, (access on June 16th, 2021).

SAFFIOTI, H.I.B. (1994). Violência de Gênero no Brasil Atual. Estudos Feministas, Rio de Janeiro, CIEC/ECO/UFRJ, nº especial, 2º semestre de 1994, pp.443-461;

SENTENCE- Federal case 5014073-30.2016.4.04.7000 available at <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170525-09.pdf> (access on June 16th, 2021)

SILVA SANTOS, V. É. (2017). "Criminal women: the evolution of the discourse of gender criminality victimization in the face of the insertion of women in organized crime" in Anais do CONIDIF- Congresso Internacional de Direitos Difusos. Campina Grande: Realize Ed, 2017, available at https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conidif/2017/TRABALHO_EV082_MD1_SA6_ID280_1908201 (access on June 16th, 2021)

SMART, C. (1989). *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge, 1989, p. 88

SOUSA SANTOS, B de. (2003). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003: 56

STEFFENSMEIER, D., ALLAN, E. (2003). Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending. *Annual Review of Sociology*. 22. 459-487. 10.1146/annurev.soc.22.1.459 (access on September 21, 2021).

STEFFENSMEIER, DJ, SCHWARTZ, J, ROCHE, M. (2013). Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime: Female Involvement and the Gender Gap in Enron-Era Corporate Frauds. *American Sociological Review*. 2013;78(3):448-476. doi:10.1177/0003122413484150 (access on September 21, 2021).

SWAMY, A. V., LEE, Y., AZFAR, O. and KNACK, S. (1999). Gender and Corruption (November 1999). IRIS Center Working Paper No. 232, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=260062> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.260062> (access on September 21, 2021).

TAZ. "Gericht kritisiert Grantz" in <https://taz.de/Korrutions-Affaere-in-Bremerhaven/15230815/> (access on April 16, 2021).

TEIXEIRA, D. V. (2010). Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010

TENBRUNSEL, A. E., MESSICK, D. M. (2011). Sanctioning systems, decision frames, and cooperation. *Administrative Science Quarterly*, v. 44, p. 684-707, 1999

TIMMER, A. (2011). “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. *Human Rights Law Review* 11:4 [2011], Oxford University Press.

TRIBUNAL SUPREMO, Judgment Tribunal Supreme from 13th October 2009, in <https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4977330&links=Gescatera&optimize=20091203&publicinterface=true> (access on April 16, 2021).

UNODC (2018). Global Study on Homicide 2018 (Vienna, 2018), file:///C:/Users/Usuario/Documents/LIVROS%20PDF/genero/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf, accessed on June 15th, 2021

VAN SLYKE, S. R, BALES W. D. (2013). “Gender Dynamics in the Sentencing of White-Collar Offenders” *Criminal Justice Studies: A Critical Journal of Crime, Law and Society*, 2013, p. 168-196

VERWALTUNGSGERICHT.BREMEN, Judgment Verwaltungsgericht 8th September 2015 in <https://www.verwaltungsgericht.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen73.c.13030.de&asl=bremen73.c.13039.de> (access on April 16, 2021).

VIAPANA, T. (2019) “Jovem presa com 4 gramas de maconha é condenada ao regime fechado”, *Consultor Jurídico*, <https://www.conjur.com.br/2019-out-31/jovem-presa-maconha-condenada-regime-fechado> (access on March 11th, 2021).

WORLD ECONOMIC FORUM ANNUAL MEETING (2018). Report.,
http://www3.weforum.org/docs/WEF_Annual_Report_18-19.pdf

WORLD FEMALE IMPRISONMENT LIST (2021) – 4th edition. Institute for Criminal Policy
Research at Birkbeck, University of London,
<https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf>, accessed on June 14th, 2021.

A questão do gênero no crime de colarinho branco

The question of gender in white collar crime

Artur de Brito Gueiros Souza¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Analisa-se a participação das mulheres nos crimes de colarinho branco, partindo das definições estabelecidas pela criminologia, apresentando as perspectivas da oportunidade delitiva e da organização diferenciada de gênero na etiologia da criminalidade econômica.

Palavras-chave: Crime de colarinho branco – mulheres infratoras – barreiras sociais – diferenças de gênero.

Abstract: Women's involvement in white-collar crimes is analyzed, adopting as a starting point the definitions established by criminology, presenting the perspectives of criminal opportunity and the gender differentiated organization in the etiology of economic criminality.

Keywords: White-collar crime – female offenders – glass ceiling – gender gap.

1. Introdução

O gênero é a principal variável da Criminologia. E essa assertiva pode ser aquilatada com a conhecida – e igualmente eloquente – observação de Antony Harris, no sentido de que a maior falha do saber criminológico foi não ter adotado, como ponto de partida científico, o sexo do infrator. Isso porque o gênero forneceria o principal e mais poderoso preditor dos desvios criminais, sejam eles oficiais ou não oficialmente registrados, e isso seria verificado em todos os modelos de sociedade.¹

¹ Professor Titular de Direito Penal da UERJ; Coordenador do CPJM; Procurador Regional da República.

¹ HARRIS, Antony R. *Sex and theories of Deviance: Toward a Functional Theory of Deviant Type-Scripts*. In *American Sociological Review*. Vol. 42, n. 1, 1977, p. 14. Harris complementa o seu raciocínio afirmando que, se nos primórdios, os *frenologistas* tivessem percebido essa questão, e tivessem começado a medir *cinturas* ao

De forma semelhante, Matt DeLisi e Michael Vaughn sustentam que os dados coletados em todos os lugares indicariam que os homens apresentam níveis superiores de condutas antissociais. As distinções de gênero seriam francamente perceptíveis, por exemplo, diante da escassez de mulheres no conjunto das infrações mais violentas ou entre as sanções mais severamente aplicadas pelos sistemas de justiça criminal, como é o caso da pena capital.²

Na literatura brasileira, Egberto Zimmermann também aborda a assimetria sexual ao analisar as estatísticas mundiais de criminalidade, apresentando tabulações que claramente evidenciam que a grande maioria dos atos considerados antissociais é praticada por homens. Por conseguinte, a delinquência feminina teria algum relevo numérico somente em infrações nas quais não incidiriam a violência física, conforme detectado em algumas hipóteses de crimes patrimoniais. De toda sorte, para o Autor, é possível afirmar que a sobrerrepresentação masculina nas taxas de criminalidade cuida-se de um fenômeno praticamente universal.³

Com relação aos crimes econômicos, isto é, os ilícitos decorrentes das atividades profissionais ou praticados por intermédio das empresas, os poucos estudos dedicados ao assunto – poucos quando somada a produção científica da *criminologia econômica* com a *criminologia feminista*⁴ – apontam para uma realidade similar: a sub-representação feminina nesse grupo de infrações, em particular nas mais graves e complexas formas de *white-collar crime*.⁵

Quais são as razões para essa sub-representação?

invés de medir *crânios*, eles teriam constatado a necessidade de se edificar todo o pensamento criminológico a partir do gênero. (*Idem*, p. 15) (grifou-se).

² DeLISI, Matt; VAUGHN, Michael. *Correlates of Crime*. In *The Handbook of Criminological Theory*. PIQUERO, Alex R. (Ed.). West Sussex: Wiley-Blackwell, 2016, pp. 20-21.

³ ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e natureza humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, pp. 156-163.

⁴ Segundo Ruthy Lowenstein *et al.*, a *criminologia feminista* objetiva demonstrar como patriarcado, dinâmica de poder, desigualdade de gênero, normas de masculinidade e feminilidade, além da violência de gênero moldam o envolvimento das mulheres no crime. Ela desafia a natureza masculina geral das teorias tradicionais da criminologia, do desvio e do controle social. Por outro lado, correntes mais contemporâneas da criminologia feminista têm se concentrado em formas adicionais de desigualdade e de identidade que afetariam a criminalidade das mulheres. Esse ramo do saber criminológico procura demonstrar como o gênero se cruza com várias construções sociais, tais como racismo, etnia, classe social e heterossexismo, bem como a maneira como essa interseccionalidade afetaria a criminalidade e a vitimização das mulheres. A criminologia feminista negra, por exemplo, concentra-se na experiência vivida por mulheres negras e na marginalização que elas vivenciam por causa de seu gênero e raça – e muitas vezes também por conta da sua classe social. (LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime. Do Women on the Board of Directors Reduce Corporate Bad Behavior?* In *Michigan Journal of Gender & Law*, 2022, p. 17).

⁵ BENSON, Michael L.; HARBINSON, Erin. *Gender and criminal thinking among individuals convicted of white-collar crime*. In *Criminal Justice Studies*. New York: Routledge, 2020, pp. 7-8.

Não é o momento para dar *spoiler*. Nas páginas que se seguem tentarei responder não somente esta, como também outras interrogações atinentes à questão de gênero nos delitos econômicos – naturalmente, tanto quanto possível, no limitado espaço de um artigo científico. Alerta, porém, que o âmago da questão transcenderia ao saber criminológico – ou às ciências sociais – atingindo “em cheio” a agenda contemporânea da busca de igualdade e de paridade de sexo nas empresas, nas instituições, nos cargos políticos, enfim, na sociedade como um todo.

Dito isso, do começo ao fim, o texto ora apresentado possui a seguinte dinâmica: a importância da definição de crime de colarinho branco para a presente discussão; a hipótese relacionada com as reduzidas oportunidades delitivas; a hipótese relativa à organização diferenciada de gênero, com suas diversas ramificações; e síntese final reflexiva.

Por motivações metodológicas, esclareço que a expressão crime econômico é aqui entendida como equivalente a *white-collar crime* ou crime de colarinho branco. De acordo com Marshall Clinard e Richard Quinney, a categoria do crime de colarinho branco pode ser desmembrada em outras duas, quais sejam: crime empresarial (*corporate crime*) e crime ocupacional (*occupational crime*). A primeira, compreende o ilícito praticado pela empresa ou por seus dirigentes ou prepostos, em benefício dela própria; e, a segunda, abrange as infrações perpetradas por indivíduos no curso das suas atividades ocupacionais ou profissionais, dentro ou fora do ambiente corporativo, visando a obtenção de um ganho pessoal.⁶

Vale ressaltar que o presente trabalho não tem qualquer pretensão de originalidade frente à bibliografia internacional disponível sobre o *white-collar crime*, em particular no que diz respeito às pesquisas e análise de dados que – conforme lecionado por Sérgio Salomão Shecaira – singularizam o *método criminológico*.⁷

⁶ CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard. *Criminal Behavior System. A Typology*. 2nd ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1973, p. 46. Sob o aspecto substantivo, cumpre registrar que o crime empresarial também é regido pelos princípios gerais do Direito Penal (STRADER, J. Kelly. *Understanding white collar crime*. 4th ed. Durham: Carolina Academic Press, 2017, p. 12). Detalhadamente sobre o assunto: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. 2^a ed. São Paulo: Liber Ars, 2022, *passim*.

⁷ “Na criminologia, ao contrário do que acontece com o direito, ter-se-ão a interdisciplinaridade e a visão indutiva da realidade. A análise, a observação e a indução substituíram a especulação e o silogismo, distanciando-se, pois, do método abstrato, formal e dedutivo dos pensadores iluministas, chamados de clássicos. Tal método – observe-se – ainda hoje é utilizado pelos operadores do direito. Assim, pode-se afirmar que a abordagem criminológica é empírica, o que significa dizer que seu objeto (delito, delinquente, vítima e controle social) se insere no mundo do real, do verificável, do mensurável, e não no mundo axiológico (como saber normativo). *Vale dizer, ela se baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observação que nos discursos e silogismos.*” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6^a ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2014, pp. 65-66) (grifou-se).

Ademais, como bem observado por Esther Morón Lerma, diante da escassez da atenção dos pesquisadores, bem como o parco interesse doutrinário, a investigação sobre o *perfil* do delinquente de colarinho branco, seja em termos gerais, seja na relação entre os sexos, ainda é um campo “órfão” de estudos empíricos, não somente na Espanha – como informado pela Autora –, mas igualmente – acrescento eu – em terras brasileiras.⁸

2. Gênero e a definição de crime de colarinho branco

Para enfrentar a questão central desse ensaio, é necessário, de antemão, definir o que se entende por crime econômico ou *white-collar crime*. Isso porque, a depender de qual *definição* se esteja a considerar, haverá variações na representatividade do sexo ou outro correlato nas respectivas infrações penais.⁹

Em linhas gerais – e conforme a clivagem comumente aceita pela criminologia – pode-se conceituar o crime de colarinho branco pela perspectiva do infrator ou pela perspectiva da infração.¹⁰ Com relação à primeira (*offender-based definition*), pioneiramente elaborada, em 1939, por Edwin Sutherland, crime de colarinho branco pode ser definido como um delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social elevado, no curso de suas atividades profissionais.¹¹

⁸ MORÓN LERMA, Esther. *El perfil criminológico del delincuente económico*. In *La Delincuencia Económica: Prevenir y Sancionar*. GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 29-30. Da pesquisa bibliográfica levada a efeito, não consegui encontrar, no Brasil, trabalhos científicos publicados sobre criminologia de gênero & crime do colarinho branco.

⁹ “Para preencher sua função no contexto das ciências, os conceitos necessitam de um significado preciso e inequívoco, ou seja, eles precisam de uma *definição*. Caso contrário, seu significado e o dos enunciados que eles constituem estão vagos. Definições determinam o uso e o significado de um conceito dentro do contexto da linguagem científica. (...) Fazer uma definição equivale a estabelecer uma ‘equação de sentido’, sendo que, de um lado (à esquerda) encontramos aquilo que deve ser definido (o *definiendum*) e, de outro (à direita), aquilo pelo qual alguma coisa é definida (o *definiens*).” (RICHARDSON, Roberto J. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 83) (grifou-se).

¹⁰ Segundo Kathleen Daly, as disputas sobre a definição de crime de colarinho branco, no âmbito criminológico, remontariam à década de 1940 (DALY, Kathleen. *Gender and Varieties of White-Collar Crime*. In *Criminology*. Vol. 27. N. 4, 1989, p. 770).

¹¹ SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949, p. 9. Segundo Sutherland, essa definição não pretendia ser definitiva, mas destinava-se, sobretudo, a chamar a atenção para os crimes praticados pelos integrantes das classes sociais superiores e relacionados com as suas atividades econômicas. De um lado, excluía-se, por ex., os crimes passionais ou de abuso de drogas por eles praticados – na medida em que, em regra, não estão relacionados com suas ocupações profissionais –, e, de outro, as infrações de caráter econômico praticadas por integrantes do submundo – como eram os *gangsters* –, visto que não se tratavam de pessoas de respeitabilidade e status social elevado. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia Empresarial: Why good people do dirty work*. In *Criminalidade Econômica e Empresarial: Escritos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*. PANOEIRO, José Maria de C. *et al.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 107-108).

Verifica-se, assim, que a especificidade da definição sutherlandiana repousa nas características do infrator. Concretamente, dois são os requisitos básicos que devem estar presentes para que um ato possa ser considerado crime do colarinho branco: o autor da infração deve se tratar de pessoa de status socioeconômico alto, com o atributo da respeitabilidade; e a infração deve ser um ato por ele realizado no exercício das suas atividades ocupacionais ou profissionais. De acordo com Morón, esses dois fatores – respeitabilidade/status social e atividade ocupacional/profissional – informam se uma determinada infração pode ou não ser adjetivada como sendo *delito econômico*.¹²

Ocorre que – desde o início – a definição proposta por Sutherland provocou controvérsias. Segundo Michael Benson e Sally Simpson, o primeiro grupo de críticas centrou-se na inclusão das infrações que foram sancionadas nas instâncias civis e administrativas como integrantes do rol de crimes de colarinho branco.¹³ Essa decisão foi criticada por criminólogos que – como Paul Tappan, em 1947 – apontaram a pouca clareza sobre o conteúdo penal de algumas infrações, ou seja, a não observância, em termos estritos, do *nullum crimen sine lege*.¹⁴

Contudo, no entender de Sutherland, incluir outros tipos de violações, além daquelas perseguidas penalmente, se justificava porque muitas leis civis lidavam com fatos que são fundamentalmente similares aos ilícitos penais. Demais disso, várias práticas econômicas nocivas podem ser sancionadas na órbita civil ou criminal, ou em ambas. Portanto, excluir os ilícitos que são processados e punidos nas esferas civilistas ou administrativistas limitaria sobremaneira o número de delitos de colarinho branco, além do que, as corporações e os indivíduos de elevado status social não raro se valem do poder político e de recursos econômicos para, justamente, se esquivar do processo penal e da carga negativa simbólica a ele inerente, preferindo litigar na instância civil ou regulatória.¹⁵

¹² MORÓN LERMA, Esther. *El perfil criminológico del delincuente económico...*, cit., p. 32.

¹³ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime. An Opportunity Perspective*. 3rd ed. New York: Routledge, 2018, pp. 8-9.

¹⁴ TAPPAN, Paul W. *Who is Criminal*. In *American Sociological Review*. N. 12, 1947, pp. 96 e segs.

¹⁵ *Idem*, p. 9. Na opinião de Morón, Sutherland nunca aceitou que a sua investigação ficasse limitada às condutas descritas somente nas leis penais, em razão dos vieses políticos dos detentores do poder, tendo optado por adotar, como critério demarcador da matéria de investigação, a *danosidade social da conduta*, sendo que tal opção metodológica supunha emancipar a investigação criminológica da decisão legislativa relativa ao modelo de sanção penal. (MORÓN LERMA, Esther. *El perfil criminológico del delincuente económico...*, cit., p. 33). (grifou-se).

A segunda bateria de críticas – talvez a mais importante do ponto de vista criminológico – direcionou-se à eleição do estatuto do infrator como *conditio sine qua non* do crime de colarinho branco. Segundo Benson e Simpson, Sutherland incluiu a respeitabilidade e o status social elevado na sua definição precisamente porque ele queria chamar a atenção para a criminalidade daqueles grupos sociais. Ele argumentou que as teorias criminológicas em voga na ocasião eram tendenciosas e incompletas na medida em que associavam a delinquência aos indivíduos de baixo estrato social, ignorando por completo as infrações econômicas perpetradas pelos *upperclass business and professional*. No mesmo sentido, ele estava moralmente indignado com o tratamento leniente e privilegiado que o sistema de justiça criminal conferia aos infratores das altas classes sociais.¹⁶

Embora fosse correta a sua aguçada percepção tanto do viés preconceituoso da teoria criminológica, bem como da injustiça do sistema judicial, não só daquela época, mas – diga-se *en passant* – até os dias atuais, fato é que a inclusão da respeitabilidade e status elevado na definição de delito econômico, acarretava “problemas” para a investigação criminológica. Isso porque, como bem observado por Morón, a circunstância de pertencer à alta classe não pode ser tomada como um requisito “vertebrador” dessa tipologia criminal, sob pena de acarretar distorções cientificamente inaceitáveis, com parâmetros diferenciados para situações da mesma natureza, a depender de quem as praticasse.¹⁷ Conforme ilustrado por Benson e Simpson, idênticas infrações podem ser cometidas por executivos de grandes corporações e por funcionários da base da hierarquia dessa mesma organização, mas apenas as primeiras atenderiam à definição de Sutherland de crime de colarinho branco.¹⁸

¹⁶ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., p. 9.

¹⁷ MORÓN LERMA, Esther. *El perfil criminológico del delincuente económico...*, cit., p. 34.

¹⁸ “Suponha, por exemplo, que um alto executivo participe de uma reunião sobre sua empresa e fique sabendo de um acontecimento que aumentará o valor das ações da empresa nas próximas semanas. O executivo se vale dessa informação privilegiada para comprar grande quantidade de ações da empresa enquanto ainda estão com preço baixo. Suponha, ainda, que uma secretária de baixo escalão redija e elabore a ata dessa reunião e aproveite para também se valer da informação privilegiada para comprar ações da empresa, assim como fez o executivo. Tanto este quanto a secretária cometeram o que é chamado de *insider trading*, e isso é ilegal. Aos olhos de Sutherland, o executivo é claramente um criminoso de colarinho branco, mas e a secretária? Assim como outros criminólogos, acreditamos que não faz sentido focar apenas no alto executivo da corporação e ignorar a secretária do baixo escalão corporativo.” (BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., p. 10). De maneira similar, Daly observa que, caso se tome a abordagem baseada no infrator, uma fraude contra o sistema de saúde será considerada crime de colarinho branco se vier a ser praticada por um médico ou proprietário de um estabelecimento hospitalar, mas não o será caso venha a ser cometida por um funcionário desse hospital ou por alguém de baixa renda. Ao revés, utilizando-se a abordagem baseada na ofensa, a distinção de *status* perde a importância. (DALY, Kathleen. *Gender and varieties of white-collar crime...*, cit., p. 770).

Com o objetivo de superar as críticas e inconvenientes direcionados à definição primeva de Sutherland, outros criminólogos procuraram sofisticar a abordagem baseada nas características do infrator, mas sem abrir mão daquilo que Edward Ross descreveu, em 1907, como *criminaloid businessman*.¹⁹ Com efeito, Albert Reiss Jr. e Albert Bidermann, em relatório produzido para o *National Institute of Justice*, com o objetivo de padronizar o sistema federal de estatísticas dos Estado Unidos, observaram a insuficiência da definição baseada no status socioeconômico (vertical), que “sobrecarregava” a explicação criminológica. Segundo eles, isoladamente considerado, o status socioeconômico é, na melhor das hipóteses, uma maneira duvidosa de caracterizar os “atores organizacionais”. Portanto, para a construção de um sólido banco de dados, Reiss e Bidermann definiram *white-collar crime* como sendo as violações da lei para as quais estão associadas determinadas sanções (civis, administrativas ou penais), e que envolvam o abuso de uma posição significativa de poder, influência ou de confiança na ordem econômica ou política, com o objetivo de obter vantagem ilícita em proveito pessoal ou organizacional. Em suma, seriam práticas abusivas levadas a cabo no curso de legítima atividade econômica, em benefício próprio ou de uma corporação.²⁰

Por outro lado, no tocante às definições baseadas nas características da infração (*offense-based definition*), a primeira – e mais conhecida – foi elaborada, em 1970, por Herbert Edelhertz. Segundo este criminólogo, na ocasião pesquisando pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, a expressão crime de colarinho branco não possuía a necessária clareza científica. Na verdade, apesar de todos acreditarem saber o que ela significasse, haveria divergências acentuadas entre os cientistas sobre se um ato ou outro se enquadraria nessa categoria. Sendo assim, para as finalidades do seu estudo empírico, Edelhertz definiu crime de colarinho branco como sendo o ato ilegal ou uma série de atos ilegais, cometidos por meios não físicos ou por ocultação ou dolo, para obtenção de dinheiro ou outro bem patrimonial, para

¹⁹ ROSS, Edward A. *Sin and Society: An analysis of Latter-Day Iniquity*. Boston: Houghton Mifflin, 1907, p. 50.

²⁰ REISS Jr., Albert J.; BIDERMAN, Albert D. *Data Sources on White-Collar Law-breaking*. Washington, D.C.: National Institute of Justice - U.S. Dept. of Justice, 1980 (1981), pp. 27-29. Segundo os Autores, o abuso de influência, poder ou confiança refere-se ao comando que pode ser exercido sobre os recursos materiais de uma organização, seus valores, seu pessoal e seus clientes, bem como sobre suas relações com outras organizações ou o público externo, conforme estes venham a ser inseridos na dinâmica do crime.” (*Idem*, p. 29).

evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou outro bem patrimonial, ou, ainda, para obter ganho nos negócios ou vantagens pessoais.²¹

Como se pode perceber, a definição de *white-collar crime* guardaria relação não com os atributos do infrator, mas, sim, com a infração, isto é, com a perpetração de ilícitos de natureza econômica, por intermédio da dissimulação ou da astúcia; de todo modo, *sem violência física*. É o que ocorre, por exemplo, com a burla ou o estelionato.²²

Depois de Edelhertz, outros aportes científicos da escola do pensamento baseado na infração foram elaborados por criminólogos como Susan Shapiro e Jay Albanese. A primeira chamou a atenção, em 1990, para o fato de que a característica essencial dos ilícitos em geral adjetivados de *white-collar* é que eles envolvem a violação ou abuso de confiança. Por conseguinte, Shapiro propôs um conceito autônomo de crime de colarinho branco, desvinculando a identificação do perpetrador da sua má conduta, visto que, na sua visão, a definição baseada no infrator criava um “modelo aprisionador” para os estudos contemporâneos. E esse modelo “empobrecia” a teoria criminológica, “distorcia” a investigação empírica, “simplificava” por demais a análise política, além de “inflar” os nossos instintos de acusar as pessoas poderosas; enfim, “obscurecia” questões fascinantes sobre a relação entre organização social e criminalidade econômica.²³ Por sua vez, Jay Albanese defendeu, em 1995, que o *white-collar crime* seria uma ação dissimulada ou fraudulenta, planejada ou organizada no curso de uma legítima atividade ocupacional, levada a efeito por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas.²⁴

As definições baseadas na infração tornaram-se bastante populares entre criminólogos e pesquisadores – e isso por vários motivos. Conforme elencado por Benson e Simpson, em primeiro lugar, como nenhuma menção é feita ao status social do agente ou ao local da prática

²¹ EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*. Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970, p. 3-4.

²² Como bem anotado por Hans von Hentig, diante da enorme diversidade de defraudações, que dificultam o seu enquadramento objetivo, as forças mais importantes, no mundo circundante da infração, são as de natureza subjetiva. É a disposição anímica do lesado, que a aguçada técnica criminal consegue detectar, que faz movimentar o dispositivo elusivo, a finta, o ardil. *A vítima perfeita* das grandes fraudes – prossegue o Autor – é a pessoa convencida da sua *superioridade* e em cuja alma está latente a ideia de se *locupletar ilicitamente*. Conforme as palavras do próprio Sutherland, reproduzidas por von Hentig: “*Es imposible hacer caer en la trampa de una operación de estafa a un hombre honrado.*” (HENTIG, Hans von. *Estudios de Psicología Criminal. La Estafa*. Vol. III. 2ª ed. Trad. Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa, 1964, pp. 82-83) (grifou-se).

²³ SHAPIRO, Susan P. *Collaring the Crime, Not the Criminal. Reconsidering the Concept of White-Collar Crime*. In *American Sociological Review*, n. 55, p. 346.

²⁴ ALBANESE, Jay S. *White-Collar Crime in America*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1995, p. 3.

do ato, ambos podem variar independentemente da definição do delito, podendo, assim, serem utilizados como dilatados fatores explicativos. Efetivamente, os criminólogos que se utilizam das abordagens baseadas na infração têm a liberdade de verificar como a diferenciação do status social do agente influencia na caracterização dos crimes de colarinho branco que são efetivamente praticados, e como o status do infrator influencia na reação social à conduta por ele cometida – isto é, permite descortinar o véu da chamada “seletividade penal”. Ademais, os pesquisadores também podem investigar se os crimes de colarinho branco realizados em ambientes ocupacionais diferem daqueles que ocorrem fora desses ambientes. Por fim, as definições baseadas na infração facilitariam o trabalho dos pesquisadores de obter amostras a partir das fontes de dados oficiais, como os registros de processos ou de condenações criminais; só é necessário identificar um grupo de infrações que atendam a certos parâmetros – como, por exemplo, aquelas praticadas sem violência física, mediante engano ou fraude – conseguindo, dessa feita, quantificar indivíduos processados ou condenados por crimes de colarinho branco.²⁵

Em que pese a popularidade angariada junto aos estudiosos, as definições baseadas na infração também trazem “problemas” para o pensamento científico. Como bem observado por Gilbert Geis, a facilidade que a abordagem baseada na infração transmite para a obtenção de amostras e dados acaba se tornando uma espécie de “armadilha” para os pesquisadores, levando-os a negligenciar ou ignorar os aspectos mais relevantes dos crimes de colarinho branco. Na verdade, os cientistas que se valem daquele modelo, no mais das vezes acabam estudando delitos relativamente menores praticados por indivíduos de baixo estrato social que, de alguma forma, foram detectados pelos “radares” do sistema de justiça criminal, olvidando-se da criminalidade da gente rica e poderosa. Na esteira do alertado por Geis, se você trabalhar com a definição de Edelhertz acabará considerando *crime de colarinho branco* a conduta de uma pobre mãe desempregada que, para alimentar seus filhos, se vale de expediente fraudulento para a obtenção de um benefício social – como o nosso “bolsa-família”.²⁶

Consoante se pode inferir, a definição baseada na ofensa acaba por trivializar ou banalizar toda a categoria do crime de colarinho branco, levando – na opinião de Henry Pontel – os pesquisadores, políticos e intérpretes da lei penal, a negligenciar as formas mais graves dos

²⁵ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., p. 12.

²⁶ GEIS, Gilbert. *The Roots and Variant Definitions of Concept of “White-Collar Crime”*. In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 34-35.

crimes das elites econômicas.²⁷ Demais disso – como bem lembrado por John Braithwaite –, focando em dinheiro ou outro valor patrimonial, a metodologia de Edelhertz desvia a atenção dos estudiosos para as modalidades de delitos de colarinho branco sem conotação econômica direta, mas que trazem grandes malefícios para a sociedade, como é o caso dos crimes de poluição que causam efeitos nocivos não somente para a qualidade do meio ambiente, como, também, para a saúde e a vida dos seres humanos. Na verdade, essas infrações raramente aparecem nos estudos que seguem as “pegadas” de Edelhertz para a categorização de crimes de colarinho branco, em especial aquelas perpetradas através das grandes corporações.²⁸ Ademais, para Vilhelm Aubert, o que torna o crime de colarinho branco tão fascinante – do ponto de vista científico – é a sua “intrínseca ambiguidade”. É essa ambivalência (*crime/não-crime*) que nos dá uma “pista” para compreender a essência dos conflitos normativos, dos interesses de grupos poderosos e, talvez, das incipientes mudanças sociais.²⁹

Todavia – conforme as reflexões de Benson e Simpson – a crítica maior à definição baseada na infração é a de que as poderosas empresas e empresários que, originalmente, provocaram o interesse de Sutherland para os delitos econômicos, estão praticamente ausentes dessa abordagem. Além disso, as definições baseadas na infração costumam atrair a atenção para aqueles que já foram “selecionados” pelas agências formais de controle e, como resultado, os executivos, que são capazes de evitar o rótulo de “criminosos”, nunca aparecem nas amostras pesquisadas. É forçoso reconhecer que é quase impossível usar a abordagem baseada na infração para, *v.g.*, estudar as violações praticadas pelas gigantescas multinacionais, porque elas dificilmente são acusadas criminalmente, muito menos condenadas. Sendo assim, em termos práticos, aquele método omite os delitos dos dirigentes de alto escalão que, com efeito, conseguem se esquivar do processo de etiquetamento criminal. Os “grandes” homens de

²⁷ PONTEL, Henry. *Theoretical, Empirical, and Policy Implications of Alternative Definitions of White-Collar Crime: Trivializing the Lunatic Crime Rate*. In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 44-45.

²⁸ BRAITHWAITE, John. *White-Collar Crime*. In *Annual Review of Sociology*. Vol. 11, 1985, pp. 15-16.

²⁹ AUBERT, Vilhelm. *White-Collar Crime and Social Structure*. In *American Journal of Sociology*. Vol. 58, N. 3, 1953, pp. 263 e segs. Segundo o Autor, um dos principais benefícios derivados do estudo do crime de colarinho branco decorre da oportunidade de se analisar o que a sua *ambivalência* causa no cidadão, no empresário, no advogado, no procurador, no juiz, e, até mesmo, no criminólogo. Essa *intrínseca imprecisão* funciona como um “barômetro” dos conflitos estruturais e das potenciais mudanças sociais, dos quais aqueles atores e os *white-collar crimes* fazem parte. (*Idem*, pp.265-266) (grifou-se).

negócios, que Sutherland acusava a criminologia de simplesmente ignorar, são substituídos por “pequenos” vigaristas.³⁰

Como se constata, há vantagens e desvantagens – méritos e deméritos – em ambas as vertentes. Talvez por isso, parte da criminologia prefira um olhar integrador entre a definição baseada no infrator e a definição baseada na infração. Conforme atentado por Benson e Simpson, não há nada que impeça a conjugação desses dois métodos, pois eles não são contraditórios entre si ou mutuamente excludentes. Ao revés, eles simplesmente enfatizam diferentes aspectos de uma mesma realidade empírica, envolvendo as características ou posições sociais dos indivíduos e os tipos de delitos que eles tendem a cometer. Dito isso, para aqueles criminólogos, a “chave-mestra” para a compreensão do *modus operandi* do crime de colarinho branco seria o acesso às oportunidades delitivas. As técnicas especiais que caracterizam os crimes econômicos tendem a ser mais utilizadas por indivíduos de elevado status social em razão das oportunidades que os altos postos a eles proporcionam, o que não ocorreria com as pessoas que não têm essas características. No entanto, isso não significa que os agentes de baixo status social ou que trabalhem nos níveis inferiores corporativos não possam obter vantagem ilícita em prejuízo alheio; muito pelo contrário. Porém, eles têm muito menos oportunidades de fazê-lo do que as pessoas de alto status social que ocupam os cargos de poder.³¹

Mas, o que todo esse debate tem a ver com a questão de gênero na criminalidade econômica?

Como entrevisto, as definições de crime de colarinho branco baseadas no infrator resultam em um número menor de casos do que aquelas baseadas na infração. No primeiro

³⁰ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., p. 13. De forma similar, Neal Shover e Andy Hochstetler afirmam que as “implicações democráticas” da definição baseada na infração parecem “ilógicas”, pois, por essa via, o crime de colarinho branco pode ser cometido por um “bancário” ou um “banqueiro”, por um servidor de “alto escalão governamental” ou por uma pessoa humilde que venha a fraudar um “programa de combate a pobreza”, em suma, essa categoria não seria mais o “território dos poderosos”, mas uma infração praticada até mesmo por um “mecânico de automóveis da vizinhança” (SHOVER, Neal; HOCHSTETLER, Andy. *Choosing White-Collar Crime*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 6-7).

³¹ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., p. 15. Vale registrar que, segundo o postulado da teoria das oportunidades delitivas, a etiologia criminal pressupõe, no contexto das *atividades rotineiras*, a presença da tríade agente motivado a delinquir, um alvo atrativo (*suitable target*) e a ausência de guardiões eficientes (*lack of capable guardianship*). (COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*. In *American Sociological Review*. Vol. 44, Aug., 1979, pp. 588 e segs). Ainda sobre o assunto, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, cit., pp. 49-53.

grupo, o *quantum* de delitos econômicos contabilizados é bastante inferior, porque, conforme proposto por Sutherland, somente são considerados crimes de colarinho branco os atos praticados por pessoas de elevado status social e respeitabilidade, no curso de suas atividades profissionais ou corporativas. Ao contrário, no segundo grupo, todos os ilícitos econômicos sem violência, praticados através da astúcia ou logro, são considerados *white-collar crime*, independentemente de quem os cometa ou do quão trivial eles se apresentem, consoante a definição que fora preconizada por Edelhertz.

Ergo, caso se tome a definição baseada no infrator como referencial criminológico, não será difícil concluir que o crime de colarinho branco é, basicamente, praticado por homens de negócio ou pelos dirigentes de alto escalão das corporações, isso porque eles – sim, *eles*, pronome pessoal masculino – ocupam tais posições, ao passo que as mulheres sofrem uma série de discriminações que lhes limitam o acesso àqueles postos de destaque, impedindo-as de competir em igualdade de condições para alcançar as altas esferas profissionais e empresariais. Por outro ângulo, adotando-se a abordagem baseada na infração, resultará evidenciado que haverá um maior quantitativo de mulheres consideradas criminosas do colarinho branco, chegando mesmo a existir, em algumas modalidades delitivas, um proporção quase igualitária de sexo. Como sentenciado por Daly, as distintas perspectivas produzem imagens radicalmente opostas de gênero e crime. A abordagem baseada no infrator sugere que o crime de colarinho branco é um “domínio” exclusivamente masculino, enquanto que a abordagem baseada na ofensa sugere uma “maré crescente” de novas criminosas de colarinho branco.³²

É nesse solo que medra a discussão do gênero nos crimes de colarinho branco.

3. Primeira explicação: *glass ceiling* e a falta de oportunidade delitiva

Conforme mencionado, o trabalho inovador de Edwin Sutherland descortinou o fenômeno do *white-collar crime*, enfocando, todavia, os criminosos do sexo masculino, ou seja, os empresários de alta classe social e respeitabilidade que cometiam ilícitos no curso de suas atividades profissionais ou à testa das grandes companhias. Nos seus escritos sobre a temática – ainda que censurados os nomes das corporações na primeira edição do *White-Collar Crime*,

³² DALY, Kathleen. *Gender and Varieties of White-Collar Crime...*, cit. pp. 770-771. A propósito, segundo dados do FBI tabulados por Benson e Simpson, em infrações antitrustes e no mercado de capitais, o quantitativo masculino é de cerca de 99%, ao passo que, em fraudes bancárias, o percentual masculino decresce para 54,8% (BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., p. 29).

em 1949³³ – ele se valeu de proeminentes celebridades da indústria, do comércio e das finanças, como Daniel Drew, John D. Rockefeller, Alfred Sloan Jr., J.P. Morgan, Thomas Watson, dentre outros, para ilustrar *quem* seriam os criminosos de colarinho branco. Nesse contexto – isto é, pelas lentes da abordagem baseada no infrator – é notória a ausência do sexo feminino na tipologia criminal, haja vista a quase nenhuma representatividade delas nos cargos de direção corporativos da primeira metade do século XX.³⁴

Sendo assim, a temática do gênero somente ganhou relevo científico décadas depois, quando os estudiosos passaram a procurar explicações para o paulatino crescimento feminino nos delitos econômicos – não mais exclusivamente pela abordagem baseada no infrator, mas, também, pela abordagem baseada na infração. Consoante lecionado por Mary Dodge, os primeiros trabalhos sobre o assunto chamaram a atenção para a negligência com que o tema vinha sendo tratado pela criminologia como um todo. Foram as criminólogas Freda Adler e Rita Simon que inauguraram o debate acadêmico sobre o *como* e o *porquê* do envolvimento das mulheres nos crimes de colarinho branco.³⁵

Em seu polêmico livro *Sister in Crime*, de 1975, Freda Adler desafiou o *status quo* e os estereótipos da época predizendo que apareceria uma geração de mulheres com poder e riqueza, e que, assim como os homens, elas perpetrariam mais crimes econômicos. De fato, aquela cientista afirmou que, com o tempo, uma porção maior de poder e riqueza passaria para as mãos das mulheres, e que, apesar de ser possível ter a expectativa de que elas poderiam utilizar de maneira responsável esse quinhão de poder e de riqueza, seria, na verdade, um retrocesso irreal ao “cavalheirismo quixotesco” supor que – para bem ou para o mal – elas seriam *mais* honestas do que os homens.³⁶

³³ Conforme lecionado por Gilbert Geis, a edição integral desta obra somente sairia em 1983 (GEIS, Gilbert. *Introduction*. In SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime. The uncut version*. Binghamton: Yale University, 1983). Sobre essa 1ª edição, vide a nota de rodapé n. 11, supra.

³⁴ Na opinião de Mary Dodge, as mulheres foram ignoradas nas análises de Sutherland em razão das baixas taxas de participação nos crimes econômicos. De certo modo, a própria expressão “colarinho branco” evocava a imagem de *homens* na posição de poder. (DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime*. New Jersey: Prentice Hall, 2009, p. 9) (grifou-se).

³⁵ DODGE, Mary. *From Pink to White with Various Shades of Embezzlement: Women Who Commit White-Collar Crime*. In *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*. PONTEL, Henry N.; GEIS, Gilbert. New York: Springer, 2007, pp. 381-382. Sobre possíveis antecedentes “científicos” a essa temática, por parte da Escola Positiva italiana, vide: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, cit., pp. 93 e segs.

³⁶ ADLER, Freda. *Sister in Crime: The Rise of the New Female Criminal*. New York: McGraw-Hill, 1975, p. 28.

Naquele mesmo ano, Rita Simon também previu o incremento da participação do coletivo feminino no crime de colarinho branco, tão logo a “mobilidade social” criasse chances claras e concretas para elas. Segundo esta criminóloga, na medida em que as mulheres conquistassem as modalidades laborativas que lhes proporcionariam oportunidades de cometer crimes importantes, o coletivo de mulheres infratoras e, por via de consequência, encarceradas por graves infrações, tenderia igualmente a aumentar.³⁷

De modo geral, o que se constata da leitura dos primeiros estudos científicos de gênero e crimes econômicos, é que as mulheres não seriam intrinsecamente mais honestas ou mais éticas do que os homens. Na verdade, elas teriam *menos* oportunidades para delinquir, cenário este tendente a mudar com o progresso social, visto que elas atingiriam os altos escalões (*top managers*), ampliando, a reboque, as chances de se tornarem infratoras do colarinho branco. Aliás, Freda Adler chegou mesmo a considerar o caminho do crime como uma “opção viável” para muitas mulheres, tão logo elas deixassem a esfera privada da vida doméstica para se aventurar no espaço público dominado pelos homens, conseguindo, dessa forma, o acesso aos cargos importantes no mundo corporativo norte-americano – tese esta que, de certo modo, se alinhava com a teoria da anomia de Robert Merton.³⁸ Como escrito por Adler *et al.*, a equalização de papéis sociais e econômicos levaria a padrões de comportamento semelhantes, tanto legais como ilegais, por parte de homens e mulheres.³⁹

É certo que esse prognóstico foi uma espécie de “ducha fria” na agenda política do movimento feminista. De acordo com Dodge, os estudos de Adler abordavam uma “libertação hipotética”, mas se tornaram uma “batata quente” em termos políticos, visto que foram tidos como desacreditadores dos bons propósitos da luta por igualdade de gênero. Ao conectar “crime e mulher”, enxergou-se uma “sombra” pairando sobre o movimento feminista, e isso foi manipulado por aqueles que rotulavam as mulheres como “inerentemente corruptas”. Dessa forma, embora involuntariamente, deu-se “munição” aos misóginos, que sustentavam que, se saíssem do “confinamento social”, as mulheres dariam vazão aos seus desejos mais básicos, sem as restrições do bom senso masculino, e cairiam em uma profunda depravação na qual

³⁷ SIMON, Rita. *Women and Crime*. Lexington: Lexington Books, 1975, p. 106.

³⁸ MERTON, Robert King. *Social Structure and Anomie*. In *American Sociological Review*. Vol. 3, n. 5, 1938, pp. 675-676. Sobre o assunto: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, cit., pp. 45-49.

³⁹ ADLER, Freda; MUELLER, Gerhard; LAUFER, Willian. *Criminology*. 6th ed. New York: McGraw-Hill, 2006, p. 52.

nenhum homem poderia chegar. Em poucas palavras, sairia pior do que trocar “seis por meia dúzia”. Todavia, como bem observado por Dodge, essa interpretação do trabalho científico de Adler, além de mal-intencionada, distorce o seu real significado e propósito.⁴⁰

Na verdade, o que estava sendo apresentado – em termos científicos – era que o hipotético aumento das taxas de *deviance* feminina guardaria relação com o aumento das oportunidades econômicas e profissionais, bem como com o decréscimo dos tradicionais controles sociais. Conforme as palavras de Adler – reproduzidas por Dodge – as donas de casa podiam furtar um produto do supermercado enquanto faziam as compras, mas não poderiam desviar fundos de uma corporação, a não ser que nela trabalhassem. Em resumo, o que se queria dizer é que quando as mulheres começassem a sair do ambiente “recatado do lar” e as barreiras sociais fossem “solapadas”, oportunidades palpáveis surgiriam para elas.⁴¹

Não obstante, nem todos concordavam com tais predições, em especial com o real envolvimento das mulheres nos crimes das “cifras douradas”. De acordo com Kathleen Daly, o incremento das oportunidades femininas no ambiente de trabalho dizia respeito à *fraud, forgery and embezzlement* (FFE), ou seja, infrações mundanas ou de baixo escalão. Sendo assim, diferentemente do que fora previsto por Simon, isso significava marginalidade, não mobilidade. Aliás, em suas investigações, Daly cunhou a expressão *Pink-Collar Crime* justamente para se referir às infrações cometidas pelas ocupantes das funções de baixo ou médio nível no comércio, indústria ou finanças, tais como contadoras, bancárias e caixas de lojas de departamento.⁴²

Na mesma toada, Darrell Steffensmeier e Emilie Allan questionam o suposto incremento feminino nos crimes econômicos, visto que pequenas infrações, como fraudes e desfalques, não se enquadrariam exatamente nas concepções clássicas dos crimes de colarinho branco. Na verdade, as estatísticas registrariam furtos de lojas (*shoplifting*), cheques sem fundos (*check kiting*), fraudes em benefícios sociais ou com cartões de crédito, ou seja, delitos de pessoas com limitadas oportunidades no *workplace*. Aqueles criminólogos observaram, ainda, que as mulheres raramente são processadas ou presas por fraudes relacionadas com elevadas

⁴⁰ DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime...*, cit., p. 10.

⁴¹ DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime...*, cit., p. 10.

⁴² DALY, Kathleen. *Gender and Varieties of White-Collar Crime...*, cit., p. 772-790. Para Petter Gottschalk, *pink-collar criminal* é a mulher que abusa de sua posição profissional para cometer e ocultar crimes financeiros, podendo com isso beneficiar a si mesma ou à corporação a qual pertença. (GOTTCHALK, Peter. *Gender and Crime: Convenience for Pink-Collar Offenders*. In *Deviant Behavior*, 2020, p. 2).

atividades profissionais ou com os “verdadeiros” *white-collar crimes*, tais como *insider trading*, formação de cartel, poluição industrial e corrupção de autoridades públicas.⁴³

No entender de Dodge, as pesquisas realizadas nas últimas décadas evidenciaram, de fato, um aumento no número de indiciamentos e prisões de mulheres por desfalques e outras fraudes. Com efeito, dados oficiais passaram a apontar uma curva ascendente do gênero feminino nessas infrações econômicas, impactando o número de encarceradas por delitos graves contra a propriedade, mas, em geral, cometidos *fora* dos altos círculos da arena política e corporativa. Todavia – prosseguindo nas reflexões de Dodge – e apesar de terem se passado décadas desde aquelas (polêmicas) previsões iniciais, fato é que ganhar a aceitação nas empresas, ainda dominadas por homens, continua a ser problemático para as mulheres que enfrentam a segregação sexual; para aquelas que não conseguem ascender hierarquicamente no estratificado ambiente empresarial, mesmo depois de “quebrarem” o *glass ceiling*.⁴⁴

A expressão *glass ceiling* – “teto de vidro” em uma tradução livre – ficou conhecida por ser um termo figurativo utilizado pelos repórteres Carol Hymowitz e Timothy Schellhardt, do *Wall Street Journal*, para designar as aparentemente invisíveis barreiras estruturais que impediam – e continuam a impedir – as mulheres de galgar os melhores postos de trabalho nas empresas.⁴⁵ Segundo Benson e Simpson, na década de 1990, o Governo norte-americano instituiu um grupo de trabalho – denominado de *Glass Ceiling Commission* – encarregado de estudar a questão da inserção das mulheres no mundo dos negócios. O relatório daquela comissão, publicado em 1995, constatou que, apesar de haver mais mulheres entrando no mercado de trabalho, e mesmo levando em conta os avanços substanciais dos níveis educacionais – por exemplo, na ocasião elas já detinham mais da metade dos títulos de mestrado nas universidades americanas – na realidade cerca de 95% dos dirigentes de empresas (*senior*

⁴³ STEFFENSMEIER, Darrell J.; ALLAN, Emilie. *Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending*. In *Annual Review of Sociology*, n. 22, 1996, pp. 459 e segs. Não obstante, Melissa Rorie e Shon Reed assinalam que o desvio de fundos (ou desfalque) cuida-se de um sério problema para as empresas. Segundo a *Association of Certified Fraud Examiners*, estima-se que, em média, os prejuízos com os desfalques fiquem em torno de US \$100.000 (cem mil dólares). Embora as corporações de grande e médio porte possam ser vistas como “vítimas antipáticas”, essas (pequenas) infrações, no final das contas, resultam em expressivos prejuízos financeiros, que podem até causar *desemprego* ou *perda de benefícios* para muitos funcionários cumpridores da lei, dentro das mencionadas empresas. (RORIE, Melissa L.; REED, Shon M. *More than “male” and “female”: the role of gender identity in white-collar offending intentions*. In *Crime, Law and Social Change*, 2023, pp. 1-2).

⁴⁴ DODGE, Mary. *From Pink to White with Various Shades of Embezzlement...*, cit., p. 380.

⁴⁵ HYMOWITZ, Carol; SCHELLHARDT, Timothy. *The Glass Ceiling: Why Women Can't Seem to Break the Invisible Barrier that Blocks Them from Top Jobs*. In *Wall Street Journal*, March 24, 1986, p. D1, D4-D5.

managers) eram homens. Duas décadas depois – prosseguem Benson e Simpson –, houve alguma melhora, mas as mulheres ainda estão muito sub-representadas nos cargos de alto escalão corporativos. Em 2014, por exemplo, as mulheres eram apenas 14,6% dos diretores executivos; 8,1% dos postos mais bem pagos; e 4,6% dos CEOs da *Fortune 500*.⁴⁶

De acordo com Dodge, inegavelmente, o ambiente corporativo, político e profissional, ainda representa um domínio do patriarcado, tanto na teoria como na prática. As mulheres continuariam a ser marginalizadas em ocupações dominadas por homens, embora existam muitos exemplos de executivas bem-sucedidas que conseguiram “romper” o *glass ceiling*. No entanto, as mulheres que conquistam os altos escalões corporativos precisam perseverar – muitas vezes em vão – para serem *respeitadas* e *aceitas* por seus colegas do sexo masculino, apesar das “alegações” em contrário. Reportando-se a uma análise de um jornalista de economia, aquela Autora relata o “curioso problema” das mulheres de Wall Street, visto que, mesmo aquelas que ganham um milhão e meio de dólares por ano, muitas vezes se sentem como “estranhas” (*outsiders*) ou “excêntricas” (*oddballs*), ou se veem como pessoas que suas próprias firmas podem estar cogitando em “fritar” (*to burn*) – e elas realmente são!⁴⁷

Seja como for, Mary Dodge conclui que, de fato, haveria poucas evidências no sentido de que as mulheres que conseguem galgar os últimos degraus nas corporações agiriam de maneira mais ética se comparadas com seus colegas do sexo masculino. Havendo *oportunidades*, elas parecem ter a mesma propensão de cometer crimes de colarinho branco. As chances ilegais para abandonar uma carreira honesta, ganhar mais dinheiro e angariar respeitabilidade no mundo corporativo, parecem ser isonômicas para eles ou para elas, quando superarem os riscos de serem “pegos”. Fazer fama no mundo dos negócios equivaleria a ser “duro”, a “correr riscos” e a “jogar” de forma agressiva – “*Sou paga para ser dura*”, disse Linda Wachner, em resposta aos questionamentos a ela feitos como CEO da Warnaco, conhecida por ser a fabricante de roupas da grife Calvin Klein e da marca esportiva Speedo.⁴⁸

Ainda dentro da teoria das oportunidades delitivas, deve-se adicionar que, mesmo que consigam acessar os altos postos, as mulheres estariam segregadas das “redes informais” ou do

⁴⁶ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., pp. 180-181.

⁴⁷ DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime...*, cit., pp. 51 (grifou-se).

⁴⁸ DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime...*, cit., pp. 72-73. Segundo Dodge, apesar de ser bem-sucedida no mundo corporativo, quando a Warnaco entrou com pedido de falência, Wachner se tornou conhecida como a “dama de ferro da lingerie”, tendo sido acusada de ser uma pessoa tóxica, que humilhava “altos executivos” da empresa (*Idem*, p. 73).

“clubinho” dos homens (*Old Boys’ club*) que perpetraram os grandes e importantes esquemas criminosos no interior das corporações. Nesse sentido, Darrell Steffensmeier *et al.* se debruçaram sobre o trabalho do *U.S. Department of Justice’s (DOJ) Corporate Fraud Task Force (CFTF)*. Com efeito, o CFTF foi criado após os escândalos da *Enron* e da *World.com*, com ênfase especial em investigar e processar os altos dirigentes envolvidos em crimes empresariais. Coletando informações dos procedimentos criminais, além de fontes secundárias, aqueles criminólogos desenvolveram um banco de dados que cobriu 83 fraudes corporativas envolvendo 436 pessoas físicas processadas. Além disso, levantaram-se informes sobre a conduta individual de cada réu, a posição que ocupavam na corporação, a extensão do lucro obtido, bem assim a interrelação entre eles. Dentre as conclusões, Steffensmeier *et al.* constataram que o sexismo institucional, associado a preconceitos e estereótipos, excluiria as mulheres daquelas “redes informais”, impedindo-as de participar, como integrantes de alto nível, dos esquemas corporativos complexos, tendo, quando muito, uma posição secundária (*peripheral positions*) frente aos homens.⁴⁹

Conforme sintetizado – com propriedade – por Benson e Simpson, na verdade, embora os homens possam até estar dispostos a tolerar mulheres em cargos de liderança no local de trabalho, eles ainda não confiam nelas. Eles as segregam do *Old Boy network*. Em poucas palavras, assim como ocorre com o crime tradicional (*street crime*), no crime empresarial a mulher raramente é convidada ou cooptada para participar da conspiração masculina.⁵⁰ A isso se agrega – acrescento eu – que a pesquisa criminológica jamais identificou, até a presente data, um grande complô corporativo constituído exclusivamente por mulheres.⁵¹

⁴⁹ STEFFENSMEIER, Darrell J.; SCHWARTZ, Jennifer; ROCHE, Michael. *Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime: Female Involvement and the Gender Gap in Enron-Era Corporate Frauds*. In *American Sociological Review*. N. 78, 2013, pp. 454-455.

⁵⁰ “A relação entre gênero e crime é muitas vezes tratada em termos individualistas, mas isso ignora que muitos crimes são empreendimentos de grupo que envolvem redes de pessoas trabalhando juntas. Indivíduos não envolvidos nessas redes têm acesso reduzido às oportunidades delitivas. Muitos crimes de colarinho branco cometidos em ambientes organizacionais envolvem redes de pessoas que trabalham de maneira conspiratória, e pesquisas organizacionais indicariam que, mesmo quando as mulheres alcançam posições de alto status nas organizações, elas são frequentemente excluídas das redes sociais informais dominadas pelos homens. Se a exclusão das mulheres das redes informais se estender às redes ilegais, isso explicaria as taxas mais baixas de participação em crimes do colarinho branco para as mulheres, mesmo quando ocupam a mesma posição ocupacional que os homens.” (BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., pp. 187-189).

⁵¹ “Mas, se os homens excluem as mulheres dos grupos criminais do *upperworld*, porque elas não formam os seus próprios grupos? Messerschmidt tenta responder a essa indagação apontando para a existência de uma ‘ética masculina’ no mundo corporativo. Essa ética de sucesso e conquista a todo custo, pode levar os homens a se envolverem em crimes corporativos. A explicação de Messerschmidt encontra eco no estudo de Ghiloni

Em resumo, não raro, a cultura corporativa está intrinsecamente ligada a práticas criminosas ou anticoncorrenciais.⁵² A uma mulher que é permitido entrar no círculo interno (*inner circle*) da alta esfera de uma corporação, pode ser difícil, por diversas razões, dizer “não” a uma irregularidade. Na maioria das vezes, o sucesso depende da aceitação das normas estabelecidas pela organização, na linha do apelo às lealdades superiores, uma das conhecidas técnicas de neutralização de culpa de Sykes e Matza.⁵³

Por fim, o medo de falhar, de decepcionar ou mesmo de perder o emprego, também pode contribuir para o envolvimento feminino em atividades ilegais, quando aparecem as chances profissionais para elas. As mulheres que conseguem romper o *glass ceiling* são obrigadas a seguir as “regras do jogo” para fazer negócios, sejam eles legais ou ilegais. Como dito por Dodge, a esfera empresarial está “entrincheirada na masculinidade”, mas a questão central para o futuro das mulheres no crime de colarinho branco não é assumir características masculinas para poder competir, mas sim sobre *motivos humanos* associados à ganância, ao poder e ao sucesso – custe o que custar.⁵⁴

4. Segunda explicação: o paradigma da organização diferenciada de gênero

A perspectiva da oportunidade delitiva não foi a única desenvolvida, a partir das pesquisas criminológicas, com a finalidade de ofertar explicações científicas para a sub-representação feminina no *white-collar crime*. Na verdade, mesmo diante das transformações das últimas décadas, quando maiores proporções de mulheres passaram a ocupar postos de

sobre as diferenças de gênero no uso do poder organizacional. Ghiloni entende que as mulheres corporativas seriam mais inclinadas a uma ‘moralidade da mudança positiva’ e mais preocupadas com questões de responsabilidade social em comparação com os homens em cargos corporativos semelhantes.” (DALY, Kathleen. *Gender and Varieties of White-Collar Crime...*, cit., p. 772). Sobre a perspectiva das *diferenças organizacionais de gênero*, vide o próximo item.

⁵² “Embora o comportamento ético de uma empresa seja influenciado pelo clima econômico e político, ele também é produto das normas culturais que operam dentro de uma determinada corporação ou mesmo de um setor inteiro, que pode conduzir à violação da lei. De certa forma, pode-se falar em *fatores culturais internos* e *fatores econômicos externos*, que podem estar ou não interligados, mas que tendem a interagir para produzir as *violações normativas*.” (CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*. New York: Routledge, 2017, p. 58) (grifou-se).

⁵³ SYKES, Gresham M.; MATZA, David. *Techniques of Neutralization: A theory of delinquency*. In *American Sociological Review*. Vol. 22, n. 6, 1957, pp. 664 e segs. Detalhadamente sobre o assunto: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia Empresarial: Why good people do dirty work...*, cit., pp. 113-115.

⁵⁴ DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime...*, cit., pp.74-75 (grifou-se).

trabalho até então predominante ou exclusivamente reservados aos homens, persistiria a sobrerrepresentação masculina naquela tipologia criminal.

Se, em termos matemáticos, *mais* mulheres significaria *mais* oportunidades, e, conseqüentemente, *mais* crimes econômicos (a elas atribuídos), consoante sustentado no item anterior, essa “conta” parece não fechar, pois, mesmo com o aumento do contingente feminino, os dados comprovam que os homens continuam a ocupar os primeiros pelotões da criminalidade econômica, em particular nos grandes e importantes esquemas fraudulentos, bem como nas tramas da corrupção empresarial.

Partindo-se desse insight, diversas vertentes criminológicas foram desenvolvidas, tendo por denominador comum a oposição à teoria emancipadora, com o objetivo de perscrutar o *Archimedean point* da sub-representação criminoso nas intrínsecas diferenças entre mulher e homem. A propósito, é importante sublinhar que, através do paradigma da constituição diferenciada de gênero, caso se consiga, concretamente, atingir a paridade de sexo nas organizações – conforme, inclusive, é a pauta de inúmeras políticas públicas e privadas da atualidade⁵⁵ – ou mesmo ocorrendo a superação da quantidade de mulheres sobre a dos homens nos altos escalões corporativos, a conclusão a que se chega é que não haverá, necessariamente, o automático “incremento” da participação *delas* nos crimes de colarinho branco; ao contrário, as pesquisas indicariam que tal circunstância operaria como fator dissuasório (*deterrence*) das infrações dessa natureza, na medida em que pode propiciar uma melhor prevenção criminal e um efetivo reforço do *compliance* empresarial, conforme o princípio do *tone from the top*.⁵⁶

Dito as coisas com outras palavras: *mais* mulheres no comando das empresas, das instituições e dos altos cargos públicos e políticos, ao invés de significar “seis por meia dúzia” – como dito linhas antes – pode significar, parafraseando Radbruch, “*algo melhor*”, isto é, ter

⁵⁵ Acerca da agenda do *mandating gender representation on board of directors*, nos setores públicos e privados de diversos países, vide: LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime...*, cit., pp. 9-16,

⁵⁶ “Na alta administração, os dirigentes estabelecem, através das suas palavras e ações, o tom ético para a organização. Todos os demais integrantes da corporação procuram se orientar por quem está no topo. Quer assumam ativamente ou não essa responsabilidade, eles servem como modelos de ética. A literatura organizacional documenta a importância do papel dos membros do conselho superior em influenciar o comportamento ético dos funcionários de nível inferior. Por exemplo, as grandes organizações há muito enfatizam a máxima do ‘exemplo vem de cima’ (*tone at the top*) como um meio de garantir que seus integrantes ajam com ética e profissionalismo.” (SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. *Tone at the Top: An Ethics Code for Directors? In Journal of Business Ethics*. N. 58, 2005, p. 87).

um melhor ambiente organizacional, mais ético e mais respeitoso das normas internas e externas.⁵⁷

Nesse sentido, Ruthy Lowenstein *et al.* assinalam que, apesar da literatura sobre o baixo envolvimento das mulheres nos crimes econômicos parecer justificável em termos do *opportunity approach*, fato é que tem decrescido as margens numéricas entre homens e mulheres no mercado de trabalho, sem que isso tenha alterado significativamente a mencionada sub-representação criminal. Dessa forma, sustenta-se que, na realidade, os crimes de colarinho branco *feminino* e *masculino* difeririam em quase todos os aspectos. Com efeito, as mulheres participariam menos desses crimes, não por falta de oportunidades, mas em razão das relações sociais de poder e de gênero, da natureza desigual da força de trabalho, dos papéis sociais e familiares desempenhados, bem como da maneira como tais correlatos se entrelaçam, modelando os padrões (não)criminógenos e o pensamento das mulheres.⁵⁸

Como dito, há várias vertentes nessa direção. Algumas delas se concentram nas diferentes vozes e valores que as mulheres possuem, enquanto outras enfatizam as estruturas sociais, bem como seus efeitos nas escolhas no ambiente profissional.⁵⁹ Há, ainda, explicações para o crime corporativo que incorporam motivações pessoais, questões éticas, interrelações e identificações de gênero, avanços tecnológicos, ou seja, vetores que atuariam como fatores explicativos para a ocorrência – ou a *não* ocorrência – da *deviance* ocupacional e corporativa feminina.

Sendo assim, o paradigma da organização diferenciada procura descortinar as distinções de gênero, ou seja, as normas, identidades, arranjos, instituições e relações pelas quais a disparidade sexual humana é sentida e transformada em algo ontológica e socialmente

⁵⁷ “A presença de mais (ou menos) mulheres nos conselhos de administração diminui (ou aumenta) a probabilidade de uma companhia estar envolvida em infração à lei? Uma maior proporção de mulheres nas diretorias leva as empresas a um maior cumprimento da lei, bem como a cometerem menos infrações penais ou regulatórias? As conclusões de nossa investigação empírica indicam que, em todos os modelos testados, a proporção mais elevada de mulheres nos conselhos de administração tem efeito negativo sobre a probabilidade de violação da lei por parte das empresas. Em outras palavras, quanto maior a proporção de mulheres nas diretorias e conselhos de administração, menor a probabilidade de uma empresa infringir a lei. (...) Nossas conclusões demonstram que, a cada aumento de 1% (um por cento) na representatividade de mulheres nos cargos de direção está associado a uma diminuição de 4% (quatro por cento) a 5,5% (cinco e meio por cento), dependendo do modelo, na probabilidade de uma empresa, ou dos seus principais executivos, estar envolvida em uma violação da lei, em comparação com a probabilidade de estar em compliance.” (LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime...*, cit., p. 36-37).

⁵⁸ LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime...*, cit., p. 18.

⁵⁹ GILLIGAN, Carol. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, pp. 24-39.

dissemelhante. Para Lowenstein *et al.*, o estatuto diferenciado teria quatro postulados que moldariam a *female offending*, separando mulheres dos homens com relação à motivação e à capacidade de cometerem crimes. O primeiro postulado aborda como a “construção de gênero” inibiria a mulher à comissão de delitos, ao passo que encorajaria o homem a fazê-lo. Já o segundo, refere-se às diferenças no *modus operandi* – particularmente nas infrações econômicas de maior envergadura – para as quais o contraste de gênero dominaria a dinâmica criminal. O terceiro fator, por sua vez, se reporta às razões para que ocorra o crime feminino, bem como os caminhos que as levam a cometê-lo, razões essas que seriam distintas das masculinas. O último aspecto, enfim, explora a discussão sobre até que ponto o *gender gap* derivaria da dicotomia biológica e reprodutiva, além de certos caracteres evolutivos e históricos.⁶⁰

Com relação à motivação para o envolvimento feminino no crime econômico, Steffensmeier *et al.* – na extensa investigação supramencionada – desenvolveram a teoria das preocupações focalizadas em gênero e risco, segundo a qual mulheres e homens teriam diferentes preocupações, de base psicológica e sociológica, que orientariam seus comportamentos, bem como o apetite ao risco. Nesse sentido, espera-se, socialmente, que as mulheres cumpram certos papéis – *v.g.*, que sejam sensíveis e atenciosas com os outros. Para os Autores, essas preocupações seriam inconsistentes com as atividades criminosas, pois as infrações penais têm efeitos nocivos sobre a generalidade das pessoas, representando valores opostos a esse papel social. Isto ajudaria a explicar o *porquê* delas se envolverem menos nessas modalidades de crimes. Todavia, quando se envolvem, elas seriam mais motivadas pelo desejo de velar pelos outros – por exemplo, para obter cuidados médicos para familiares, para preservar um relacionamento conjugal ou parental ou, até mesmo, para proteger a imagem da corporação. Por outro lado, para Steffensmeier *et al.*, as preocupações focalizadas dos homens seriam distintas, pois estariam, em geral, moldadas por normas de individualidade, autonomia, domínio e controle. Nesse passo, a construção social da masculinidade estaria correlacionada com a rivalidade, a tomada de riscos e ao sucesso econômico. Dessa maneira, o móvel dos homens

⁶⁰ LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime...*, cit., p. 20.

iria na direção do comportamento transgressor, especialmente nos crimes econômicos motivados pelo desejo de acumular riqueza ou de evitar a ruína pessoal.⁶¹

Por sua vez, Kathleen Daly – ao comparar as motivações investigadas pelos criminólogos Donald Cressey e Dorothy Zietz – também constatou que a justificativa masculina diferiria da feminina. Segundo a Autora, as mulheres seriam frequentemente motivadas pela necessidade de cumprir com suas responsabilidades como companheiras, mães ou irmãs, chegando Zietz a afirmar que certas infratoras teriam uma “qualidade” própria de Joana D’Arc, ou seja, a ferrenha disposição de até ser “queimada na fogueira” se for necessário para velar e proteger um ente querido – um filho ou uma filha – justificando, assim, o delito econômico com base no bem-estar familiar. Em contraste, para Cressey – na renomada obra *Other People’s Money* – os homens seriam motivados a delinquir para resolver “problemas financeiros não compartilháveis”, decorrentes de maus negócios, dívidas ou gastos acima de suas possibilidades, resolvendo-os pela violação da confiança alheia.⁶²

Ainda segundo as conclusões das pesquisas de Daly, em comparação com os homens, a maior parte das mulheres admitiria, com maior frequência, sentir culpa pelo delito praticado; reconheceria mais prontamente a sua responsabilidade pessoal pelo fato; forneceria justificativas mais fortes para seus ilícitos; e estaria mais propensa do que os homens para expressar remorso. Os seus estudos também sugeririam que os relatos das mulheres seriam mais convincentes do que os masculinos, bem como que um sentimento de vergonha ou de estigma seria sentido mais profundamente por elas.⁶³

No que diz respeito à propensão ao risco de ser “pego”, Steffensmeier *et al.* assinalam específicas diferenças de gênero. Na verdade, a mulher não seria menos receptiva ao risco. Porém, a assunção do risco estaria menos relacionada com a violação da lei, e mais com a tutela de compromissos emocionais, ou seja, elas aceitariam riscos para estabelecer ou manter relações de valor. Os homens, por sua vez, aceitariam correr maiores riscos por status, poder, ganho monetário ou vantagem competitiva. Segundo aqueles Autores, pesquisas sobre

⁶¹ STEFFENSMEIER, Darrell J.; SCHWARTZ, Jennifer; ROCHE, Michael. *Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime...*, cit., pp. 451 e segs.

⁶² DALY, KATHLEEN. *Gender and varieties of white-collar crime...*, cit., p. 771. Sobre o assunto: ZIETZ, Dorothy. *Women Who Embezzle or Defraud: A Study of Convicted Felons*. New York: Praeger, 1981, *passim*; CRESSEY, Donald R. *Other People’s Money*. Glencoe: The Free Press, 1953, *passim*.

⁶³ DALY, KATHLEEN. *Gender and varieties of white-collar crime...*, cit., p. 785-786. No mesmo sentido: RORIE, Melissa L.; REED, Shon M. *More than “male” and “female”: the role of gender identity...*, cit., p. 5.

ocupações indicariam que, em geral, as mulheres aderem a uma maneira diferente de “fazer negócios”, empregando um senso de conexão que conduziria a uma perspectiva mais ética no local de trabalho. Desse modo, as *mulheres corporativas*, mais do que os *homens corporativos*, se utilizariam do poder organizacional para abordar questões de responsabilidade social, e estariam mais inclinadas a fazer das pessoas – e não apenas dos lucros – uma prioridade de sua ação institucional. Por outro flanco, os dirigentes do sexo feminino tenderiam a pontuar mais positivamente as medidas de socialização, autocontrole, empatia, envolvimento social e integridade, antagônicas ao envolvimento em crimes de colarinho branco e à má governança corporativa. Ao revés, preocupações focalizadas masculinas – que enfatizariam a competição e a realização a todo custo, em especial nos escalões intermediários ou em postos gerenciais corporativos – podem impulsionar mais os homens do que as mulheres, para se envolverem em crimes empresariais, aumentando, assim, a probabilidade de serem detidos pelas agências formais de controle.⁶⁴

Sobre o risco negocial, pesquisas apontariam que uma maior diversidade de gênero no *boardroom* melhoraria a segurança dos negócios, diminuindo o grau de exposição de uma companhia de capital aberto no mercado financeiro. Segundo Lowenstein *et al.*, pessoas de diversos grupos trazem diferentes perspectivas para a mesa de reunião e ao processo de tomada de decisão corporativa. A multiplicidade de pontos de vista poderia não só reduzir os riscos, como melhorar o desempenho e alinhar melhor os objetivos da empresa com os interesses dos acionistas. De acordo com Lowenstein *et al.*, essa vertente teórica é chamada de “*the Lehman Sisters Hypothesis*”, pois argumenta que uma maior representatividade de mulheres nos conselhos de administração dos grandes bancos dos EUA poderia ter evitado a crise financeira de 2008.⁶⁵

Por outra vertente etiológica, investigações sobre estresse e saúde mental revelariam que os homens estariam mais concentrados em metas materiais, mais vulneráveis à pressões

⁶⁴ STEFFENSMEIER, Darrell J.; SCHWARTZ, Jennifer; ROCHE, Michael. *Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime...*, cit., pp. 451 e segs. (grifou-se).

⁶⁵ LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime...*, cit., p. 13. Na mesma direção, Irene van Staveren, baseando-se na literatura empírica sobre diferenças comportamentais, experimentais e a neuro-economia, argumenta que as poucas mulheres que chegam ao topo das corporações tendem a ter um desempenho, em média, melhor do que os homens, em particular diante dos valores éticos, aversão ao risco frente às incertezas do mercado, das atitudes morais e da liderança na tomada de decisão corporativa. (STAVEREN, Irene van. *The Lehman Sisters Hypothesis*. In *Cambridge Journal of Economics*. Vol. 38. N. 5, Sept., 2014, pp. 995 e segs).

financeiras e à perda de status, e mais propensos a usar estratégias de enfrentamento criminal em resposta a tais constrangimentos, ao passo que as mulheres estariam mais vulneráveis a pressões interpessoais, relacionadas, por exemplo, com pessoas do seu círculo pessoal, e mais propensas a usar estratégias menos desviantes. Ganhar e proteger status privilegiado, poder econômico e riqueza, poderia, assim, motivar mais os homens do que as mulheres a usar meios ilegais. Nesse prisma, as mulheres que cometem fraudes relacionadas aos negócios, como desvio de fundos, tenderiam a fazê-lo – ou a racionalizá-lo – para proteger a família ou relacionamentos valorizados, enquanto os homens tenderiam a realizar tal conduta para proteger a (suposta) condição de executivos “bem-sucedidos”, racionalizando seus crimes como decorrentes de uma forma “natural” de fazer negócios (*business is business*).⁶⁶

De outro lado, estudos empíricos sobre crimes empresariais e desvios ocupacionais descortinaram que, mesmo quando existam oportunidades semelhantes no local de trabalho, as mulheres ainda seriam menos propensas ao desvio e, quando infringem a lei, suas ações tenderiam a produzir ganhos econômicos de menor extensão. De fato, em paralelo às diferenças nas orientações morais e na aceitação de riscos, homens e mulheres também difeririam na maneira como enxergam as chances de perpetrar fraudes corporativas, pois elas – quando “quebram” o *glass ceiling*, alcançando os cargos de alta direção – podem se sentir dissuadidas a infringir a lei em razão do esforço pessoal e profissional empreendido para tanto, além de terem a percepção de que estariam sendo monitoradas com mais ênfase – por exemplo pelo *compliance officer* – do que os homens que alcançam esses mesmos cargos corporativos.⁶⁷

No aspecto relativo às questões éticas na tomada de decisão, análises empíricas indicariam que as escolhas das mulheres seriam fortemente moldadas por fatores interpessoais, cuidado com os outros, moralidade e foco na ética. Nessa linha, investigações sobre a “voz feminina” no mundo corporativo demonstrariam que as mulheres executivas empregariam uma abordagem diferente dos homens para “gerenciar” e “fazer negócios”, que giraria em torno de conceitos de conexão, cooperação e relações humanas. Demais disso, os dados também demonstrariam que o autocontrole, a empatia, o envolvimento social e a integridade, seriam atributos das mulheres gestoras, e que as ocupantes de cargos de chefia seriam mais propensas

⁶⁶ STEFFENSMEIER, Darrell J.; SCHWARTZ, Jennifer; ROCHE, Michael. *Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime...*, cit., pp. 451-452.

⁶⁷ STEFFENSMEIER, Darrell J.; SCHWARTZ, Jennifer; ROCHE, Michael. *Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime...*, cit., pp. 454-455.

do que os homens para dedicar energia e esforço à equidade, à justiça e à colaboração, usando da autoridade e poder gerencial para promover a responsabilidade social. Acrescente-se, ainda, que elas também seriam mais inclinadas a aceitar mudanças sociais e profissionais e, portanto, menos propensas à adoção de comportamentos desviantes para a manutenção do *status quo*.⁶⁸

De forma similar, Nicole Piquero *et al.*, em pesquisa empírica – consistente em um questionário aplicado a 155 estudantes matriculados em programas de MBA de uma determinada universidade – constataram que, de fato, as mulheres teriam duas vezes mais probabilidades do que os homens de *não* expressar intenções ofensivas ou antiéticas. Ademais, além de aprimorar o treinamento ético, as organizações deveriam considerar seriamente a contratação e/ou promoção de mulheres para os cargos gerenciais e/ou executivos, haja vista a prevalente sub-representação feminina em postos executivos de alto nível. Dessa forma, os Autores concluíram que as empresas chefiadas por mulheres – ou com mais mulheres em seus conselhos de administração – parecem obter retornos financeiros maiores sobre as vendas e o capital investido. De acordo com Piquero *et al.*, conforme as mulheres cheguem aos altos postos, com uma visão ética mais elevada, elas podem dar um “tom” diferente sobre como os “negócios são feitos”, propiciando – às empresas, aos trabalhadores e aos acionistas – um padrão mais ético de “decisões” gerenciais, nele incluído menos “ilegalidades” corporativas. Em síntese, pesquisas de campo indicariam que as mulheres no ambiente empresarial se valem, com mais frequência do que os homens, de considerações éticas e morais na administração e condução dos negócios.⁶⁹

Outrossim, Melissa Rorie e Shon Reed também afirmam que um dos grandes debates da atualidade diz respeito à questão do gênero no crime de colarinho branco. Segundo eles, a partir das definições baseadas no infrator e na infração, os cientistas apresentam duas principais teses explicativas para o fenômeno: *opportunity* e *gender socialization perspectives*. A primeira

⁶⁸ LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime...*, cit., pp. 39-40. Segundo os Autores, um estudo canadense descobriu que, quando as empresas têm mulheres no conselho de administração, elas são mais propensas a empregar medidas mais éticas do que as empresas que não incluem mulheres nos seus conselhos. De acordo com este estudo, 94% dos conselhos corporativos com três ou mais mulheres estabeleceram diretrizes de conflito de interesses, em comparação com 68% das empresas com conselhos compostos exclusivamente por homens. O estudo também demonstrou que 91% dos conselhos com membros do sexo feminino verificariam as informações fornecidas pelas auditorias, em comparação com 74% dos conselhos do sexo masculino. (*Idem*, p. 23).

⁶⁹ PIQUERO, Nicole L.; VIERAITIS, Lynne M.; PIQUERO, Alex R.; TIBBETTS, Stephen G.; BLANKENSHIP, Michael. *The Interplay of Gender and Ethics in Corporate Offending Decision-Making*. In *Journal of Contemporary Criminal Justice*. Vol. 29, N. 3, 2013, pp. 385 e segs.

– analisada no item 2, acima – sustenta que as mulheres se envolveriam mais em pequenas infrações, como os “desfalques”, porque as grandes infrações econômicas seriam praticadas pelos homens que estão no ápice da pirâmide corporativa – e isso em razão das chances que as respectivas posições propiciam. Em contraste, a tese da socialização diferenciada – exposta no presente tópico –, sustenta que homens e mulheres aprendem diferentes normas sociais (de gênero) e que esses valores aprendidos afetariam a probabilidade, bem como a motivação para se envolverem em crimes de colarinho branco. Contudo, para além do gênero atribuído a alguém quando do nascimento, Rorie e Reed trabalham hipóteses investigativas sobre os impactos que a identidade de gênero, a ameaça à identidade de gênero, bem como as interações entre raça e gênero, possuem na probabilidade de se praticar crimes econômicos.⁷⁰

Por outro flanco científico, Egberto Zimmermann – mencionado na introdução desse texto – elabora críticas às vertentes sociológicas, procurando explicar o *gender gap* através da teoria evolucionista, do dimorfismo sexual e do conflito/competição intrasexual. Para o Autor, as explicações anteriores, além de se basearem na premissa de que os gêneros seriam culturalmente “construídos” ou “aprendidos”, olvidariam que a assimetria sexual seria um dado da natureza amplamente comprovado. Apesar das ideias de Freda Adler e Rita Simon, o Autor salienta que a paulatina liberação/emancipação da mulher no mercado de trabalho não alterou, de forma significativa, a sub-representação nos crimes econômicos. Sendo assim, a resposta

⁷⁰ RORIE, Melissa L.; REED, Shon M. *More than “male” and “female”: the role of gender identity...*, cit., *passim*. Segundo pesquisa empírica – realizada através de questionários distribuídos, para pessoas em vários lugares, por intermédio da plataforma *Amazon MechanicalTurk* ou MTurk – Melissa Rorie e Shon Reed chegaram a conclusões que corroborariam a *perspectiva da socialização diferenciada*, com algumas peculiaridades. Das amostras analisadas, as mulheres seriam, de fato, menos propensas a praticar crimes de colarinho branco do que os homens. Dessa forma, se a *perspectiva da oportunidade* fosse correta, seria de se esperar uma “paridade” entre as intenções criminais de homens e mulheres no estudo desenvolvido, pois todos os participantes da pesquisa foram colocados na mesma posição dentro da hipotética corporação – ou seja, a “gerência intermediária”. Com relação às ameaças à identidade de gênero, a princípio isso não afetaria a propensão para a prática de crimes econômicos entre os participantes que se identificaram com seus respectivos gêneros. Porém, a *masculinidade* poderia trazer aumento na probabilidade de “ofender”, podendo figurar como um impulsionador da criminalidade. Para as mulheres que participaram do estudo, a masculinidade foi tida como um incremento da propensão criminal, enquanto que a *feminilidade* teria um “efeito nulo”. Segundo os Autores, isso talvez indique que, para algumas mulheres que incorporam uma identidade mais masculinizada, o crime de colarinho branco se apresentaria como algo “atraente”. De todo modo, apesar da socialização e da identidade de gênero constituírem uma via explicativa “razoável” para a prática de crime econômico, Rorie e Reed assinalam que a criminologia, em geral, e os estudos do *white-collar crime*, em especial, ainda têm muito o que avançar na questão de *gênero* enquanto *fator etiológico*. Os Autores consideram, ainda, que os criminólogos devem partir da premissa de que gênero é um “*espectro*” ao invés de um “*binário rígido*”, pois, dessa maneira, haverá uma melhor compreensão das complexidades da diferenciação sexual e o comportamento desviante. (*Idem*, p. 16-18) (grifou-se).

para o dilema poderia deitar raízes nos estudos de Charles Darwin, mais especificamente na tese da *seleção sexual*. Nesse sentido, as diferenças morfológicas e comportamentais entre machos e fêmeas seria algo presente praticamente em *todas* as espécies sexuadas, em especial nos primatas superiores. Desse modo, a competição intrasexual para conseguir acesso ao membro do sexo oposto, teria gradualmente construído as diferenças morfológicas de gênero.⁷¹

Por essa senda – e partindo da *staying alive theory*, desenvolvida por Anne Campbell na obra *A Mind of Her Own* – Zimmerman sustenta que a evolução teria dotado as mulheres de circuitos psicológicos que sopesariam com mais intensidade os riscos das competições por recursos e reprodução, evitando o uso da violência mais do que os homens. Dessa feita, enquanto que, para os homens, o comportamento agressivo se justificaria pelos benefícios de estarem no “topo”, superando os possíveis riscos de “lesões” nas disputas intrassexuais, as mulheres adotariam distintas estratégias para alcançarem o *status* superior, raramente usando da violência. De acordo com o Autor, esse argumento seria consistente com os dados estatísticos que indicariam que as mulheres, quando se engajam em atos antissociais na luta por recursos, em geral praticariam infrações que não as exponham a riscos elevados, o que justificaria sua maior presença nas estatísticas de furtos e fraudes. Em suma, a perspectiva evolucionista também pode ser incluída no paradigma da diferenciação de gênero – seja para o crime econômico, seja para a criminalidade em geral –, mas adota princípios e metodologia *distintos* das correntes sociológicas e psicológicas acima alinhavadas. Todavia, Zimmerman assinala que, apesar de algumas diferenças, a rigor, homens e mulheres têm idênticas capacidades cognitivas, igualando-se na maior parte dos aspectos existenciais humanos.⁷²

Por último, com relação aos avanços tecnológicos, Brian Payne observa que, nas últimas décadas, o *cybercrime* aumentou “dramaticamente”, aumentando, em paralelo, o interesse dos cientistas para a sua compreensão. No entanto, poucos pesquisadores se debruçaram sobre o crime cibernético dentro do local de trabalho (*workplace*). Muito menos, consideraram a interseção entre ele e o crime de colarinho branco, sendo certo que, na maioria – quiçá a totalidade – das empresas do mundo moderno, computadores e similares – *notebooks*, *tablets* e *smartphones* – compõem uma “parte rotineira” do trabalho. Segundo o Autor, o crime de

⁷¹ ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e natureza humana...*, cit., pp. 164 e segs. (grifou-se). Sobre a primatologia e o comportamento social de humanos, chimpanzês e bonobos, vide: WAAL, Frans de. *Eu, primata: porque somos como somos*. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, *passim*.

⁷² ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e natureza humana...*, cit., pp. 177-179.

colarinho branco e o crime cibernético são dois protótipos distintos do *street crime*, mas que têm recebido, de forma separada, diferentes níveis de atenção dos criminólogos. O que a ciência criminal não estudou, contudo, foi o grau de sobreposição ou interseção entre essas duas categorias delitivas.⁷³

De acordo com Payne, no ambiente profissional e corporativo, as oportunidades para se usarem os instrumentos da tecnologia da informação para a perpetração de delitos do colarinho branco teriam evoluído “exponencialmente”. No entanto, ao investigar as semelhanças e dessemelhanças entre aquelas duas tipologias, criando, assim, uma “nova” categoria criminológica, por ele denominada de *white-collar cybercrime* – isto é, crimes de informática que também são crimes econômicos –, o Autor constatou, dos dados coligidos do *U.S. Department of Justice 's Computer Crime and Intellectual Property Section*, que, apesar das isonômicas oportunidades delitivas, esse espécime criminal é praticamente cometido só por homens. As poucas infratoras cibernéticas de colarinho branco detectadas, teriam, quando muito, agido de forma associada ao infrator masculino.⁷⁴

Cumprе acrescentar que Peter Grabosky e Sascha Walklyer, ao discorrerem, igualmente, sobre o *computer crime* e o *white-collar crime*, chegaram a constatações similares. Segundo estes criminólogos, dada a ampla penetração laborativa da tecnologia digital e sua vasta acessibilidade *erga omnes* – ou “democratização” –, seria de se supor que as *mulheres* estariam igualmente representadas com os homens nas estatísticas da criminalidade. Todavia, isso não ocorre. Na verdade, a grande maioria dos criminosos cibernéticos de colarinho branco é do sexo masculino, como se verifica, por exemplo, em casos que envolvem *hackers* ou *crackers*. Segundo Grabosky e Walklyer, o fenômeno do *hacking* atrai um público predominantemente masculino, dentro ou fora do ambiente empresarial.⁷⁵

⁷³ PAYNE, Brian K. *White-Collar Cybercrime: White-Collar Crime, Cybercrime, or Both? In Criminology, Criminal Justice, Law & Society*. Vol. 19, N. 3, pp. 16 e segs.

⁷⁴ PAYNE, Brian K. *White-Collar Cybercrime: White-Collar Crime, Cybercrime, or Both?...*, cit., pp. 29-30. O Autor observou, ainda, que os infratores dos crimes cibernéticos de colarinho branco parecem ser mais *velhos* do que os infratores dos específicos *cybercrimes*, isto é, dos *hackers* ou *crackers*. (*Idem*, p. 30).

⁷⁵ GRABOSKY, Peter; WALKLEY, Sascha. *Computer Crime and White-Collar Crime. In International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*. PONTELL, Henry N.; GEIS, Gilbert (Org.). New York: Springer, 2007, pp. 368-369.

5. Síntese conclusiva

Como visto ao longo da exposição, partindo-se das definições edificadas a respeito do *white-collar crime* – mais especificamente, por intermédio das abordagens baseadas no infrator e na infração –, diversas teorias criminológicas foram postas ao banco de provas da realidade empírica, no escopo de elucidar a indagação relativa à sub-representação feminina nos crimes de colarinho branco, particularmente nas infrações corporativas mais nocivas aos interesses sociais e econômicos.

Desse modo, duas grandes correntes criminológicas foram apresentadas ao leitor. De um lado, a perspectiva das oportunidades delitivas, segundo a qual as barreiras que impedem as mulheres de atingir os altos níveis profissionais e empresariais, justificariam a sobrerrepresentação masculina, sendo certo que tal contexto tenderia a se modificar na medida em que, rompendo o *glass ceiling*, mais mulheres venham a integrar os escalões superiores do mundo dos negócios. De outro lado, a perspectiva da organização diferenciada de gênero, sustentando que o incremento feminino nos altos postos corporativos e ocupacionais não altera substancialmente o *gender gap*, tendo em conta que a sub-representação decorreria, precipuamente, das intrínsecas diferenças entre mulheres e homens.

É certo que outras possíveis etiologias não puderam ser aqui abordadas, em razão das limitações de espaço. Dentre elas – consoante Benson e Simpson –, figuraria a perspectiva da reação social diferenciada, segundo a qual, na verdade, mulheres e homens praticariam semelhantes crimes econômicos, mas o sistema de justiça criminal seria mais “cavalheiresco” (*chivalrous*) para com as infratoras do colarinho branco. Ainda dentro dessa via explicativa, Benson e Simpson levantam a hipótese de que o reduzido número feminino nas estatísticas dos crimes empresariais poderia derivar do tratamento mais leniente por parte dos investigadores e procuradores, que não “pensariam” na mulher como potencial “predador criminal” (*criminal predator*), tendo em vista os estereótipos das definições baseadas no infrator.⁷⁶

Seja como for, como bem lembrado por Kathleen Daly, a literatura criminológica sobre gênero e crime de colarinho branco é, claramente, rica em especulações, mas ainda escassa em evidências.⁷⁷ Nesse mesmo sentido, em consonância com as palavras de Piquero *et al.*, a

⁷⁶ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime...*, cit., pp. 189-191.

⁷⁷ DALY, KATHLEEN. *Gender and varieties of white-collar crime...*, cit., p. 772.

verdade é que ainda estamos começando a juntar as múltiplas peças correlatas das infrações econômicas, bem como estamos no limiar do entendimento sobre como as características individuais e, em particular, as diferenças entre mulheres e homens, operam como fatores etiológicos na tomada de decisão dos crimes empresariais.⁷⁸

Por tudo o que foi exposto – à guisa de conclusão –, o balanço a ser feito é no sentido de que ainda há muito a ser investigado, aprendido e debatido sobre o assunto. Portanto, é de se esperar que haja o aumento do interesse dos estudiosos e pesquisadores sobre tão relevante temática do mundo contemporâneo, bem como que ocorra o aprimoramento das teorias e das respectivas pesquisas criminológicas, contribuindo, o pensamento científico, não só para uma melhor prevenção criminal, mas, igualmente, para uma melhor compreensão da *Gestalt* do gênero no crime de colarinho branco.

6. Bibliografia Básica

ADLER, Freda. *Sister in Crime: The Rise of the New Female Criminal*. New York: McGraw-Hill, 1975.

ADLER, Freda; MUELLER, Gerhard; LAUFER, Willian. *Criminology*. 6th ed. New York: McGraw-Hill, 2006.

ALBANESE, Jay S. *White-Collar Crime in America*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1995.

AUBERT, Vilhelm. *White-Collar Crime and Social Structure*. In *American Journal of Sociology*. Vol. 58, N. 3, 1953.

BENSON, Michael L.; HARBINSON, Erin. *Gender and criminal thinking among individuals convicted of white-collar crime*. In *Criminal Justice Studies*. New York: Routledge, 2020.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime. An Opportunity Perspective*. 3rd ed. New York: Routledge, 2018.

⁷⁸ PIQUERO, Nicole L.; VIERAITIS, Lynne M.; PIQUERO, Alex R.; TIBBETTS, Stephen G.; BLANKENSHIP, Michael. *The Interplay of Gender and Ethics...*, cit., p. 395.

- BRAITHWAITE, John. *White-Collar Crime*. In *Annual Review of Sociology*. Vol. 11, 1985.
- CLINARD, Marshall B.; QUINNEY, Richard. *Criminal Behavior System. A Typology*. 2nd ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1973.
- CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*. New York: Routledge, 2017.
- COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*. In *American Sociological Review*. Vol. 44, Aug., 1979.
- CRESSEY, Donald R. *Other People's Money*. Glencoe: The Free Press, 1953.
- DALY, Kathleen. *Gender and Varieties of White-Collar Crime*. In *Criminology*. Vol. 27. N. 4, 1989.
- DeLISI, Matt; VAUGHN, Michael. *Correlates of Crime*. In *The Handbook of Criminological Theory*. PIQUERO, Alex R. (Ed.). West Sussex: Wiley-Blackwell, 2016.
- DODGE, Mary. *From Pink to White with Various Shades of Embezzlement: Women Who Commit White-Collar Crime*. In *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*. PONTEL, Henry N.; GEIS, Gilbert. New York: Springer, 2007.
- DODGE, Mary. *Women and White-Collar Crime*. New Jersey: Prentice Hall, 2009.
- EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*. Washington, D.C.: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970.
- GEIS, Gilbert. *Introduction*. In SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime. The uncut version*. Binghamton: Yale University, 1983.

GEIS, Gilbert. *The Roots and Variant Definitions of the Concept of “White-Collar Crime”*. In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. New York: Oxford University Press, 2016.

GOTTCHALK, Peter. *Gender and Crime: Convenience for Pink-Collar Offenders*. In *Deviant Behavior*, 2020.

GRABOSKY, Peter; WALKLEY, Sascha. *Computer Crime and White-Collar Crime*. In *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*. PONTELL, Henry N.; GEIS, Gilbert (Org.). New York: Springer, 2007.

HARRIS, Antony R. *Sex and theories of Deviance: Toward a Functional Theory of Deviant Type-Scripts*. In *American Sociological Review*. Vol. 42, n. 1, 1977.

HENTIG, Hans von. *Estudios de Psicología Criminal. La Estafa*. Vol. III. 2ª ed. Trad. Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa, 1964.

HYMOWITZ, Carol; SCHELLHARDT, Timothy. *The Glass Ceiling: Why Women Can't Seem to Break the Invisible Barrier that Blocks Them from Top Jobs*. In *Wall Street Journal*, March 24, 1986.

LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. *Gender and Corporate Crime. Do Women on the Board of Directors Reduce Corporate Bad Behavior?* In *Michigan Journal of Gender & Law*, 2022.

MERTON, Robert King. *Social Structure and Anomie*. In *American Sociological Review*. Vol. 3, n. 5, 1938.

MORÓN LERMA, Esther. *El perfil criminológico del delincuente económico*. In *La Delincuencia Económica: Prevenir y Sancionar*. GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014

PAYNE, Brian K. *White-Collar Cybercrime: White-Collar Crime, Cybercrime, or Both?* In *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*. Vol. 19, N. 3.

PIQUERO, Nicole L.; VIERAITIS, Lynne M.; PIQUERO, Alex R.; TIBBETTS, Stephen G.; BLANKENSHIP, Michael. *The Interplay of Gender and Ethics in Corporate Offending Decision-Making*. In *Journal of Contemporary Criminal Justice*. Vol. 29, N. 3, 2013.

PONTEL, Henry. *Theoretical, Empirical, and Policy Implications of Alternative Definitions of White-Collar Crime: Trivializing the Lunatic Crime Rate*. In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. New York: Oxford University Press, 2016.

REISS Jr., Albert J.; BIDERMAN, Albert D. *Data Sources on White-Collar Law-breaking*. Washington, D.C.: National Institute of Justice - U.S. Dept. of Justice, 1980 (1981).

RICHARDSON, Roberto J. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RORIE, Melissa L.; REED, Shon M. *More than “male” and “female”: the role of gender identity in white-collar offending intentions*. In *Crime, Law and Social Change*, 2023.

ROSS, Edward A. *Sin and Society: An analysis of Latter-Day Iniquity*. Boston: Houghton Mifflin, 1907.

SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. *Tone at the Top: An Ethics Code for Directors?* In *Journal of Business Ethics*. N. 58, 2005.

SHAPIRO, Susan P. *Collaring the Crime, Not the Criminal. Reconsidering the Concept of White-Collar Crime*. In *American Sociological Review*, n. 55.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.



SHOVER, Neal; HOCHSTETLER, Andy. *Choosing White-Collar Crime*. New York: Cambridge University Press, 2006.

SIMON, Rita. *Women and Crime*. Lexington: Lexington Books, 1975.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia Empresarial: Why good people do dirty work*. In *Criminalidade Econômica e Empresarial: Escritos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*. PANOEIRO, José Maria de C. *et al.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. 2ª ed. São Paulo: Liber Ars, 2022.

STEFFENSMEIER, Darrell J.; ALLAN, Emilie. *Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending*. In *Annual Review of Sociology*, n. 22, 1996.

STEFFENSMEIER, Darrell J.; SCHWARTZ, Jennifer; ROCHE, Michael. *Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime: Female Involvement and the Gender Gap in Enron-Era Corporate Frauds*. In *American Sociological Review*. N. 78, 2013.

STRADER, J. Kelly. *Understanding white collar crime*. 4th Ed. Durham: Carolina Academic Press, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. *Techniques of Neutralization: A theory of delinquency*. In *American Sociological Review*. Vol. 22, n. 6, 1957.

TAPPAN, Paul W. *Who is Criminal*. In *American Sociological Review*. N. 12, 1947.

WAAL, Frans de. *Eu, primata: porque somos como somos*. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ZIETZ, Dorothy. *Women Who Embezzle or Defraud: A Study of Convicted Felons*. New York: Praeger, 1981.

ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e natureza humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

A construção do conceito de violência política de gênero nas campanhas eleitorais

The construction of the concept of political gender violence in election campaigns

Vânia Siciliano Aieta¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

“Não é só a violência física, a violência psicológica é uma violência que é mais difícil, porque é muito entranhada, que é a violência da linguagem e que envolve transformações mais profundas nas sociedades machistas e patriarcais”

LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil (TSE)

Resumo: O presente trabalho versa sobre a misoginia e o preconceito, sempre presentes contra as mulheres nas estruturas de poder da Política. Ressalta-se que historicamente as mulheres não são eclipsadas tão somente no alcance de cadeiras nas Casas Legislativas e no Poder Executivo, mas também nas próprias estruturas de poder *interna corporis* dos partidos políticos. Trazemos no presente estudo um caso emblemático que ocorreu nas últimas eleições brasileiras de 2020, para prefeitos e vereadores. Seu pioneirismo se deve ao fato de pela primeira vez em um julgamento no Tribunal Eleitoral do Rio de Janeiro se discutir a construção doutrinária do conceito de violência política de gênero em tese arguida pela Procuradoria do Ministério Público Eleitoral, atendendo ao apelo da defesa de candidata a Prefeita da capital do estado do Rio de Janeiro, vitimada com ataques odiosos dirigidos à sua intimidade sexual.

Palavras-chave: Democracia – Eleições – Estruturas de Poder - Participação Política das Mulheres - Violência Política de Gênero

¹ Advogada. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Pós-doutorado pela Universidade de Santiago de Compostela e pela PUC-Rio em Direito Público. Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral do IAB. Vice-Presidente do Fórum de Direito Eleitoral e Político da EMERJ.

Abstract: This work refers to misogyny and prejudice against women, which are still present in the structures of political power. Historically, women have not only been eclipsed in the race for legislative seats and executive branch positions, but also in the internal power structures of political parties. We examine an emblematic case that occurred in the Brazilian elections of 2020, for mayors and municipal council members. Its pioneering content is due to the fact that we examine for the first time a judgment by the Rio de Janeiro Municipal Electoral Tribunal in which there was discussion of the concept developed by legal scholars of political gender violence, a theory argued by the Electoral Prosecution Service in defense of a female candidate for mayor, who was victimized by hateful attacks aimed at her sexual intimacy.

Keywords: Democracy – Elections – Power Structures – Female Political Participation – Political Gender Violence.

1. Introdução

O presente trabalho versa sobre a participação das mulheres na Política pelo aspecto da misoginia e do preconceito, infelizmente sempre presentes contra as mulheres nas estruturas de poder da Política.

Historicamente as mulheres não são eclipsadas tão somente no alcance de cadeiras nas Casas Legislativas e no Poder Executivo, mas também nas próprias estruturas de poder *interna corporis* dos partidos políticos.

Nas eleições brasileiras de 2020, para prefeitos e vereadores, observamos o pioneirismo de pela primeira vez em um julgamento na Justiça Eleitoral se discutir a construção doutrinária do *conceito de violência política de gênero*, em uma tese arguida pelo Ministério Público Eleitoral, atendendo ao apelo da defesa de uma candidata a Prefeita da capital do estado do Rio de Janeiro, vitimada com ataques odiosos dirigidos à sua intimidade sexual.

Não se nega a tentativa das instituições vigentes de estabelecer níveis igualitários de representatividade política da mulher, mas ainda não se pode dizer que não seja usual a reprodução de assimetrias nas democracias ocidentais, democracias estas que majoritariamente alimentam a divisão estéril “público versus privado”, e são ainda incipientes nas soluções contra a desigualdade de gênero.

A teoria feminista há muito se debruça sobre tais matérias, e na condição de ferramenta intelectual indispensável à conquista de patamares de representação justas para as mulheres, carregando sobretudo o caráter “político”, visto que compreende que a Política, em sua acepção tradicional, não abarca a vivência real.

2. Considerações históricas acerca da problemática

Desde o início do século XX, com a icônica pauta feminista das sufragistas, que o tema do acesso à esfera pública, configurado na representatividade política simbólica, é uma questão central, visto que o nocivo conceito de que o público pertence aos homens e que às mulheres caberia a seara privada e familiar vigia à época, e vige até hoje. Contudo, mais de cem anos depois, a sub-representação política das mulheres ainda é uma constante.

Em que pese a observância de que a exclusão ou inclusão de certos grupos no âmbito da tomada de decisões políticas influencia a maneira como cidadãs e cidadãos enxergam as instituições públicas, entendendo-as como mais democráticas se as mulheres ocupam cargos eletivos, a desigualdade de gênero nos espaços políticos ainda é a regra, e uma de suas manifestações mais drásticas é a violência política.

A evidência do sexismo nas corridas eleitorais traz a luz a fragilidade da representatividade feminina nos espaços públicos de poder. Um exemplo largamente conhecido da misoginia na política brasileira pode ser ilustrado pela agudização das reações contra os direitos das mulheres a partir de 2015, no contexto de impeachment da primeira presidenta eleita no Brasil.

No Brasil, o voto feminino só foi permitido a partir de 1932. Naquele ano, por decreto do Presidente Getúlio Vargas, foi criado o Código Eleitoral Provisório, primeiro código eleitoral do país. O Código fazia a previsão do direito das mulheres de votar e de serem votadas, além de instituir a Justiça Eleitoral, o voto secreto e o sistema proporcional de representação.

As reformas que estenderam o voto às mulheres tornaram, também, o voto obrigatório. Entretanto, a obrigatoriedade dos votos se dirigia apenas aos homens. Já, para as mulheres, em 1932 o exercício do sufrágio era condicionado a uma série de restrições. Assim, poderiam votar somente as mulheres casadas, com autorização dos maridos, e as viúvas e solteiras que tivessem renda própria.

Em 1934, as restrições ao voto feminino foram eliminadas do Código Eleitoral Brasileiro, mas a obrigatoriedade do voto permaneceu como um dever exclusivamente masculino. Esse dispositivo dificultou a universalização do sufrágio e a participação feminina na vida política do país. Apenas em 1946 a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres.

3. A evolução jurídica dos direitos eleitorais das mulheres

Décadas mais tarde, ao longo dos anos 1990, entraram em vigência as primeiras leis de ações afirmativas para mulheres em eleições proporcionais, com a previsão de no mínimo 20% da lista de candidatos de cada partido ou coligação a ser preenchida por candidatas mulheres.

Essas leis, advindas das ações afirmativas, apresentavam um fato inegável: a existência de discriminação contra as brasileiras, cujo resultado mais visível é a exasperante sub-representação feminina em um dos setores-chave da vida nacional – o processo político.

A chamada Lei de Cotas resultou, em parte, de um contexto internacional mais amplo. De fato, meses antes da promulgação da Lei 9.100/1995, o Brasil havia assinado a Plataforma de Ação Mundial da IV Conferência Mundial da Mulher, que ocorreu em 1995, em Pequim, na China¹.

A resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), naquela Conferência de Pequim, recomendava ações afirmativas para acelerar a diminuição das defasagens de gênero na participação do poder político.

Dois anos depois, em 1997, discutia-se no país a importante edição de um conjunto de normas que regulamentasse o processo eleitoral, já que o Brasil carecia de um sistema eleitoral unificado e permanente. No bojo dessa intensa discussão, foi forjada a chamada Lei das Eleições no Brasil².

Conjuntamente, houve um aumento no percentual mínimo de candidaturas para as listas de candidatas de partidos e coligações. Passou-se, assim, do mínimo de 20% instituído em 1995, para 30%, com a ressalva de que em 1998, na eleição um ano após a vigência da Lei das Eleições, as cotas seriam transitoriamente de 25%, atingindo 30% apenas nas eleições subsequentes.

¹ A autora apresentou trabalho acadêmico nesse Congresso de 1995.

² A Lei das Eleições expandiu consideravelmente o escopo das ações afirmativas. Presentes até então apenas nas Câmaras Municipais, as cotas de gênero passariam, a partir dali, a valer também para as Assembleias Estaduais e para a Câmara dos Deputados. Ficou de fora, no entanto, o Senado Federal.

A Lei 12.034/2009 tornou obrigatório o preenchimento do percentual mínimo de 30% para candidaturas femininas. E o resultado foi um aumento expressivo do número de candidatas mulheres, significativamente maior do que o experimento nos anos anteriores.

Mas, a questão mais significativa em relação às mulheres no Brasil, nos últimos tempos, se deu com a questão do financiamento.

A política de cotas, em especial após a regulamentação de 2009, foi capaz de incentivar consideravelmente o número de candidaturas femininas. No entanto, o número de mulheres eleitas para as Casas Legislativas não aumentou na mesma proporção. Isso porque, além da dificuldade em se candidatar, as mulheres também enfrentam desafios no que diz respeito ao apoio interno nos partidos. A quantidade de recursos e verbas que são destinados às campanhas determinam, significativamente, as chances de sucesso e a eleição dos postulantes aos cargos Legislativos.

O desenho da legislação, contudo, abria brechas para a criação de candidaturas meramente formais, já que os partidos podiam apresentar candidatas mulheres apenas para preencher os requisitos legais. Na prática, essas candidaturas foram chamadas de “candidatas laranja”³, pois não integravam de fato a corrida eleitoral. Sem qualquer investimento monetário, muitas delas eram boicotadas ou não apresentavam reais condições de se elegerem.

Esse problema levou à percepção de que, para maximizar a eficácia da política de cotas, era preciso vincular candidatura à investimento. Assim, já no bojo das discussões da Reforma Política de 2015 o Brasil, foram criados incentivos ao investimento em campanhas femininas. A Lei 13.165/2015, produto final da reforma, previa que os partidos obrigatoriamente empenhassem recursos nas campanhas de mulheres.

Mas, o artigo 9º da Lei previa a destinação de um mínimo de 5% dos recursos de campanha e, ainda, de um limite, que não poderia ultrapassar de 15% de todos os recursos do Fundo Partidário destinados a esta finalidade. Embora destinada a incentivar o repasse de recursos, a redação da Lei ficou muito aquém do esperado. Na prática, ela acabou por instituir uma desigualdade formal odiosa entre homens e mulheres na política: o mínimo de 30% das mulheres candidatas pelas cotas teria acesso, pelo Fundo Partidário, a, no máximo, 15% dos recursos.

³ O Ministério Público teve robusta atuação no combate às chamadas “candidaturas laranja”.

Assim, ao invés de aprimorar a participação de mulheres na política, a Lei 13.165/2015 dificultava a correção de sub-representação feminina. Por essa razão, ela foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5617.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADI e definiu ser inconstitucional o dispositivo previsto na Reforma Eleitoral. A maioria dos ministros entendeu que se deveria equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas ao mínimo de recursos de fundo partidário a serem destinados, que deve ser interpretado como de 30% do montante do fundo alocado em cada partido para eleições majoritárias e proporcionais.

Em caso de haver percentual mais elevado ao mínimo de candidaturas femininas, os recursos deveriam ser alocados, pelo menos, na mesma proporção.

No ano passado, a Emenda Constitucional nº 111/2021 estabeleceu contagem em dobro dada a candidatos negros e às mulheres e a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, em matéria de Prestação de Contas, estabeleceu ser possível o pagamento de despesas comuns com candidatos do gênero masculino e de pessoas não negras; a transferência ao órgão partidário de verbas destinadas ao custeio da sua cota-parte em despesas coletivas, desde que haja benefício para campanhas femininas e de pessoas negras.

Além disso, foi sancionada a Lei 14.192/2021, que estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher durante as eleições e no exercício de direitos políticos e de funções públicas. Oriunda do Projeto de Lei 349/2015, da deputada Rosângela Gomes, do Partido Republicanos, do Rio de Janeiro, o texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, considerando violência política contra as mulheres toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos delas.

A lei alterou também o Código Eleitoral brasileiro para proibir a propaganda partidária que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia.

A nova norma incluiu também no Código Eleitoral o crime de assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua

cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo⁴.

Os crimes de calúnia, difamação e injúria durante a propaganda eleitoral também terão penas aumentadas em 1/3 até metade caso envolvam menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia; ou sejam praticados por meio da internet ou de rede social ou com transmissão em tempo real.

O ato de divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos sabidos inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado, também terá pena aumentada em 1/3 até metade se envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia; ou ser for cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, por meio da internet ou de rede social, ou transmitido em tempo real⁵.

Uma novidade ocorreu em se tratando dos Estatutos Partidários. A nova lei também alterou a Lei dos Partidos Políticos, para determinar que os estatutos dos partidos brasileiros sejam obrigados a conter regras de prevenção, repressão e combate à violência política contra a mulher. Do mesmo modo, foi alterada a Lei das Eleições para definir que, nas eleições proporcionais (para cargos do Legislativo), os debates sejam organizados de modo a respeitar a proporção de homens e mulheres fixada na própria lei eleitoral - ou seja, de no mínimo 30% de candidaturas de mulheres.

A promulgação da Lei nº 14.192/2021 tirou o Brasil do grupo de países da América Latina que ainda não tinham regras para prevenção, repressão e combate à violência política contra a mulher.

A lei trouxe, pela primeira vez no país, a conceituação da **violência política contra a mulher** como "toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher" (artigo 3º). O aludido normativo possui como um dos objetivos punir práticas que reduzam a condição da mulher na política, que estimulem a discriminação em razão do sexo ou também em relação à raça e etnia.

⁴ A prática será punida com pena de reclusão, de 1 a 4 anos, e multa. A pena será aumentada em 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra mulher gestante; maior de 60 anos; e com deficiência.

⁵ Pela nova lei, essa pena poderá ser aplicada também a quem produzir, oferecer ou vender vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.

Ao acrescentar o artigo 326-B ao Código Eleitoral, tipificou como crime eleitoral "sediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo", estabelecendo pena de reclusão de um a quatro anos e multa, além de trazer hipóteses de aumento de pena (mulher gestante, maior de 60 anos ou com deficiência).

Como se observa, as alterações promovidas pela Lei nº 14.192/2021 ampliam os instrumentos para combate à violência de gênero e à discriminação político-eleitoral contra as mulheres em todos os momentos relacionados ao exercício dos direitos políticos (não apenas durante a campanha eleitoral), tornando crime a divulgação de notícias falsas sobre as candidatas.

4. A candidatura objeto de análise. Estudo de caso.

Nas eleições municipais brasileiras de 2020 observamos violências variadas e constantes nas campanhas das candidatas mulheres por todo o país. Malgrado muitos sejam os casos, notadamente de burla aos recursos destinados às candidaturas femininas pelos partidos políticos, um em especial chamou a atenção: o de uma Deputada Estadual, na vigência de seu mandato na Assembleia Legislativa do estado do Rio de Janeiro, cuja candidatura é analisada nesse presente estudo de caso. Para tanto, utiliza-se a perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, considerando a realidade como uma construção de um observador. Usar-se-á como metodologia de trabalho o uso de fontes diretas tais como: os vídeos onde podem ser encontradas as veiculações de propaganda eleitoral objeto de análise, peças processuais de ambas as partes envolvidas e o parecer da Douta Procuradoria Regional Eleitoral, da lavra da então Exma. Procuradora Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro Dra. SILVANA BATINI CESAR GÓES que pioneiramente cria nesse processo, pela primeira vez na Justiça Eleitoral do estado do Rio de Janeiro, o *conceito de violência política de gênero*.

5. A violência sofrida pela candidata

Conforme os índices de sua candidatura subiam, a candidata começa a ser vítima de campanha de desinformação, sofrendo um intenso massacre e devassa na sua vida privada,

notadamente em uma busca desenfreada por informações distorcidas de seu universo sexual. Os ataques se referiam a existência de um suposto “namorado” que a candidata teria tido há muitos anos atrás. E que tempos depois o dito parceiro havia sofrido um processo em que era acusado de corrupção. Seus adversários faziam uma ilação entre ela, que nenhum processo sofreu e era uma candidata sem qualquer mácula, vulgarmente chamada de “ficha limpa” no jargão eleitoral, e um namorado de seu passado.

Mas a propaganda questionada, em sede de direito de resposta, não teria o condão de gerar a indignação coletiva que gerou, se estivesse amoldada na seara da liberdade de expressão, pois ensinaria crítica política afeta ao período eleitoral, cuja contestação deve emergir do debate político natural, não sendo capaz de atrair o disposto protetivo do direito de resposta para ofensas gravosas e veiculação de informação falsa.

No entanto, a ferocidade com que a propaganda visava atingir a candidata no seu universo sexual, com marcas acentuadas de misoginia, gerava estados mentais que induziam a compreensão de que a candidata teria cometido prevaricação, falsidade ideológica eleitoral e participação em corrupção. Além disso, esse quadro se consolidava na mentalidade coletiva com ofensas pessoais marcadas por acentuado preconceito de gênero.

Embora saibamos que o debate eleitoral, ainda que em tom exacerbado, deve ser amplo e o mais livre possível e que, em especial, aqueles e aquelas que ocupam ou ocuparam cargos públicos devem se sujeitar à crítica ácida e dura que faz parte do jogo corriqueiro da Política, há limites. As veiculações de mensagem abusivas que visavam denegrir a imagem da candidata deixaram o balizamento da razoabilidade e da proporcionalidade para um quadro de verdadeiro massacre da pessoa, enquanto ser humano, ferindo-a sobretudo na sua condição de mulher.

6. A pioneira construção do conceito da violência política de gênero: o reconhecimento da violência sofrida pela procuradoria regional eleitoral

O parecer da Douta Procuradoria Regional Eleitoral do T R E –RJ, no Recurso Eleitoral 0600079-81.2020.6.19.0230, trouxe a pioneira construção do conceito de violência política de gênero, que será transcrito no presente item. Asseverou a Douta Procuradora que para se entender o caráter abusivo da violência sofrida pela candidata, é preciso estar consciente de que vivemos no Brasil, um ambiente de tolerância com a violência política de gênero, pela qual a

mulher pública está sempre exposta e vulnerável no seu aspecto íntimo. A violência política de gênero pode ser definida como “todo e qualquer ato com o objetivo de excluir a mulher do espaço político, impedir ou restringir seu acesso ou induzi-la a tomar decisões contrárias à sua vontade”. Vale aduzir que as mulheres podem sofrer violência quando concorrem, já eleitas e durante o mandato”.

Tolera-se, no Brasil, que a mulher que ingressa na política seja regularmente criticada por sua aparência ou sua vida sexual. E isso precisa ser repellido enfaticamente. Esse aspecto, aliado a tantos outros, forma o quadro de desestímulo e desconforto que está na raiz da sub-representação histórica e crônica das mulheres na política. O limite que se deve impor no discurso político e eleitoral, nesse aspecto, deve ser mais rigoroso, porque importa em mudar uma cultura.

Como já reconhecido na jurisprudência brasileira, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral no caso de seu descumprimento (Rp 1975-05/DF, Rel. Ministro Henrique Neves, PSESS de 2.8.2010). Devemos destacar que o parâmetro de aferição do que é ofensivo não é único e nem trivial. A régua que mede a gravidade da ofensa deve levar em conta o aspecto pessoal da vítima, mas também o contexto cultural e social em que se insere. No Brasil, onde as mulheres vêm encontrando dificuldades em conquistar espaços de poder institucional, é lícito afirmar que não devem ser tolerados os ataques que fujam rigorosamente do debate político leal e que migrem para a violência de gênero, mal dissimulada. E a razão dessa necessária vigilância reside na evidência que essa forma de fazer política, além de ofensiva, perpetua a desigualdade que a Constituição determinou que fosse vencida e superada. No caso ora analisado, era muito nítida a crítica subliminar, de caráter misógino e preconceituoso, contra mulheres que, como a candidata, exercem cargos públicos.

As frases constantes nas veiculações, com sensacionalismo desmedido, traziam um efeito de degradação e certamente foram capazes de induzir o eleitorado a interpretar as assertivas como se a candidata fosse emocionalmente vinculada a ilicitudes de seu ex-namorado especialmente porque é mulher, pois se teve um relacionamento amoroso com uma pessoa em seu passado longínquo, deveria se impor a essa mulher a responsabilidade eterna por tudo que essa pessoa faria ao longo da vida. Se um ataque desborda do mero jogo político, ou da crítica política, afeta ao período eleitoral, para criar estados mentais, emocionais ou passionais,

especialmente pela exploração e pela exposição do relacionamento pessoal da candidata, o que caracteriza a propaganda irregular negativa, atraindo o disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997 eis que fere o art. 242 do Código Eleitoral, *verbis*:

Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. (Redação dada pela Lei nº 7.476, de 15.5.1986) Parágrafo único. Sem prejuízo do processo e das penas cominadas, a Justiça Eleitoral adotará medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente a propaganda realizada com infração do disposto neste artigo.

Desse modo, a candidata, ao ter que se defender de um ataque que evoca um suposto relacionamento afetivo pretérito, vê-se forçada a expor sua esfera íntima e a sua própria subjetividade, e não a sua figura pública, esta sim passível de crítica pública legítima.

7. Conclusão

Finalmente, é de se ressaltar que é legítima a atuação do Poder Judiciário para assegurar direitos fundamentais de grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, contra discriminações, diretas ou indiretas, estando as propagandas de massacre misógino a merecer a reprimenda da Justiça Eleitoral.

A esperança de todos pode ser resumida na bela lição deixada no 1º Encontro Nacional de Magistradas Integrantes das Cortes Eleitorais, onde às vésperas de assumir a Presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e comandar as eleições no Brasil, o Ministro EDSON FACCHIN destacou a importância de participação de mais mulheres no cenário político, destacando o seguinte, *in verbis*:

“Nós todos sabemos que é urgente vacinar o país contra o vírus do autoritarismo, da misoginia e da discriminação. Vacina sim! Contra o vírus da autocracia, democracia sempre”

Do mesmo modo, Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e ex- Presidente do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil (TSE) considera que:

“Não é só a violência física, a violência psicológica é uma violência que é mais difícil, porque é muito entranhada, que é a violência da linguagem e que envolve transformações mais profundas nas sociedades machistas e patriarcais”

Oxalá tenhamos dias mais justos no século XXI para as mulheres de todos os países de modo a que tenhamos a possibilidade de garantir: “*Mais Mulheres na Política*”.

8. Referências

BIROLI, F., & Miguel, L. F. (2015). *Feminismo e política: uma introdução*. Boitempo Editorial.

BIROLI, F. (2018). Uma mulher foi deposta: sexismo, misoginia e violência política. O golpe na perspectiva de gênero, 1(1). Disponível em:

OKIN, Susan Moller. Okin, S. M. (2008). Gênero, o público e o privado. *Revista estudos feministas*, 16(2), 305-332. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200002>. Acesso em: 04/02/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (Rio de Janeiro). Recurso Eleitoral 0600079-81.2020.6.19.0230. Recorrente: Martha Mesquita da Rocha. Recorrido: Eduardo da Costa Paes. Relator: Desembargador CLAUDIO LUIS BRAGA DELL ORTO. Rio de Janeiro, 26 de novembro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Rio de Janeiro, RJ, ano 2020, n. 347, p. 39, 30 nov. 2020.

CLAYTON, A., O'Brien, D. Z., & Piscopo, J. M. (2019). All Male Panels? Representation and Democratic Legitimacy. *American Journal of Political Science*, 63(1), 113-129. Disponível em: <https://www.amandaclayton.org/uploads/2/5/7/1/25717216/ajps.12391.pdf>. Acesso em: 01/02/2022.

MELO, Karine. Fachin: É urgente vacinar o país contra o autoritarismo e a misoginia Disponível em: Fachin: É urgente vacinar o país contra o autoritarismo e a misoginia | Agência Brasil (ebc.com.br). Acesso em 09/02/2022.

O direito e a desigualdade de gênero: uma análise histórico-legislativa da violência doméstica no Brasil

Law and gender inequality: a historical-legislative analysis of domestic violence in Brazil

Carolina de Oliveira Kfour¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo investigar a evolução histórica do tratamento legislativo conferido à violência doméstica no Brasil, que culminou com a elaboração da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Para tanto, constrói-se um panorama histórico da condição da mulher no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-a às concepções dominantes sobre as relações de gênero e analisando sua evolução, induzida pelo movimento feminista, assim como o processo de elaboração da Lei Maria da Penha. Almeja-se, assim, compreender esta lei enquanto produto de um processo histórico-legislativo mais amplo.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha, violência de gênero, violência doméstica, feminismo, *advocacy* feminista.

Abstract: This paper aims to investigate the historical evolution of the legislative treatment of domestic violence in Brazil, which culminated with the creation of Law 11.340/2006 (Maria da Penha Law). A historical overview of the status of women in the Brazilian legal system is constructed, relating it to the dominant conceptions of gender relations and analysing its evolution, driven by the feminist movement, as well as the process of drafting the Maria da Penha Law. The aim is thus to understand this law as the product of a broader historical-legislative process.

¹ Atualmente concluindo seu Bacharelado em Direito na Universidade de São Paulo, o presente artigo é uma adaptação de seu trabalho de conclusão de curso. Além de cursar disciplinas na área de estudos de Gênero, ao longo da graduação, a autora participou de grupo de estudo sobre violência obstétrica, de curso sobre Criminologia e gênero do Introcim e do ciclo de debates e formação em Gênero, desigualdades e direito da FDRP-USP. Paralelamente, integra um projeto de dupla diplomação com a *Université Jean Moulin Lyon 3*, na França, onde cursou um ano de sua graduação.

Keywords: Maria da Penha Law, gender violence, domestic violence, feminism, feminist activism.

1. Introdução

O fenômeno da desigualdade de gênero tem raízes profundas e, mesmo nos dias de hoje, permanece imbricado à sociedade. São muitos e distintos os modos pelos quais se materializa, dentre eles a violência doméstica. Se, em termos sociológicos, a existência desta perdurou através do tempo, sua compreensão jurídica em muito se alterou¹.

No Brasil, a outorga do direito ao voto às mulheres em 1932 inaugura um lento movimento de reconhecimento – e reiteração – de seus direitos enquanto direitos humanos. Sob a égide desse, é possível observar uma série de avanços no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de repudiar a violência doméstica cada vez mais fortemente, notadamente a partir da criação das Delegacias de Defesa da Mulher, em 1985, e da instituição da Lei nº 9.099/1995. É em meio a esse cenário que, em 7 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), cujas contribuições a essa tendência foram expressivas.

O objetivo do presente artigo é examinar a evolução histórica do tratamento legislativo conferido à mulher no Brasil, em especial no que tange à proteção contra a violência doméstica, associando-a às concepções vigentes sobre as relações de gênero e às representações que lhes são subjacentes. Pretende-se, com isso, interpretar a Lei Maria da Penha não como um avanço isolado, mas como o ponto culminante de um processo mais amplo, tanto histórico como jurídico.

Para tanto, a metodologia escolhida foi a análise de leis nas quais a desigualdade de gênero se manifestava. Em adição, a revisão bibliográfica de produções voltadas à história das relações de gênero e do movimento feminista, assim como obras doutrinárias sobre a desigualdade de gênero no Direito, com enfoque na violência de gênero – notadamente, na violência doméstica.

¹ Como bem assinala Campos, os textos normativos não são alheios à realidade, mas inserem-se "em um contexto político e social, onde as noções de gênero também são produzidas e desafiadas constantemente." CAMPOS. *In*: CAMPOS (org.), 2011, p. 4.

2. Direito e gênero

Não se pode menosprezar o papel desempenhado pelo Direito seja na reprodução, seja na transformação das relações de gênero². De um lado, ele não é alheio à sociedade na qual impera, já que é por esta produzido; de outro, dado seu caráter "universal e normativo"³, é também capaz de induzir transformações no plano sociocultural.

2.1 O direito e a desigualdade de gênero

Interpretando-se o Direito como reflexo da ordem social vigente, a análise de dispositivos normativos do século XX é elucidativa da posição da mulher na sociedade brasileira. No que se refere aos direitos políticos, as mulheres somente obtiveram o direito ao voto em 1932, conforme o art. 2º do Decreto nº 21.076, sendo que apenas em 1934 este foi equiparado ao voto masculino, com a superação total das restrições a ele impostas.

Em matéria de direitos civis, até a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962), a mulher era considerada relativamente incapaz (art. 6º, II, do Código Civil de 1916). Com o casamento, ela assumia a condição de "companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família" (art. 240), enquanto ao marido cabia a chefia da sociedade conjugal (art. 233, cujos incisos II e IV, aliás, merecem destaque: o primeiro determina competir ao marido a administração dos bens do casal e, a depender do regime de bens adotado, também do patrimônio particular da mulher; o segundo, por sua vez, dispõe sobre a necessidade de autorização do marido para que a mulher possa trabalhar).

O art. 242 traz ainda outras restrições à liberdade das mulheres, algumas das quais foram suprimidas pelo Estatuto da Mulher Casada – dentre elas, a necessidade de autorização ao exercício de profissão. Nesse sentido, não há que se cogitar a igualdade de direitos e deveres

² O conceito de "gênero" aqui adotado é aquele proposto por Scott. Este se caracteriza como um elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos, partindo-se do entendimento de que a valoração de distinções biológicas é em si uma construção cultural. Trata-se também de um dos principais campos nos quais se manifestam as relações de poder. Assim, segundo esse conceito, a formação das identidades tanto feminina como masculina constitui um fenômeno exclusivamente social, pautado por normas culturais e envolto em relações de poder; embora o gênero possa incluir o sexo, não é diretamente determinado por este, opondo-se portanto à suposta imutabilidade das relações entre homens e mulheres. SCOTT, 1986, pp. 1056-1057.

³ BUENO, 2011, p. 22.

entre os cônjuges, razão pela qual o Código reserva, inclusive, capítulos distintos para os direitos e deveres de cada um⁴.

Também o Direito Penal confere às mulheres um tratamento desigual àquele dado aos homens. Uma vez que são atribuídos – de forma historicamente determinada – papéis sociais distintos aos homens e mulheres, "são diferentes os sistemas de controle social que incidem [sobre eles]"⁵. Enquanto o Direito Penal age para coibir as perturbações na esfera pública e no trabalho produtivo, incidindo quase unicamente sobre condutas "masculinas", a conformação da mulher ao espaço privado e ao trabalho reprodutivo é operada por um sistema de controle informal⁶.

Desse modo, é possível falar em uma seletividade negativa do Direito Penal, que se relacionava à criação de dois arquétipos femininos: de um lado, a mulher "honesta", que se conformava ao seu papel social e que, portanto, "merecia" a tutela penal. De outro, a mulher "desonesta", cuja conduta desviante tanto a tornava indigna de tutela como poderia reclamar a incidência residual do controle formal – principalmente se cometesse atos ilícitos "masculinos", tais como o homicídio e o crime organizado.

Mesmo quando a mulher obtinha a tutela penal, a justificativa encontrava-se não na sua dignidade da pessoa humana, mas no potencial ofensivo do crime à ordem social – violando a honra de sua família ou marido, por exemplo, em especial no que tange aos crimes contra a liberdade sexual, à época intitulados "crimes contra os costumes". Assim, reforça-se o papel passivo que lhe era projetado nos âmbitos social e cultural.

À luz da seletividade negativa, a violência é ressaltada como uma faceta do controle informal: trata-se de uma pena privada que, em última instância, atua como "garantia de controle do *status quo* social"⁷. Ela nada mais é do que

[...] o exercício do direito de correção que é outorgado aos homens pela ideologia da superioridade masculina com respaldo em dois tipos de mensagens: as positivas, que declaram ser o homem detentor da representação do poder punitivo no ambiente

⁴ São eles os Capítulos II ("Dos Direitos e Deveres do Marido") e III ("Dos Direitos e Deveres da Mulher") do Título II, Livro I da Parte Especial do Código Civil.

⁵ BUENO, 2011, pp. 28/29.

⁶ O sistema de controle informal pode ser definido como "todas as respostas negativas que suscitam determinados comportamentos que violem normas sociais, ou que não cumpram com as expectativas de comportamento associadas a um determinado gênero ou papel". LARRAURI, 1994 apud BUENO, 2011, p. 29. Ele é exercido por instituições como a família e a religião, e, posteriormente, também pela medicina, através da patologização dos comportamentos desviantes.

⁷ VASCONCELOS; SOUZA, 2016, pp. 40/41.

doméstico e as negativas, decorrentes da renúncia dos poderes públicos de intervir nos espaços previamente definidos como privados.⁸

O exemplo da legítima defesa da honra ilustra de forma clara não apenas a incidência seletiva do Direito Penal, mas também o objetivo último do controle social em sentido amplo, reiterando assim a representação da mulher em voga no século XX. Trata-se do caso em que o marido assassinava a mulher que tivesse cometido adultério; por meio de hipótese excludente de ilicitude, evitava-se a incidência do sistema de justiça criminal⁹.

Mais do que uma imunidade contra a ação punitiva do Direito Penal, a legítima defesa da honra era um meio lícito de controle social informal. Para além de uma violação aos direitos do marido sobre a mulher, o adultério era uma ofensa à ordem social, de forma que a reação do marido operava como um mecanismo de defesa social. Assim, "[p]or se entender que atuar em legítima defesa da honra é cumprir com a lei e se fazer respeitar um direito, não se estaria infringindo ou violando a lei ou o direito."¹⁰

Logo, também as omissões do Direito Penal serviam à perpetuação dos valores de uma sociedade em que a mulher era relegada a uma posição de inferioridade, sendo considerada praticamente propriedade do homem. Dessa forma, justificava-se a relativização de seu direito à vida em face do direito à honra do homem quando seu comportamento subvertia as normas sociais, classificando-a como "desonesta" – o que, em última análise, pode ser lido como uma violência institucional. Daí a conclusão de que "o direito penal vem servindo, há muito tempo, para cancelar os valores machistas e patriarcais da sociedade, atribuindo valor e respeito maiores à pessoa do homem do que à pessoa da mulher."¹¹

2.2 O direito rumo à igualdade de gênero

Ao mesmo tempo que o Direito atua para conservar a ordem social, ele é também um instrumento valioso para transformá-la, por se tratar de um sistema normativo imperativo, que

⁸ BUENO, 2011, p. 29. O exercício do poder punitivo pelo homem encontra respaldo também na preponderância da entidade familiar em detrimento dos direitos da mulher. "A ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio serviam de justificativa para impedir qualquer tentativa de coibir o que acontecia dentro do lar" – o que, aliado ao medo e à dependência econômica, contribuía à circunscrição da agressão à esfera privada, impondo às mulheres uma "lei do silêncio". DIAS; REINHEIMER. *In*: CAMPOS (org.), 2011, p. 196.

⁹ A tese da legítima defesa da honra compunha o texto das Ordenações Filipinas. Com o Código Penal de 1940, ela foi suprimida na esfera legislativa; não obstante, continuou a ser reconhecida jurisprudencialmente até o início do século XXI. COUTO, 2016, pp. 42/43.

¹⁰ GOMES, 2007, p. 274.

¹¹ *Ibid.*, p. 276.

incide sobre a totalidade dos indivíduos. Longe de ser espontânea, a transformação através do Direito se dá em resposta à mobilização social, sobretudo de grupos minoritários.

Uma das facetas mais expressivas dos movimentos das mulheres, o feminismo, expandiu-se de forma significativa em diversos países ocidentais a partir da década de 1960, reclamando principalmente a liberdade sexual e econômica das mulheres¹². No Brasil, com a ditadura militar (1964-1985), essa mobilização é amplificada e adquire traços particulares:

No Brasil, a coisa foi diferente. A maioria dessas bandeiras confrontavam, diretamente, vários dogmas da Igreja, uma das principais instituições progressistas na época. Assim mesmo, as iniciativas feministas conseguiam se articular com a Igreja ou com o Partido Comunista que, da mesma forma, era um parceiro importante na luta contra o regime militar, mas se tornava um complicador para o movimento das mulheres. A Igreja, por sua recusa ao aborto e à liberdade sexual, e o Partido Comunista, pela insistência numa luta mais ampla na qual não cabiam as demandas singularizadas das feministas.¹³

Assim, o movimento feminista brasileiro se desenvolve em meio à resistência contra o regime ditatorial, com a constatação de que esta era, por si só, insuficiente para por fim às opressões específicas que atingiam as mulheres, seja na vida privada, seja na incipiente vida profissional.

Gradativamente, essa consciência de sua posição desigual extrapola o plano sociocultural, repercutindo também na esfera jurídica. Com isso, "[n]o Brasil, o processo de luta pela conquista, ainda que tardia, da cidadania feminina, em grande parte foi dirigido à eliminação de leis discriminatórias e à declaração de novos direitos, tendo como interlocutor principal o Poder Legislativo."¹⁴

Internacionalmente, o movimento feminista tem como primeira materialização jurídica a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979. Esta é relevante, primeiro, por se tratar de um instrumento de *hard law*, ou seja, cuja ratificação no plano internacional implica a incorporação ao ordenamento jurídico nacional, conferindo-lhe assim valor normativo. Segundo, pelo compromisso nela firmado de

¹² As primeiras mobilizações feministas, entre o final do século XIX e o início do XX, centravam-se na conquista de direitos políticos, através do direito ao voto. Tais mobilizações voltam a ganhar força nos anos 1960, com uma nova plataforma de reivindicações, dentre as quais o fim da várias formas de discriminação de gênero no ambiente de trabalho, inclusive a salarial, a independência financeira e a liberalização sexual, por meio do acesso ao aborto legal e a métodos anticoncepcionais (em especial à pílula, recém desenvolvida).

¹³ HOLLANDA, 2018, p. 14.

¹⁴ BARSTED, 2012. pp. 91/92.

combater a desigualdade de gênero através tanto da persecução da igualdade jurídica¹⁵ como por meio de ações afirmativas. Nesse sentido, visa-se não somente a afirmação da igualdade formal, mas o alcance da plena igualdade material¹⁶.

No plano jurídico nacional, por sua vez, as mobilizações feministas induzem mudanças legislativas desde a década de 1960, como evidencia o Estatuto da Mulher Casada. Todavia, sua mais significativa reverberação encontra-se na Constituição Federal de 1988. Ao reconhecer a igualdade jurídica entre homens e mulheres (art. 5º, *caput* e inciso I), o texto constitucional fez eco às obrigações assumidas no cerne da CEDAW; além disso, incorporou porcentagem significativa das reivindicações das mulheres brasileiras.

Em 1985, por meio da Lei nº 7.353, criou-se o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), cujo objetivo era, grosso modo, a eliminação da desigualdade de gênero (art. 1º). Fruto da articulação do movimento feminista, o CNDM teve grande influência no contexto da redemocratização, em especial na elaboração da nova Constituição, reunindo e expondo reivindicações por meio do chamado "*lobby do batom*":

O "*lobby do batom*" se tornou um dos mais atuantes junto à Constituinte, conseguindo aprovar de 70 a 80% das reivindicações do movimento. Assim, o tripé composto pelo CNDM, a bancada feminina e o movimento de mulheres rompeu com a tradicional forma de fazer política no espaço legislativo, alcançando diretamente os políticos, sem passar pelas representações partidárias.¹⁷

Em síntese, o movimento feminista brasileiro se desenvolveu no âmago da oposição ao regime militar e se caracterizou por sua marcante atividade de *advocacy* junto aos poderes públicos, com o objetivo de eliminar as discriminações de gênero tanto em termos jurídicos como sociais. Durante a redemocratização, por meio do CNDM, impactou diretamente a construção da nova ordem constitucional, inserindo nela uma ampla gama de suas reivindicações. Dentre outras, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, tanto em sentido

¹⁵ Merece destaque o fato de que a igualdade jurídica como proposta pela CEDAW não se resume a equiparar juridicamente as mulheres aos homens, porquanto a despeito da aparente igualdade resultante, não se elimina a discriminação entre os gêneros, na medida em que o homem continua a ser tomado como referência à construção da subjetividade jurídica. Já "[a] Convenção propõe que mulheres e homens são igualmente diferentes e que o tratamento igualitário não está em tratar a mulher como o homem, mas em reconhecer que será discriminatório todo tratamento que tenha por resultado a desigualdade." MONTEJO, 1992 apud BUENO, 2011, p. 67.

¹⁶ "A noção de igualdade material é uma resposta à constatação prática de que a mera afirmação do direito à igualdade não é suficiente para subverter as desigualdades sociais, econômicas e políticas que existem entre os indivíduos." *Ibid.*, p. 62.

¹⁷ PIMENTEL et. al, [2017?], pp. 119/120.

genérico como na sociedade conjugal; particularmente relevante para este trabalho é a proteção contra a violência doméstica (art. 226, § 8º). Com isso,

o movimento feminista brasileiro se destaca como um importante ator político no campo da democracia participativa, capaz de alterar o cenário político através da impulsão de políticas públicas voltadas para a proteção efetiva das mulheres no contexto nacional, de tal maneira que permita o pleno exercício de seus direitos fundamentais.¹⁸

3. A violência de gênero e a violência doméstica

Não por acaso, o desenvolvimento do movimento feminista coincidiu com o surgimento de um debate público acerca da violência de gênero. Embora faça parte da "história da sociedade brasileira"¹⁹, ela só passou a ser contestada na segunda metade do século XX. Isso porque, sob a égide do controle social informal, encontrava aceitação social e jurídica, sendo entendida como uma pena privada, que respondia à conduta desviante da mulher. Nesse sentido, no Brasil, a violência de gênero é permeada por particularidades:

Mesmo considerando que a violência de gênero é um fenômeno que ocorre em quase todos os países, no Brasil essa violência foi, durante muitos séculos, garantida e absolvida pelo próprio Estado a partir de leis e de uma tradição jurídica que não reconhecia as mulheres como sujeitos de direitos.²⁰

Foi somente por volta dos anos 1980 que essa violência extrapolou o ambiente doméstico, inserindo-se na esfera pública como uma conduta reprovável – e que, portanto, deveria ser coibida. No âmbito do direito internacional, contribuíram à sua visibilidade notadamente a Resolução nº 48/104 da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que promulgou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993), e, com base nela, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

¹⁸ VASCONCELOS; SOUZA, 2016, p. 43. Cf. também CAMPOS, 2011, p. 19.

¹⁹ "Dizer que a partir dos anos 80 se passou a falar em violência contra a mulher no Brasil, não significa que ela não existisse antes. Práticas de violência contra a mulher fazem parte da história da sociedade brasileira. Estudos históricos que abordaram a família e as relações familiares a partir do final do século XVII apontam que a violência praticada pelo cônjuge era um dos argumentos apresentados pelas mulheres ao pleitearem o divórcio junto à Igreja. Na realidade, não importa sobre qual período da história se volta o olhar do pesquisador, os abusos físicos contra a mulher estão sempre presentes." PASINATO, 2003. p. 63.

²⁰ BARSTED, 2012, p. 92.

contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Houve intensa produção normativa em matéria de Direito Internacional no sentido de trazer à luz a violência de gênero enquanto uma violação aos direitos humanos, que perpetua a opressão feminina e que deve, por isso, ser combatida: a Resolução nº 19/1992 da Assembleia-Geral da ONU clamou dos Estados-Membros medidas legislativas e políticas públicas visando ao seu combate; já a Resolução nº 52/86 (1997) propôs ações para eliminar a violência contra as mulheres praticada pelo próprio sistema de justiça criminal. Além disso, aprovou-se em 1999 um Protocolo Facultativo à CEDAW fortalecendo o Comitê de Monitoramento criado pela Convenção.

Ao longo da década de 1990, todas as Conferências e Planos de Ação que sucederam à Conferência de Direitos Humanos ressaltaram, em alguma medida, "a necessidade de respostas institucionais à violência contra as mulheres, de forma a se ter coerência na defesa da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos". Por exemplo, o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), a Declaração da IV Conferência Mundial da Mulher (Beijing, 1995) e a Conferência Mundial contra o Racismo (Durban, 2001).

Com isso, há uma mudança de paradigma: a violência de gênero, antes excluída do âmbito de incidência do Direito por concernir à vida privada, pela lógica da seletividade negativa, passa a ser reconhecida como uma "questão de política de defesa dos direitos humanos"²¹ que, como tal, requer a intervenção do Estado. Assim, se antes a violência materializava o controle social informal, a partir desse momento, ela perde sua aceitabilidade, submetendo-se ao controle social formal.

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993) define esta como "qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada" (art. 1º). No mesmo sentido é a definição da Convenção de Belém do Pará (art. 1º).

Conceito correlato ao de violência de gênero é o de violência doméstica. Contudo, a relação entre ambos é controversa: a violência doméstica é entendida por algumas feministas

²¹ PASINATO, 2003, p. 71.

como uma subcategoria da violência de gênero, cuja particularidade é a circunscrição ao âmbito das relações domésticas, familiares ou afetivas²². Em oposição, defende-se que, embora a violência de gênero e a violência doméstica encontrem um ponto de intersecção nas "mulheres que estão integradas a um contexto familiar", "a violência doméstica atinge vítimas que não sofrem com a violência de gênero (pelo menos, não na sua concepção tradicional)"²³, a saber, indivíduos do sexo masculino que também se encontram em posição de vulnerabilidade no seio das relações de poder, como crianças e idosos – ou, ainda, uma das partes em um relacionamento homoafetivo.

Levando-se em conta a natureza sociocultural das relações de gênero, a violência doméstica se vincularia sobretudo aos papéis sociais desempenhados pelo/a ofendido/a. Por isso, "o conceito de violência de gênero vai muito além da noção de violência doméstica, que, por sua vez, não se resume a uma questão de gênero, nem está a ela completamente subsumida."²⁴

Por um lado, o conceito de violência de gênero deve ser suficientemente amplo para incluir as mulheres não mais como categoria una, fundada em supostos atributos biológicos²⁵, mas enquanto sujeitos plurais, que não necessariamente se enquadram naquela categoria e que, ademais, são atravessados por marcadores sociais interseccionais. Por outro lado, a ampliação excessiva do conceito de violência doméstica, dissociando-a da violência de gênero, parece problemática, na medida em que oculta o recorte de gênero que permeia as relações de poder no seio da família. Se é verdade que todas as relações estabelecidas no âmbito familiar são desiguais, isso não implica que sejam igualmente desiguais – nesse sentido, podem ou não relacionar-se com o marcador social do gênero, devendo este ser salientado a fim de combater a opressão das mulheres²⁶.

²² "Entende-se por violência doméstica aquelas condutas ofensivas realizadas nas relações de afetividade ou conjugalidade hierarquizadas entre os sexos, cujo objetivo é a submissão ou subjugação, impedindo ao outro o livre exercício da cidadania. A violência doméstica contra as mulheres é, portanto, uma forma de expressão da violência de gênero." CAMPOS; CARVALHO, 2006. p. 413.

²³ BUENO, 2011, p. 138.

²⁴ *Ibid.*, p. 140.

²⁵ A historicidade do gênero amplia a categoria "mulher", na medida em que a construção social da identidade feminina extrapola os limites impostos pelo sexo enquanto conceito biológico, enfatizando seu caráter relacional. PASINATO, 2003, pp. 74/75.

²⁶ Com base nessa lógica, o Comitê de Especialistas do Comitê de Monitoramento da Convenção de Belém do Pará (MESECVI-CEVI) destacou, em seu Informe Hemisférico, a necessidade de se redigir leis que combatam a violência familiar praticada especificamente contra as mulheres, sob pena de invisibilizar seu caráter particular. BARSTED. *In*: CAMPOS (org.), 2011, p. 31.

Trata-se de ponto controverso para além da doutrina: em Rio Pardo/RS, uma decisão judicial²⁷ aplicou por analogia a Lei Maria da Penha, cujo conceito de violência doméstica a compreende como subcategoria da violência de gênero, a uma relação homoafetiva entre dois homens. Isso corrobora o entendimento de que a violência doméstica, embora possua uma intersecção com a violência de gênero, vai além desta.

4. Panorama histórico dos mecanismos de combate à violência doméstica

Conforme já exposto, o movimento feminista brasileiro vivenciou um período de expansão a partir da década de 1960, como resultado das movimentações no plano internacional, bem como da resistência ao regime ditatorial que perdurou entre 1964 e 1985. À medida que se estruturou, esse movimento dedicou-se cada vez mais ativamente ao combate à desigualdade de gênero através de múltiplas estratégias, dentre elas a mudança legislativa, como exemplifica o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, a violência de gênero – em especial a violência doméstica e a sexual – representou um ponto de articulação entre as diferentes vertentes do feminismo e do movimento de mulheres, que passaram a demandar intervenções do Estado de forma a coibi-la. De modo a ampliar seu alcance e obter, com isso, o reconhecimento dessa violência enquanto um problema social, o movimento feminista acabou por internalizar o discurso político do Estado, defendendo um Direito Penal de gênero que estabelecesse ações afirmativas visando à igualdade material entre mulheres e homens.

O resultado da intervenção penal é a incidência de um controle externo sobre condutas antes tidas como privadas, conferindo maior visibilidade à violência de gênero, em razão do "poder simbólico da criminalização"²⁸, o que representa o início de uma mudança de postura por parte do Estado. Paradoxalmente, o meio escolhido para combater a violência é um dos meios que ocasionam a discriminação das mulheres: o Direito Penal intensifica sua vitimização,

²⁷ BRASIL. Processo n° indisponível. Juiz de Direito Osmar Aguiar Pacheco. Rio Pardo, Grande do Sul. Julgado em 23/02/2011. Embora a íntegra da sentença não se encontre disponível na internet, são múltiplas as referências acadêmicas e jornalísticas a ela. Para mais informações quanto ao seu conteúdo, cf., por exemplo, PEREIRA; ALVES, 2015, pp. 10/11.

²⁸ "A criminalização de uma conduta acarreta a percepção social da sua gravidade, alçando esse comportamento à posição superior na hierarquia das condutas cuja reprovabilidade demanda uma reação mais severa do Estado." BUENO, 2011, p. 87.

a qual, justamente, é problematizada pelo movimento feminista e utilizada como argumento à urgência de se promover um debate público sobre o tema. Com isso, obsta-se o reconhecimento da mulher enquanto sujeito ativo, capaz de subverter as relações de poder.

Desde o Código Penal de 1940, havia uma previsão de aumento da pena aos crimes praticados contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, ou "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade"²⁹. Entretanto, ambas as circunstâncias agravantes eram genéricas, protegendo indiscriminadamente todos os membros da família; ademais, dada a mentalidade que vigorava à época – impulsionada pela ordem jurídica, ao mesmo tempo que se refletia nela –, a visibilidade desse tipo de violência teve pouco impacto.

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, o movimento feminista fez avançar o combate à violência de gênero por meio de mecanismos penais, bem como da criação de abrigos e centros de referência às mulheres em situação de violência. Em 1985, em resposta às articulações políticas lideradas pelo Conselho Estadual da Condição Feminina (CECF), foi criada a primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) pelo governo do Estado de São Paulo.

Esse modelo de delegacia visava dar às mulheres em situação de violência uma atenção diferenciada e integral, em oposição ao tratamento discriminatório que encontravam nas delegacias normais. Nesse sentido, além de desenvolver atividades de polícia judiciária, as DDMs também seriam responsáveis por prestar orientação psicológica e serviço social às mulheres. Em princípio, os serviços seriam prestados apenas por mulheres, que seriam submetidas a um treinamento prévio a fim de prevenir condutas discriminatórias. Na prática, sua criação trouxe à esfera público-administrativa um atendimento que já era oferecido às mulheres por organizações civis³⁰.

As Delegacias de Defesa da Mulher foram replicadas em todo o país e tiveram um papel essencial na visibilidade da violência de gênero. Além disso, os registros policiais permitiram que se traçasse um perfil das vítimas e dos agressores, os quais foram utilizados na elaboração

²⁹ Com a Reforma da Parte Geral do Código (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984), essa previsão passou a constar do art. 61, II, "e" e "f". Ademais, em 2003, a Lei nº 10.741 incluiu nas circunstâncias agravantes os crimes cometidos "h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;".

³⁰ Dentre essas organizações, destacam-se os SOS Mulher, cujo objetivo era prestar atendimento jurídico e psicológico às mulheres em situação de violência. Sobre isso, cf. PASINATO, 2015, p. 535.

de estudos e estatísticas sobre o tema, bem como de políticas públicas. Paralelamente, as DDMs tornaram-se "espaço[s] de resolução informal dos conflitos"³¹:

As DDMs tornaram-se, assim, um recurso simbólico para que as mulheres negociassem suas relações familiares, o que fez com que a instituição sofresse uma ressignificação: de um canal para lutar contra a impunidade, tornou-se uma via de busca pela libertação das violências de gênero e pela própria autonomia, ainda que, institucionalmente, não fosse possível responder a essa expectativa.³²

No que concerne à sua implementação e funcionamento, coexistiam ao menos três modelos distintos: no primeiro deles, priorizava-se o atendimento burocrático-policial das vítimas; no segundo, simultaneamente a este atendimento, desenvolviam-se atividades de mediação; no terceiro, por fim, o atendimento burocrático-policial se combinava a funções de cunho psicológico-social, em uma rede de serviços multidisciplinares cujo objetivo era oferecer à mulher um atendimento integral³³.

A despeito dos esforços empregados, não se logrou suprimir a discriminação no atendimento oferecido, espelhando-se com isso a realidade das delegacias comuns. A efetividade desse modelo seria limitada por sua posição no interior da burocracia policial: trata-se de uma das decorrências do paradoxo da apropriação de um sistema criminal discriminatório para combater a discriminação de gênero – em outras palavras, da negociação de políticas feministas em uma arena tradicionalmente masculina³⁴.

Outra decorrência desse paradoxo é a insuficiência da resposta penal, tanto por não inibir a violência por parte dos agressores como por não levar em conta as reais necessidades das mulheres, que buscavam as DDMs não necessariamente com o objetivo de sancionar o agressor. Com frequência, elas almejavam apenas fazer cessar a violência, o que explica a transformação dessas delegacias em espaços de conciliação.

Em 1995, a Lei nº 9.099 criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECC), regulamentando o artigo 98, I, da Constituição Federal. Fundados na descriminalização, na desinstitucionalização e na despenalização, os JECC alinham-se ao Direito Penal mínimo e,

³¹ Id., 2003, p. 103.

³² COUTO, 2016, p. 50.

³³ PASINATO, 2003, p. 106.

³⁴ Ibid., p. 111.

baseando-se no consenso entre as partes, visam a tornar a justiça menos burocrática e mais célere, ampliando seu acesso à população³⁵.

Os Juizados Especiais Criminais são competentes para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo (art. 60). Pela redação original da lei, estes eram definidos como as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não excedesse um ano (art. 61); em 2001, a Lei nº 10.259 incluiu nessa categoria todos os crimes "a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa" (art. 2º, parágrafo único)³⁶, independentemente do procedimento ao qual se submetem. Apesar da aparente neutralidade do texto legislativo, a Lei nº 9.099/1995 engloba fundamentalmente violências dirigidas contra a mulher, tipificadas penalmente como crimes de ameaça e de lesão corporal, pois elas correspondem a "cerca de 60% a 70% do volume processual dos Juizados."³⁷

Com a criação dos Juizados Especiais Criminais, a esfera judicial passou a concentrar as atividades de mediação e conciliação antes exercidas pelas DDMs, restringindo seu campo de atuação – elas ficaram responsáveis apenas por lavrar os chamados Termos Circunstanciados de Ocorrência (art. 69) e encaminhá-los a juízo. Em consequência, perdeu-se um espaço de negociação no qual a mulher exercia o poder, visto que, em muitas situações, o mero registro de Boletim de Ocorrência – que em muitos estados deixou de ser feito, em função do art. 69³⁸ – era suficiente para obter o fim desejado, coagindo o agressor a conter seu comportamento agressivo. Nesse sentido, muitas mulheres, embora procurem a polícia, não têm interesse em submeter a conduta do agressor à apreciação penal, "temendo o risco de ver seus maridos/companheiros processados, julgados e condenados, razão pela qual não dão continuidade ao procedimento"³⁹.

³⁵ Pasinato define a descriminalização como a diminuição do âmbito de incidência do Direito Penal; a desinstitucionalização como a restrição da justiça formal aos casos de maior gravidade; e a despenalização como a redução das penas imputadas. No caso da Lei nº 9.099/1995, a despenalização se dá através da compensação civil, que extingue a punibilidade, da transação penal, que implica a adoção de penas alternativas, e da suspensão condicional do processo. *Ibid.*, pp. 235-237.

³⁶ Em 2006, a Lei nº 11.313 suprimiu essa definição do parágrafo único do art. 2º e inseriu-a no art. 61 da Lei nº 9.099/1995, que passou a vigor com a seguinte redação: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."

³⁷ CAMPOS; CARVALHO, 2006, p. 412.

³⁸ A interpretação do art. 69 da Lei nº 9.099/1995 não é unívoca. Enquanto para alguns doutrinadores a previsão de lavratura do TCO suprime a necessidade do Boletim de Ocorrência, para outros, implica a coexistência de ambos os instrumentos, de forma complementar. O resultado é a falta de padronização quanto ao seu uso. PASINATO, 2003, pp. 116/117.

³⁹ *Ibid.*, p. 119.

Em contrapartida, a Lei nº 9.099 prevê a necessidade de representação para que seja instaurada a ação penal, o que, à época, foi interpretado por parte do movimento feminista como um meio de influenciar a dinâmica de poder que permeia a relação da ofendida com o agressor em favor desta, além de significar a consideração de seus interesses pelo sistema de justiça (externalizados na audiência de conciliação). Nessa lógica, o elevado número de absolvições não poderia, por si só, ser interpretado como ineficácia dos mecanismos previstos ao combate à violência de gênero, na medida em que em muitas hipóteses o fim almejado podia ser obtido extrajudicialmente. Não obstante, para outra parcela do movimento, a forma como se concretizava a representação era um obstáculo à subversão das dinâmicas de poder, apenas aumentando a pressão exercida sobre a mulher. Nessa perspectiva, a própria audiência de conciliação se configurava como um momento de exposição da mesma, levando à reprivatização do conflito:

Na audiência preliminar, a conciliação mais do que proposta, era imposta pelo juiz, ensejando simples composição de danos. Não obtido o acordo, a vítima tinha o direito de representar. No entanto, esta manifestação era feita na presença do agressor, o que constringia a mulher e contribuía para o arquivamento de 70% dos processos. Mesmo feita a representação, e sem a participação da ofendida, o Ministério Público podia transacionar a aplicação de multa ou pena restritiva de direito.⁴⁰

Ponto de crítica unânime à Lei nº 9.099/1995 concerne à classificação puramente técnica dos crimes submetidos aos Juizados Especiais Criminais. Ao determinar a gravidade da ofensa com base na pena aplicável, e não no bem jurídico tutelado, qualificando os crimes de violência de gênero como "de menor potencial ofensivo", desconsideravam-se as especificidades de gênero que os atravessam. Em última instância, isso ocasionava sua banalização e negava o provimento de tutela adequada às mulheres. O verdadeiro potencial ofensivo dessas condutas era ignorado, pois não se levava em conta sua dimensão subjetiva (psicológica e emocional), nem sua habitualidade ou ainda a possibilidade de escalada da violência. Em última análise, negava-se a instrumentalidade de tais ações como "mecanismo de poder e de controle sobre as mulheres"⁴¹.

A banalização da violência era ainda reforçada pelas sanções cabíveis: o agressor não podia ser preso e, na maior parte das vezes, a pena limitava-se ao pagamento de multas ou cestas

⁴⁰ DIAS, 2010 apud BUENO, 2011, p. 132.

⁴¹ CAMPOS; CARVALHO, 2006, p. 414.

básicas. O caráter pecuniário das sanções desvalorizava-as, reforçando, em última instância, o "sentimento de não gravidade da conduta"⁴². Ademais, o agressor não perdia sua condição de primário, e era proibida sua identificação criminal.

Um segundo elemento unanimemente criticado é a passividade da mulher no processo, uma vez que a desigualdade entre as partes impossibilita a real conciliação com o agressor, havendo pouco ou nenhum espaço de discussão quanto aos termos da composição civil ou da transação penal⁴³. Nesse sentido, a proteção das instituições sociais (tais como a família e o casamento) é priorizada em detrimento dos direitos e liberdades da mulher.

Uma vez que a ofendida tem suas expectativas ignoradas e não está sob o abrigo de medidas protetivas, a intervenção penal não se reverte em benefício material a ela. Não se lhe assegura o direito de viver sem violência, já que as penas ou medidas alternativas atribuídas não dialogam com suas necessidades concretas. Logo, a Lei nº 9.099/1995 tem como principal resultado sua sobrevivitização:

O sistema penal inverte o ônus da prova, não escuta a vítima, recria estereótipos, não previne novas violências e não contribui para a transformação das relações hierárquicas de gênero nem para uma nova compreensão da própria lei penal.⁴⁴

Outros aspectos da lei criticados pela doutrina são a ausência de medidas voltadas à integridade física e emocional da ofendida, em desconformidade com as obrigações assumidas no âmbito das normas internacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres⁴⁵, e o tratamento discriminatório pelas autoridades policiais e judiciárias, em especial nos casos envolvendo relações conjugais, perpetuando assim a vitimização feminina. Em última instância, esses problemas, somados, colocam em xeque o objetivo ao qual a Lei nº 9.099/1995 se presta, a saber, a ampliação do acesso à justiça, na medida em que priva as mulheres do mesmo.

Na tentativa de corrigir esses problemas e ampliar a proteção contra a violência doméstica, a legislação infraconstitucional foi gradativamente modificada:

⁴² COUTO, 2016, p. 53.

⁴³ A passividade da mulher se verifica notadamente no caso da transação penal, na medida em que se desconsidera sua opinião sobre a adequação das condições aplicadas ao caso concreto. "As condições geralmente impostas não cessam a violência, muito menos previnem novos conflitos, porque não são acompanhadas de nenhuma medida protetiva à vítima", não respondendo, portanto, às suas reais necessidades. CAMPOS; CARVALHO, 2006, pp. 415/416.

⁴⁴ CAMPOS, 2001 apud PASINATO, 2003, p. 262.

⁴⁵ Cf., por exemplo, o artigo VII, "d", da Convenção de Belém do Pará.

- A Lei nº 9.807/1999 estabeleceu "normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas" (ementa);
- A Lei nº 10.455/2002 acrescentou ao art. 69 da Lei nº 9.099/1995 a medida cautelar de "afastamento [do agressor] do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima", em caso de violência doméstica. Além disso, previu a possibilidade de prisão em flagrante e de exigência de pagamento de fiança⁴⁶;
- A Lei nº 10.714/2003 previu a criação de um disque-denúncia específico para as denúncias de violência contra a mulher;
- A Lei nº 10.778/2003 estabeleceu a notificação compulsória "nos casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados" (art. 1º);
- A Lei nº 10.886/2004 tipificou a violência doméstica através da criação de uma nova modalidade de lesão corporal no art. 129 do Código Penal (§§ 9º e 10), em consonância com o art. 226, § 8º da Constituição.

Ademais, em 2003, foi criada a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), com *status* ministerial. Esta foi responsável pela elaboração, no ano seguinte, do I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, que fixou dentre os objetivos do órgão a prevenção e o combate à violência de gênero, bem como a assistência às ofendidas, fortalecendo assim a proposta de uma política nacional de enfrentamento a essa forma de violência.

Finalmente, em 7 de agosto de 2006, frente às críticas reiteradas do movimento feminista à Lei nº 9.099/1995 – que os avanços legislativos subsequentes não lograram sanar – foi promulgada a Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), destinada a combater a violência doméstica. Essa lei representou o ponto culminante do lento processo histórico de combate à desigualdade e à violência de gênero no Brasil. Como será explorado a seguir, ela foi o resultado de uma confluência entre diversos agentes da sociedade civil – em especial, o movimento feminista.

⁴⁶ Quanto a essa Lei, cabe ressaltar que, embora o texto faça referência direta à violência doméstica, a não conceituação da mesma esvaziou a norma. Cf. MATOS et. al. *In*: SEVERI et. al., 2020, p. 28.

5. O papel do *advocacy* feminista na elaboração e aprovação da lei Maria da Penha

Conforme analisado no capítulo 1, a Lei nº 9.099/1995, cujo objetivo era ampliar o acesso à justiça, ao mesmo tempo que propor processos mais céleres e sanções mais brandas, conferiu à violência de gênero um tratamento que se mostrou amplamente problemático. Para além de implicar sua banalização e enfraquecer as Delegacias de Defesa da Mulher, ela "centralizou o debate sobre a violência de gênero no rito processual e deixou de problematizar de forma mais profunda suas motivações e consequências."⁴⁷

A banalização da violência de gênero resultava diretamente da falta de sensibilidade da lei à carga simbólica da agressão quando inserida no contexto doméstico, familiar ou afetivo, razão pela qual a classificação desta como "crime de menor potencial ofensivo" era inadequada. Associada a ela estava a impunidade dos agressores, potencializada tanto pelas sanções como pelo fato de a Lei dos Juizados Especiais desconsiderar, ao propor métodos informais de resolução de conflitos, a relação de poder desigual que os permeia, ocasionando a aceitação de acordos contrários aos interesses das mulheres ou incapazes de pôr fim à violência⁴⁸. Em consequência, muitas delas deixavam de processar seus agressores.

Visando pôr fim à impunidade da violência de gênero, foi formado em 2002 um consórcio de organizações não-governamentais feministas cujo objetivo era redigir um anteprojeto de lei que tratasse especificamente da violência doméstica⁴⁹.

Inserindo-se em uma arena tradicionalmente dominada por uma ordem de gênero opressora às mulheres, as organizações feministas passaram a pleitear um lugar de fala que, até então, não lhes havia sido plenamente atribuído, através da articulação com os poderes Legislativo e Executivo e de pressão para que deixassem de se omitir com relação aos direitos

⁴⁷ COUTO, 2016, p. 54.

⁴⁸ Por essa razão, o Informe Hemisférico recomendou aos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) que fossem excluídos das legislações nacionais os dispositivos que permitissem o uso de mecanismos de conciliação. BARSTED. *In*: CAMPOS (org.), 2011, p. 32.

⁴⁹ Esse consórcio foi composto pelas seguintes organizações: CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria); ADVOCACI (Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos); AGENDE (Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento); CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação); CLADEM/BR (Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS), dentre outras feministas e juristas. INSTITUTO MARIA DA PENHA. Instituto Maria da Penha, 2018. *Quem é Maria da Penha*.

das mulheres. Em uma frente de ação internacional, algumas dessas organizações⁵⁰ mobilizaram-se inclusive para acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA quanto a essa inação no cerne do processo que versava sobre os crimes praticados contra Maria da Penha Fernandes por seu ex-marido⁵¹.

Com base na Convenção de Belém do Pará, a CIDH avaliou que houve, por parte do Estado brasileiro, "negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras". Dentre as recomendações feitas ao país está a adoção de medidas para fazer frente ao tratamento discriminatório às mulheres vitimadas pela violência de gênero, bem como à tolerância estatal do mesmo⁵².

Isso, aliado ao avanço da legislação internacional que resguarda os direitos das mulheres, atribuindo-lhes o *status* de direitos humanos, e, no plano interno, ao contexto democrático – no qual, ademais, já se vislumbra uma preocupação crescente, ainda que tímida, com aqueles –, constituiu um cenário favorável à aprovação de lei específica à proteção das mulheres contra a violência doméstica.

Após dois anos de intenso diálogo com os poderes públicos e com mulheres Brasil afora, o consórcio de organizações feministas apresentou à bancada feminista no Congresso e à Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres projeto de lei nesse sentido, o qual tramitou na Câmara dos Deputados sob o número 4.559/2004 e no Senado Federal sob o número 37/2006. Esse projeto foi aprovado por unanimidade em ambas as casas, resultando na promulgação da Lei nº 11.340 em 7 de agosto de 2006, nomeada "Lei Maria da Penha" como forma de reparar simbolicamente os danos causados a esta pelo Estado.

⁵⁰ CEJIL (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM.

⁵¹ Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por seu marido à época, Marco Antonio Heredia Viveros. Embora tenha sobrevivido aos crimes, ela ficou paraplégica. O julgamento ocorreu somente oito anos mais tarde, em 1991, e, embora Marco Antonio tenha sido sentenciado a 15 anos de prisão, através da interposição de recursos pela defesa, adiou-se o cumprimento da pena. Em 1996, houve novo julgamento, no qual Marco Antonio foi condenado a 10 anos e 6 meses de prisão. Contudo, mais uma vez ele permaneceu em liberdade. Em 1998, o caso foi levado à CIDH, culminando na advertência ao Brasil para completar o processamento penal de Marco Antonio; apurar a responsabilidade pelos atrasos injustificados no mesmo, aplicando as medidas administrativas e judiciais cabíveis; e reparar à vítima material e simbolicamente pelos danos sofridos. Durante todo o processo, o Estado brasileiro permaneceu omissivo. INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018; COUTO, 2016, p. 57.

⁵² Dentre elas, a sensibilização e capacitação dos policiais e profissionais judiciários; a simplificação dos procedimentos judiciais; a oferta de vias alternativas à solução efetiva dos conflitos – sendo que estas duas medidas prestam-se também a conferir maior celeridade aos processos –; a ampliação quantitativa das delegacias especializadas e medidas de cunho educativo. TERESI, 2017, p. 104.

Entre as fontes que lhe serviram de base figuram a legislação de direito internacional – em especial, a CEDAW e a Convenção de Belém do Pará –, as leis de violência doméstica de outros países latino-americanos, assim como a da Espanha, e a Constituição Federal de 1988. A Lei Maria da Penha vai ainda ao encontro das recomendações apresentadas ao Brasil pelo Comitê da CEDAW⁵³.

O *advocacy* feminista na elaboração e aprovação da Lei Maria da Penha é "um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público"⁵⁴, e sua participação enquanto sujeitos na construção da lei aponta ainda para a redefinição de sua posição no direito penal⁵⁵.

6. Conclusão

À luz do conceito de "gênero", as relações de poder desiguais entre mulheres e homens possuem um caráter histórico e, portanto, são passíveis de transformação. Ao longo do século XX, o Direito operou principalmente para preservar o *status quo*, como exemplificam a concessão tardia do direito ao voto às mulheres, sua inferioridade jurídica nas relações conjugais, a distinção entre mulheres "honestas" e "desonestas" a tese da legítima defesa da honra. No entanto, o movimento feminista, à medida que ganhou força, a partir dos anos 1960, passou a utilizar o Direito para induzir a transformação social, como ilustra a elaboração da Constituição Federal de 1988, fortemente influenciada pelo *advocacy* feminista.

Nesse contexto, tratados internacionais como a CEDAW (1979), a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993) e a Convenção de Belém do Pará (1994) exteriorizaram a violência de gênero como um problema atinente à esfera pública. No Brasil, uma de suas espécies teve particular apelo, unindo os movimentos das mulheres na demanda pela intervenção do Estado: a violência doméstica.

Uma primeira tentativa de oferecer às mulheres vítimas de violência doméstica atendimento especializado e multidisciplinar foram as Delegacias de Defesa da Mulher. Estas

⁵³ Essas recomendações foram redigidas com base em relatórios apresentados pelo Estado brasileiro a partir de 2002 e por organizações não-governamentais. Em linhas gerais, elas preconizam a eliminação de todas as formas de violência contra as mulheres, por meio de esforços conjuntos de todos os atores relevantes, para além da esfera governamental. Ademais, pregam a adoção de legislação específica ao combate da violência doméstica, bem como a criação de tribunais especializados. BARSTED, 2012, p. 103.

⁵⁴ Id. *In*: CAMPOS (org.), 2011, p. 15.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 9.

aumentaram a visibilidade daquelas, mas foram incapazes de suprimir a violência institucional. Em 1995, a Lei nº 9.099 atribuiu nova classificação jurídica à violência doméstica, de "crime de menor potencial ofensivo", sujeitando-a à competência dos Juizados Especiais Criminais. Isso ocasionou a banalização dessa forma de violência, além de intensificar a violência institucional contra as mulheres, razão pela qual a lei foi alvo de reiteradas críticas pelo movimento feminista.

Na tentativa de coibir a violência doméstica, a legislação infraconstitucional sofreu inúmeras modificações ao longo dos anos. Finalmente, em 7 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), específica sobre o tema, impulsionada pelo direito internacional dos direitos humanos, pelo contexto democrático e, ainda, pelas recomendações feitas ao Brasil pela CIDH diante de sua inação no julgamento dos crimes cometidos contra Maria da Penha Maia Fernandes. Essa lei foi o resultado de um processo de *advocacy* feminista, e caracteriza-se como o ponto culminante da legislação de combate à violência doméstica até então.

7. Referências Bibliográficas

BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha. *Revista EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), jan.-mar. 2012. pp. 90-110. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57.pdf>. Acesso em 5 mai. 2021.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. *Feminismo e direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/publico/Mariana_Guimaraes_Rocha_da_Cunha_Bueno_ME.pdf>. Acesso em 14 abr. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Revista de Estudos Feministas*, vol. 14, n. 2, 2006. pp. 409-422. Disponível em:



<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2006000200005/7756>>.

Acesso em 5 mai. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/lei_maria_penha_comentada_juridico_feminista.pdf>. Acesso em 14 abr. 2021.

COUTO, Maria Claudia Giroto do. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-18112016-163414/publico/MariaClaudiaGirottodoCouto_LeiMariadaPenhaePrincipiodaSubsidiariedade.pdf>. Acesso em 14 abr. 2021.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: PASCHOAL, Janaína (org.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. pp. 267-287.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Explosão Feminista*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. pp. 11-19.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Instituto Maria da Penha, 2018. *Quem é Maria da Penha*. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em 29 set. 2021.

MATOS, Myllena Calasans; BRITO, Priscila; PASINATO, Wânia. A nova Lei Maria da Penha: análise das alterações recentes da lei de enfrentamento à violência doméstica. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (org.). *Tecendo Fios das Críticas Feministas do Direito no Brasil II: novos olhares, outras questões*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. *Ebook*. Volume 2. pp. 22-73. Disponível em:

<<http://themis.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Tecendo-Fios-das-Cr%C3%ADticas-Feministas-ao-Direito-no-Brasil-II-%E2%80%93-Volume-2.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2021.

PASINATO, Wânia Izumino. *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

PASINATO, Wânia Izumino. Oito anos de Lei Maria da Penha: entre avanços, obstáculos e desafios. *Revista de Estudos Feministas*, vol. 23, n. 2, 2015. pp. 533–545. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38874/29353>>. Acesso em 5 mai. 2021.

PEREIRA, Francisco Jomário; ALVES, Bruno. *A possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha nas uniões homoafetivas*. In: XI Colóquio Nacional Representações de Gênero e Sexualidades, 2015, Campina Grande. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/editora/anais/conages/2015/TRABALHO_EV046_MD1_SA8_ID42_25032015110610.pdf>. Acesso em 13 jan. 2023. pp. 10/11.

PIMENTEL, Sílvia; CORTÊS, Iáris R.; BARSTED, Leila L.; LAVIGNE, Rosane M. R.; CRISÓSTOMO, Laina. Recuperando a Memória: a atuação das feministas na conquista dos direitos das mulheres e os desafios atuais para assegurar os direitos conquistados. In: Consórcio Lei Maria da Penha pelo Enfrentamento a Todas as Formas de Violência de Gênero contra as Mulheres (org.). *Tecendo Fios das Críticas Feministas do Direito no Brasil*. [S.l.], [2017?]. Ebook. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2019/09/tecendo-fios-das-criticas-feministas-ao-direito-no-brasil.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2021.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Nossa violência doméstica de cada dia: comentários à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006). *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 102, 2007. pp. 245-257. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67756/70364>>. Acesso em 14 abr. 2021.

SCOTT, Joan Wallach. Gender: A Useful Category of Historical Analysis. *The American Historical Review*, vol. 91, n. 5, 1986. pp. 1053–1075. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1864376>. Acesso em 03 set. 2021.

TERESI, Verônica Maria. La violencia de género en Brasil: un balance de la Ley "Maria Da Penha" (2006-2016). *Revista CIDOB D'Afers Internacionals*, n. 117, 2017. pp. 101–122. Disponível em: <https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/117/la_violencia_d_e_genero_en_brasil_un_balance_de_la_ley_maria_da_penha_2006_2016>. Acesso em 5 mai. 2021.

VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; SOUZA, Luciana Correa. A desigualdade de gênero na lei penal brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Criminal*, v. 4, n. 1, 2016. pp. 35-46. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65755>>. Acesso em 05 mai. 2021.

8. Referências Legislativas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL, Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 13 set. 2021.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 06 out. 2021.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm#art324>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL, Lei nº 11.340, 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 14 abr. 2021.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). 18 dez. 1979. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em 14 set. 2021.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (Convenção de Belém do Pará). 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>. Acesso em 14 set. 2021.

DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (Declaração e Programa de Ação de Viena). 1993. 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf>. Acesso em 14 set. 2021.

Direitos Humanos e Vítimas Vulneráveis: A reparação dos danos causados pelo crime nas situações de violência sexual, doméstica e feminicídio
Human Rights And Vulnerable Victims: Repairing the damage caused by crime in situations of sexual, domestic violence and femicide

Patrícia Pimentel de Oliveira¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O direito penal tem uma relevante função na proteção dos direitos humanos, notadamente quando estamos diante de vítimas vulneráveis. A tipificação penal de condutas violadoras (dos direitos à vida, integridade física e sexual) é apenas uma primeira etapa, que deve estar associada a uma eficiente investigação e persecução penal que, assegure, ao fim, uma punição criminal com uma reparação mínima aos danos sofridos pela vítima.

Palavras-chave: Vítimas vulneráveis; Reparação do dano; Esfera criminal

Abstract: Criminal law plays an important role in the protection of human rights, especially when we are dealing with vulnerable victims. The criminal typification of violating conducts (of the rights to life, physical and sexual integrity) is only a first step, which must be associated with an efficient investigation and prosecution that ensures, in the end, a criminal punishment with a minimum reparation to the damage suffered by the victim.

Key-words: Vulnerable Victims; Reparation of Damage; Criminal Sphere.

1. Introdução: Os direitos humanos e o dever de proteção estatal

Direitos humanos são os direitos inatos de que todos os seres humanos são titulares e devem ser respeitados num Estado Democrático de Direito, tais como o direito à vida,

¹ Doutora em Direito Penal pela UERJ. Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

integridade física e sexual. As regras de direitos humanos exigem dos Estados o dever de buscar prevenir as violações a esses direitos e punir os responsáveis, minimizando também os danos causados¹.

O direito penal tem uma grande relevância na proteção dos direitos humanos. É dever do Estado criminalizar condutas violadoras a esses direitos, indicando para a sociedade a intolerância com o comportamento violador, e apresentando diversas funções.

A primeira função é preventiva geral. Espera-se com a criminalização, com a tipificação da conduta, uma intimidação geral (função preventiva geral negativa), no sentido de que as pessoas se sintam ameaçadas pela punição, façam um cálculo mental de custo-benefício com a realização da conduta violadora da norma penal e optem por não violar direitos humanos. Também se espera que a sociedade, consciente da regra penal, entenda a importância do direito protegido, dos valores consagrados pelo ordenamento, internalizando-os socialmente (função preventiva geral positiva). A ideia é garantir a proteção antes da ocorrência da violação aos direitos, pela previsão legal dos crimes e sanções penais, com educação e campanhas de orientação, políticas públicas de prevenção, polícia ostensiva e divulgação de delegacias e locais de apoio.

Note-se que o Estado tem o dever de proteger os direitos humanos de forma negativa, ao não os violar, e de forma positiva, no sentido de impedir que os particulares violem os direitos humanos dos demais. Nesse sentido, o Estado pode ser condenado pela proteção insuficiente aos direitos humanos ao não investigar e punir adequadamente crimes praticados por particulares que violem os direitos humanos dos demais².

O Brasil assinou tratados internacionais de proteção de mulheres, crianças, idosos e deficientes que trazem, assim como a Constituição Federal, mandados de criminalização. Os mandados de criminalização impõem aos Estados um dever de previsão legislativa de punição criminal a condutas graves, como uma primeira etapa a ser cumprida pelo Estado na proteção dos direitos humanos. É dever do Estado brasileiro, por exemplo, tipificar como crime a relação

¹ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos em <www.revistadostribunais.com.br> acessado em 31/08/2015.

² Lembrando que no caso Maria da Penha Maia Fernandes, o Brasil foi reprovado perante a Comissão Interamericana por violação de direitos humanos em razão, basicamente, do descaso das autoridades e delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal contra o acusado em prazo razoável.

sexual entre um homem de 40 anos e uma criança de 8 anos, como decorrência de Tratados Internacionais assinados na proteção de crianças³.

E, considerando os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não basta a previsão de determinada conduta como crime, é necessário que os serviços de investigação e persecução penal sejam efetivos, com respeito aos direitos fundamentais do autor do delito e também da vítima, num equilíbrio entre garantismo e eficiência, no qual se permita a punição criminal. A investigação do crime precisa ser séria, sem delongas, resguardando as provas, com respeito às pessoas humanas envolvidas. Nem o autor do crime, e nem a vítima, podem ser submetidos a situações humilhantes, degradantes ou de desprezo. São ambos titulares de direitos fundamentais.

A segunda função da pena é a ressocialização (função preventiva especial positiva). A punição criminal não tem apenas uma ideia de retribuição do mal cometido (função retributiva), mas contribuir para a reflexão do violador, na tentativa de ressocializá-lo socialmente, além da ideia de neutralizar o seu comportamento (função preventiva especial negativa). Após a ocorrência do delito, frustrada a função preventiva geral positiva e negativa, é preciso que o Estado atue para punir o violador. É necessária uma investigação séria, efetiva para a punição dos agressores, mas também respeito e apoio às vítimas durante e após os procedimentos investigativos e persecutórios.

A ressocialização deve ser pensada não somente para o autor do delito, mas também para a vítima. As vítimas de crimes, especialmente as vulneráveis, precisam receber proteção estatal, tratamento psicológico, reparação dos danos sofridos (materiais e morais) pelo autor do delito e uma indenização subsidiária básica do Estado. Essa indenização subsidiária do Estado, notadamente para crimes dolosos e violentos (uma realidade em outros países) ainda não foi implementada no Brasil, mas se faz extremamente importante para custear o essencial, como o pagamento do transporte para a presença das vítimas nos tribunais para prestar depoimento, do funeral das vítimas de feminicídio, ajuda de custo para a sobrevivência de filhos e vítimas de violência doméstica, bem como tratamento psicológico diante de violência sexual.

³ Em 25 de maio de 2000, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança, que trata da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. O governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da ONU em 27 de janeiro de 2004; entrando em vigor para o Brasil em 27 de fevereiro de 2004.

2. Vítimas vulneráveis: a condição feminina

São consideradas vítimas vulneráveis⁴ aquelas cuja especial fragilidade resulte da sua idade (crianças e idosos), do seu estado de saúde (doentes), de sua deficiência, de condições de gênero (mulheres) e de condições de violência (vítimas da criminalidade violenta). São pessoas mais expostas e com dificuldade para sair de situações em que são vitimizadas.

O Guia Prático de Atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade, publicado pelo CNMP no ano de 2019 (página 10, capítulo 1), ressalta serem vítimas vulneráveis as vítimas de crimes graves, de criminalidade organizada, de tráfico de seres humanos, de violência de gênero, de terrorismo, de crimes de ódio, de violência sexual, portadoras de necessidades especiais ou em razão da idade.

Garcia-Pablos Molina⁵ assinala que as pessoas que sofrem agressões sexuais são as mais intensamente vitimizadas, visto que o estupro é um dos crimes mais traumatizantes e gera, de forma imediata, sequelas psicológicas⁶. Assim, dentre as vítimas vulneráveis, as vítimas de violência sexual estão no topo da pirâmides: são as mais vulneráveis, mais fragilizadas, sejam crianças, homens ou mulheres, por envolverem a intimidade do corpo, sequelas psíquicas e preconceitos culturais arraigados na sociedade.

Nota-se que a condição feminina se sobressai. Mulheres e meninas são as vítimas mais expostas a crimes sexuais, como um fenômeno global, bem como as mais vulneráveis no ambiente doméstico a violências físicas e mortes⁷.

A construção histórica do direito brasileiro indica de forma evidente a desigualdade feminina e as regras sexistas do nosso sistema legal. As Ordenações Afonsinas (1466), as Ordenações Manuelinas (1521), as Ordenações Filipinas (1603), o Código Criminal de 1830, o Código Criminal de 1890, o Código Civil Brasileiro de 1916 e o Código Penal de 1940 trouxeram regras claramente sexistas, que, embora revogadas, permanecem influenciando culturalmente nossa sociedade.

O adultério feminino punido com a morte fez parte de nossa legislação e, mesmo revogado, ainda perdurou culturalmente como justificativa para a “legítima defesa da honra”

⁴ Utilizamos também a orientação prevista no Estatuto da Vítima de Portugal (Lei 130/2015).

⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 8ª ed. Valencia (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2016, p. 149.

⁶ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. ob. citada, p. 150.

⁷ Atlas da Violência 2021. <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes> acessado em 14/02/2023.

de *feminicidas* nos Tribunais do Júri por todo o país. As Ordenações Afonsinas previam que no caso de adultério praticado “sem consentimento da mulher”, ou seja, um estupro, o homem seria castigado em respeito ao laço matrimonial e ao direito do marido, sem qualquer consideração em relação à liberdade sexual da esposa⁸. As Ordenações Manuelinas continham disposições bastante semelhantes às repetidas posteriormente nas Ordenações Filipinas, que traziam uma extensa série de disposições sobre o adultério feminino, punido com a morte. A legislação impunha ao marido o dever de zelar pela fidelidade de sua mulher, sob pena de humilhação pública e degredo perpétuo⁹, o que evidencia questões culturais que constrangiam o homem a “controlar” a esposa, ser responsabilizado pelo comportamento desta e ser estigmatizado como “cornos”, fomentando situações de violência doméstica que perduram até os dias de hoje.

No Código Imperial o casamento substituíra a pena de degredo prevista nas Ordenações Filipinas para o estuprador e para o sedutor. Pontua Luciano Rocha Pinto¹⁰ que uma menor de dezessete anos estaria fora do mercado de casamentos se não fosse virgem, mas casando-se com o agressor estava reparado o crime, e caso não fosse possível o casamento, degredava-se o transgressor para minimizar a vergonha, exigindo-se o dote.

O art. 216, inciso IV do Código Civil de 1916 (em vigor até 2002, embora em desuso por décadas) previa a possibilidade do marido anular o casamento em caso de defloração anterior da esposa. De acordo com o artigo 242 do mesmo Código, a mulher casada não podia, sem autorização do marido, aceitar ou repudiar herança, aceitar tutela, curatela ou outro múnus público, litigar em juízo civil ou criminal ou mesmo exercer profissão.

O artigo 215 do Código Penal de 1940 estabelecia que era crime “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”, dando conotação distinta a uma “mulher honesta” e a um “homem honesto”¹¹. A expressão mulher honesta somente foi excluída em 2005 (Lei 11.106). O artigo 107, VII do Código Penal, até o advento da Lei 11.106/2005, determinava que a punibilidade seria extinta se aquele que praticou determinados “*crimes contra os*

⁸ ESPÍNOLA, Rodrigo. FUKS, Betty B. *Psicanálise e Direito: um estudo sobre violência doméstica*. www.seer.unirio.br/index.php/psicanalise-barroco/article/view/9211 acesso em 30/08/2019

⁹ ESPÍNOLA, Rodrigo. *Obra citada*.

¹⁰ PINTO, Luciano Rocha. *Sobre a arte de punir: ensaio sobre o Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012, p. 87.

¹¹ Homem honesto é aquele que paga suas contas, honra sua palavra, sem qualquer conotação sexual. Mulher honesta seria aquela sem liberdade sexual: não sendo casada, não transa, e se casada, transa apenas com o marido. Assim, não estaria sob a proteção legal as prostitutas, as adúlteras, as que transam antes do casamento, etc.

costumes” (incluído o estupro) se casasse com sua vítima. Até mesmo o casamento da vítima com terceiro poderia acarretar a extinção da punibilidade em determinadas circunstâncias (artigo 107, VIII do Código Penal). O crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal, que praticamente somente criminalizava mulheres, também só foi revogado no Brasil em 2005 (Lei 11.106).

Somente em 2006, após a assinatura de alguns tratados internacionais, como a Convenção de Belém do Pará e a reprovação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi que a Lei 11.340 - Lei Maria da Penha –entrou em vigor. O Brasil, com esta lei, passou a ter uma legislação específica para a violência doméstica, que traz destaque e proteção de mulheres vítimas, garantindo-lhes vários direitos, e impedindo a aplicação das medidas despenalizantes da Lei 9.099/95 (art. 41). Foram criadas medidas protetivas de urgência com a finalidade de minimizar a reiteração da prática criminosa, proibir o acusado de se aproximar da vítima e manter contato com ela.

No ano de 2015, a Lei 13.104 criou a figura do *feminicídio*, aumentando a pena do homicídio praticado contra a mulher quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, VI do Código Penal).

Verifica-se, assim, um cuidado maior com as mulheres para retirá-las de situações de violência fomentadas por questões culturais, sociais e econômicas.

3. Vítimas vulneráveis: a questão infantil

Em relação à proteção de vítimas crianças, a legislação atual também reconhece a sua maior vulnerabilidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, prevê a comunicação obrigatória às autoridades competentes de maus tratos pelos estabelecimentos de saúde e educação (art. 13, art. 56 e art. 245), reconhecendo o risco que crianças sofrem no ambiente doméstico, pois justamente aqueles que deveriam cuidar, agem com violência.

Essa preocupação com a proteção de crianças contra abusos é um fato recente na história mundial. O *pater familias* tinha o direito de vida e morte sobre os filhos no Direito Romano¹², e a submissão de crianças ao *pátrio poder*, com a tolerância a castigos físicos imoderados na educação se fez presente ao longo de toda a história, ressaltando-se que crianças eram tratadas

¹² ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 266.

como pequenos adultos durante a Idade Média¹³. O fato é que a partir da década de 1960, os maus tratos passam a ser classificados como um trauma específico¹⁴, reconhecido em 1961 pela Academia Americana de Pediatria com a nomenclatura “Síndrome da Criança Espancada” e a preocupação com estes passa a ser considerada um problema social grave em praticamente todos os países do mundo. A violência sexual contra crianças, como espécie de maus tratos, passa a ser combatida de forma mais enérgica, eis que se reconhece que o abuso e a violência sexual causam graves danos às vítimas, com grande probabilidade do desenvolvimento de psicopatologia grave, perturbando a evolução psicológica, afetiva e sexual¹⁵.

A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece em seu art. 3º, a necessidade do cumprimento de padrões de qualidade nos serviços encarregados do cuidado e proteção das crianças. O art. 12 garante o direito da criança ser ouvida e expressar suas opiniões em procedimentos e processos judiciais. O art. 19 assegura o direito da criança ser protegida contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração sexual, incluídos os procedimentos para a identificação e investigação de crimes, garantindo-se tratamento e acompanhamento posterior. O art. 39, por sua vez, determina que a recuperação física e psicológica, bem como a reintegração social de toda criança vítima, seja assegurados.

O Brasil assinou o protocolo facultativo que determina a criminalização de várias condutas que envolvem venda, abuso e exploração sexual de crianças e cumpriu o compromisso internacional, criminalizando tais condutas (art. 217-A, art. 218, art. 218-A, art. 218-B, art. 218-C, todos do Código Penal, e art. 240, art. 241, art. 241-A, art. 241-B, art. 241-C, art. 241-D, art. 241-E e art. 244-A, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente). Foram cumpridas, assim, pelo Estado brasileiro, a primeira etapa decorrente dos mandados de criminalização para

¹³ ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. 2ª ed. LTC, 2006, p. 99.

¹⁴ DOERNER, G. William. LAB, Steven P. Victimology. 8a ed. New York: Routledge, 2017, p. 295.

¹⁵ FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérqamo. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. Fractal: Revista de Psicologia, v. 27, n. 2, p. 139-144, maio-ago. 2015. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-0292/805>. A pessoa, ao ser tratada como coisa, objeto usado pelo outro nos delitos sexuais, experimenta um sentimento de coisificação que pode gerar danos psicológicos graves: sintomas psicóticos, isolamento social, sentimentos de estigmatização, quadros fóbicos-ansiosos, obsessivos-compulsivos, medo constante, fobias, depressão, distúrbios do sono, humilhação, vergonha, tentativas de suicídio, transtornos psiquiátricos como dissociação afetiva, cognição distorcida, pensamento ilógico, abuso de álcool e outras drogas, disfunções sexuais e etc (DAY, V. P. et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 25, suppl. 1, p. 09-21, 2003..

reprovar condutas graves praticadas contra crianças. Mas não basta para a proteção dos direitos humanos.

A criminalização de condutas nocivas contra crianças precisa ser acompanhada de medidas efetivas para a responsabilização dos agressores, nem sempre alcançada em razão de falhas na investigação criminal. A Lei 13.431/2017, buscando a eficiência na apuração de crimes cometidos contra crianças, deu destaque a uma escuta especializada das vítimas na rede de proteção, minimizando as situações de vitimização secundária. A criança tem o direito de ser ouvida por profissionais capacitados e treinados, em ambiente acolhedor, e que seu depoimento seja gravado para que sirva como prova criminal, evitando novos depoimentos. O art. 5º de referida lei, dentre outros direitos de proteção e respeito à dignidade da vítima, garante ainda, no inciso XII, o direito da criança a ser reparada quando seus direitos forem violados. Essa reparação é deveras importante para assegurar condições mínimas de sobrevivência e tratamento psicológico.

4. O dano moral na esfera criminal diante de crimes sexuais e de violência doméstica

A Resolução 40/34 de 1985 da ONU, que trata sobre os direitos das vítimas de criminalidade, traz a orientação no sentido de que os Estados, quando haja a ocorrência de um crime, assegurem às vítimas o direito a reparação dos danos causados, a ser pago pelo próprio autor do fato, e uma indenização subsidiária pelo Estado.

A ausência de reparação dos danos e indenização para vítimas mulheres e crianças, em razão da maior vulnerabilidade e reincidência vitimal nas situações de violência doméstica e sexual, pode figurar, quando ausente suporte financeiro para sobrevivência, fator para que o registro criminal não seja realizado ou, ainda que haja este, influencie para que as vítimas permaneçam em silêncio, dificultando o prosseguimento da ação criminal, conquanto os crimes

de lesão corporal em situação de violência doméstica¹⁶ e o abuso sexual de crianças sejam crimes de ação penal pública incondicionada¹⁷.

O Estado brasileiro, de uma maneira geral, somente tem indenizado vítimas quando o autor do crime é um agente estatal, deixando as demais sem qualquer ressarcimento, mesmo quando são vítimas de crimes graves e brutais.

As vítimas de crimes devem ser tratadas com respeito e dignidade, cabendo ao Estado investigar o crime cometido e estimular comportamento responsável pelo autor do delito para a reparação do dano causado, com a ideia de que a vítima seja beneficiada, não deixando as vítimas de crimes desamparadas, notadamente crimes graves.

Em relação à reparação do dano pelo autor do fato, é possível verificar um grande avanço da legislação brasileira, dando cumprimento à Resolução 40/34 da ONU¹⁸, mas uma grande resistência da comunidade jurídica.

A eficiente e justa atuação da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário diante do *ius puniendi* estatal afigura-se “*um direito social constitucionalmente assegurado*”¹⁹, que não se limita à aplicação de uma pena restritiva da liberdade, muitas vezes em regime aberto ou suspensa. Um sistema penal de um Estado Democrático de Direito deve aceitar a diversidade de respostas ao delito de acordo com a sua gravidade, e incluir a reparação do dano na esfera criminal. Nesse sentido, o art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal, determina que seja fixado, na sentença condenatória, “o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração”, considerando os prejuízos sofridos pela vítima. A reparação do dano causado à vítima

¹⁶ EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LESÃO CORPORAL. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. 1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada. Precedentes: ADC 19/DF e ADI 4.424/DF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. RE 691135 AgR/ MG. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento: 14/04/2015. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 06-05-2015 PUBLIC 07-05-2015)

¹⁷ Art. 225 do Código Penal.

¹⁸ Redução da pena pela reparação do dano: art. 16 e art. 65, III, b do Código Penal. Reparação do dano como pressuposto para a transação penal ou suspensão do processo: Lei 9099/95. Substituição da pena pela reparação (pena pecuniária como restritiva de direitos): art. 43, I e 45§1º do CP. Reparação como efeito da condenação: art. 91, I do CP, art. 29 da LEP, art. 387, IV do CPP. Reparação do dano como condição para benefícios penais: art. 78§2º, art. 83, IV e 94, III do CP.

¹⁹ LIMA, Márcio Barra. A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de Auxílio à Atividade Estatal de Persecução Criminal em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ Bruno Calabrich; Douglas Fischer; Eduardo Palella, organizadores. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 318.

não é uma questão de interesse exclusivo privado, conforme ressalta Pablo Galain Palermo²⁰, mas guarda relação com o dano social causado pelo delito, atendendo à orientação da Resolução 40/34 da ONU²¹. A reparação mínima desses danos na esfera penal precisa fazer parte da cultura jurídica, como uma primeira etapa na ressocialização e reparação da vítima, pois já prevista na nossa legislação e reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça nas situações de violência doméstica, em que o dano moral é presumido, conforme jurisprudência consolidada através do Recurso Repetitivo 983.

Pode não ser possível ao Estado evitar todos os crimes que aconteçam, mas é preciso dar a devida atenção aos crimes graves, notadamente aos crimes de estupro, principalmente que envolvam crianças. Assinala Georg Fletcher²²:

But as to serious crimes of violence, those based on aggression against innocent victims, the obligation of the society is, at least in principle, to repress all violations. (...) No public official could defend a high rate of crimes of violence on the ground that it would be too expensive to try to prevent their occurrence. (...) Risks are inherent both in organized society and in the criminal justice system. At the level of public rhetoric, however, we can accept the idea that it might be too expensive to prevent all accidents but we cannot make the same argument to the victims of rape, child abuse, or other crimes of violence.²³

Ainda que a vítima possa solicitar a execução ou complementação da reparação no juízo cível (art. 63 do CPP), não é razoável que as vítimas, fragilizadas, tenham que procurar o juízo cível e terminem não sendo indenizadas em razão da prisão e miserabilidade dos agentes criminosos. E é justamente em relação aos crimes violentos, aqueles que causam dor e sofrimento, que a questão se coloca com maior complexidade.

²⁰ PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño a la víctima del delito. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 73

²¹ Resolução 40/34 da ONU. Item 8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, *reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indenização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos.* Item 9. Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a *fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais*, para além das outras sanções penais.

²² FLETCHER, Georg P. The Grammar of Criminal Law. New York: Oxford University Press. 2007, p. 60.

²³ Tradução livre: Porém, em relação aos crimes graves praticados com violência, aqueles baseados em agressões contra vítimas inocentes, a obrigação da sociedade é, ao menos, em princípio, reprimir todas as violações (...) Nenhuma autoridade pública pode defender um alto patamar de crimes violentos sob a alegação de que seria muito caro tentar prevenir que ocorressem (...) Riscos são inerentes tanto para a sociedade quanto para o sistema criminal. No nível da retórica, todavia, podemos aceitar a ideia que seja muito caro prevenir todos os acidentes, mas não podemos ter o mesmo argumento para vítimas de estupro, abuso de crianças e outros crimes violentos.

Conforme ensina Jorge Trindade, a vítima de abuso sexual aprende uma sexualidade confusa e que traz consequências para sua vida adulta²⁴. Essas sequelas também são mencionadas por outros autores, eis que é ponto praticamente pacífico na ciência que o abuso e a violência sexual causam danos às vítimas, perturbando a evolução psicológica, afetiva e sexual²⁵.

Não é incomum que vítimas de crimes graves necessitem de acompanhamento psicológico para superar o trauma vivenciado, apresentem fobias e tenham dificuldades de relacionamento. Esses aspectos não patrimoniais causados pelo delito devem ser reparados a título de danos morais. Nossa legislação reconhece a possibilidade da reparação dos danos morais, que durante longos anos foi considerado não indenizável²⁶. A dificuldade de se fazer uma avaliação monetária do dano moral foi, certamente, um dos fortes argumentos para que o dano moral fosse raramente reconhecido em nosso País até a promulgação da Constituição de 1988²⁷.

Os danos morais estão protegidos pela Constituição Federal no art. 5º, inciso X²⁸. Além do dano moral estar assegurado na Constituição Federal, a melhor doutrina ensina que o dano moral deve ser entendido como ofensa à cláusula geral da tutela da pessoa humana (art. 1º, III da CF), *in verbis*:

²⁴ TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito. Porto Alegre: Manual do Advogado, 2014, p. 423/427.

²⁵ FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérغامo. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. Fractal: Revista de Psicologia, v. 27, n. 2, p. 139-144, maio-ago. 2015. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-0292/805>.

²⁶ VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no Direito Brasileiro. 4ª ed. Campinas (SP): E.V. Editora Ltda. p. 14: “Em diversas manifestações, nas quais apenas vez ou outra, pontificavam, como exceção, os brilhantes votos vencidos dos Ministros PEDRO LESSA e OROZIMBO NONATO, o Supremo Tribunal Federal, demonstrando uma certa impermeabilidade à tese dos positivistas, que já era francamente vitoriosa nos países mais adiantados do Velho Continente e que recebia acolhida em muitos países do Novo Mundo, mantinha-se fiel ao entendimento de que “o dano moral não é indenizável (“Revista Forense” 45/521), pois “só é indenizável o dano material, não sendo o moral, por insuscetível de avaliação” (“Revista de Direito” 64/498).”

²⁷ VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no Direito Brasileiro. Ob. Citada, p. 42.

²⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominante tem como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos. Isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais entre outros. O dano é ainda considerado moral, quando os efeitos da ação embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia a dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana²⁹.

No caso da prática de crimes graves e violentos, o dano moral é ínsito ao fato, é dizer, *in re ipsa*, já que fere direitos personalíssimos. O Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência consolidada sobre a presunção de dano moral³⁰ nas hipóteses de violência em âmbito familiar³¹, ressaltando que a reparação mínima prevista no art. 387, inciso IV do Código

²⁹MORAES, Maria Celina Bodin. Dano à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157- 158.

³⁰PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. DEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Inexiste ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida em obediência ao art. 932 do Código de Processo Civil - CPC e art. 3º do Código de Processo Penal - CPP, por se tratar de recurso que impugnava o julgado contrário à jurisprudência desta Corte. Ademais, o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada. 2. A reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser deferida sempre que requerida e inclui também os danos de natureza moral. 3. "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia e independentemente de instrução probatória (Resp n. 1675874, Rel.Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 28/2/2018, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, Tema 983). 4. Agravo regimental desprovido.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo AgRg no REsp 1687660 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2017/0190823-6. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. 5ª Turma. Julg. 24/04/2018. DJ 11/05/2018).

³¹RECURSO REPETITIVO Tema 983AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AFRONTA AO ART. 387, IV, DO CPP. DANO MORAL IN RE IPSA. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO OU DA PARTE OFENDIDA. DEFESA OPORTUNIZADA. TESE JULGADA EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de reparação por dano moral, a violação de direitos da personalidade nem sempre é facilmente demonstrada/comprovada. Ademais, a dor e o sofrimento, conforme doutrina mais moderna, não são imprescindíveis ao dano moral. Eles são, na verdade, apenas decorrências do dano, que podem ou não ocorrer. *Por isso, a jurisprudência e a doutrina trabalham com a idéia de dano moral presumido (in re ipsa).* 2. *"A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se in re ipsa. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo."* (AgRg no REsp 1.626.962/MS, Rel. SEXTA

de Processo Penal inclui tanto o dano material quanto o dano moral³², sendo necessário pedido expresso pelo Ministério Público ou pela vítima, garantindo o contraditório³³ (Recurso repetitivo Tema 983).

TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 16/12/2016). 3. In casu, observe-se que a presunção do dano é medida bastante razoável, até porque a abertura de instrução específica para comprovação dos danos morais, no caso, não seria profícua. Portanto, havendo pedido na inicial acusatória, é certo que o réu teve oportunidade de oferecer resposta à acusação e combater o pedido indenizatório. Mesmo que não tenha exercido o seu direito, não houve prejuízo à ampla defesa nem ao contraditório, pois lhe foi facultada a oportunidade de contestar. 4. Registre-se, ainda, que no caso específico de dano moral decorrente de violência doméstica, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.675.874/MS e 1.643.051/MS, ambos de Relatoria do em. Min. Rogério Schietti e submetidos ao rito dos recursos repetitivos, que "nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória." (Tese). 5. Agravo regimental não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo AgRg no REsp 1675698 / MS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2017/0134643-2. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS. 5ª Turma. Julg. 22/05/2018. DJ 30/05/2018.)

³²PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. ARBITRAMENTO A TÍTULO DE DANO MORAL. POSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção deste Sodalício, no julgamento do REsp 1675874/MS, submetido ao rito dos repetitivos, assentou tese segundo a qual "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória". (REsp 1675874/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018) 2. Agravo regimental desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo AgRg no REsp 1688041 / MS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2017/0194367-5. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. 5ª Turma. Julg. 17/04/2018. DJ 27/04/2018).

³³RECURSO REPETITIVO Tema 983. RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART.1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência

O Estado Brasileiro, ao incluir na legislação processual penal a obrigação de constar da sentença condenatória o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração, trata a questão como de ordem pública e não de caráter privado ou particular, com vistas a unificar a questão num único juízo, evitando a vitimização secundária e reconhecendo efeitos restaurativos/reparatórios na punição criminal. O interesse na reparação mínima dos danos é de toda a sociedade e não somente da vítima.

doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o ônus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1675874 / MS RECURSO ESPECIAL. 2017/0140304-3. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 3ª Seção. Julg. 28/02/2018. DJ 08/03/2018). Insta ressaltar as palavras do Ministro Felix Ficher no seu voto vista: "(...) a simples relevância de haver pedido expresso na denúncia, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, ao meu ver, é bastante para que o Juiz sentenciante, a partir dos elementos de prova que o levaram à condenação, fixe o valor mínimo a título de reparação dos danos morais causados pela infração perpetrada, não sendo exigível produção de prova específica para aferição da profundidade e/ou extensão do dano. O merecimento à indenização é insito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar. O dano, pois, é *in re ipsa*. A reforma do processo penal, ao prever a regra do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, autorizando o juiz a fixar valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal, teve, dentre outros objetivos, remodelar o papel da vítima no processo. O lesado passou a ter seus interesses (patrimoniais e extrapatrimoniais) tutelados, ainda que de modo parcial e acessório. Essa tendência de 'reposicionamento' da vítima se reflete na preocupação do sistema penal também com a responsabilidade civil (...). E tal caminho vem sendo reiteradamente acolhido por esta Corte Superior, ao admitir, tanto a fixação de danos morais na sentença penal condenatória, como a dispensa da exigência de quantificação do montante pretendido por ocasião do pedido, até mesmo para se evitar o desvirtuamento da finalidade precípua da ação penal, que diz respeito a elucidação da infração penal propriamente dita."

Não mais faz sentido transferir toda a questão para o juízo cível, uma vez que é necessário constar da sentença penal condenatória um mínimo de reparação para fins de execução da pena. Cabe ao juízo criminal fazer constar na sentença condenatória o valor mínimo da reparação dos danos a fim de que, na execução da pena, possa ser exigido o trabalho do preso com essa finalidade, conforme disposto na Lei de Execução Penal³⁴.

A Lei Estadual 4.984/2007 do Rio de Janeiro, em acréscimo, no art. 1º, inciso III, ao disciplinar a remuneração do trabalho no estabelecimento prisional, dispõe que 20% (vinte por cento) da renda auferida pelo apenado será destinada à indenização dos danos causados pelo crime desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios³⁵.

Assim, nota-se pela interpretação sistemática da legislação, que o art. 387 do Código de Processo Penal dá exequibilidade a deveres já expressamente previstos no Código Penal (art. 91, inciso I) e na Lei de Execução Penal (art. 29, 31 e 39), devidamente integrados à legislação fluminense.

5. Indenização subsidiária pelo Estado

Natalia Pérez Rivas³⁶ ressalta que a articulação de um sistema de compensação estatal tem basicamente dois fundamentos: o primeiro, uma responsabilidade patrimonial do Estado derivada do incorreto funcionamento de seus serviços que não evitaram o fato delituoso,

³⁴Lei de Execução Penal: Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário-mínimo. §1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a-) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; (...). art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; (...) VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;”

³⁵Lei Estadual 4984/2007. Art. 1º - Para efeitos de cumprimento do artigo 29 da Lei nº 7.210/84, a remuneração do trabalho realizado pelos apenados no sistema penitenciário estadual será distribuída segundo os parâmetros abaixo definidos: I – 40% (quarenta por cento) destinados às despesas pessoais do preso; II – 20% (vinte por cento) destinados à assistência à família do preso; III – 20% (vinte por cento) destinados à indenização dos danos causados pelo crime, quando determinados judicialmente e não reparados por outros meios; IV – 5% (cinco por cento) para o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado; V – 15% (quinze por cento) destinados à constituição de pecúlio.

³⁶RIVAS, Natalia Pérez. El nuevo régimen de ayudas e indemnización a las víctimas del terrorismo in Hacia un sistema penal orientado a las víctimas, p. 164.

devendo assumir, em consequência, o fracasso de sua política preventiva; o segundo, como uma manifestação dos princípios de solidariedade social e equidade³⁷.

Os danos extrapatrimoniais são muito mais relevantes que os danos patrimoniais. As vítimas de crimes dolosos e violentos devem receber prioridade de reparação quanto aos danos sofridos, cabendo ao Estado adiantar tais valores para garantir, desde logo, um funeral digno para as vítimas de homicídio/feminicídio, ajuda de custo para a sobrevivência dos filhos de uma vítima de feminicídio e de violência doméstica, além de tratamento psicológico para as vítimas de crimes sexuais.

É do interesse de toda a sociedade a reprovação da conduta criminosa e que os danos extrapatrimoniais sofridos por vítimas de crimes violentos sejam minimamente ressarcidos. A compensação estatal para vítimas de delitos violentos ou contra a liberdade sexual são preocupações mundiais³⁸.

A Resolução 40/34 da ONU indica que os Estados, quando a reparação do dano não puder ser efetivada pelo próprio autor do fato, assegurem uma indenização subsidiária nas hipóteses de crimes graves que causem danos físicos ou mentais. O artigo 12 dispõe que quando não seja possível obter do autor do delito ou de outras fontes uma indenização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indenização financeira: a) às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de atos criminosos graves; b) à família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização.

Nas situações em que existem vítimas especialmente vulneráveis, uma indenização paga pelo Estado de forma certa e antecipada à condenação final do crime pode facilitar a ruptura de um ciclo de violência e agressão, minimizando danos psicológicos.

³⁷ A autora aproveita para citar: FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima em el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, p. 522; GOODEY, J., *Victims and Victimology, policy and practice*, Ed. Longman, New York, 2005, pp. 141-142; ROIG TORRES, M., *La Reparación del daño causado por el delito: (aspectos civiles y penales)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 338, nota 117; MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., *El resarcimiento estatal de daños causados por bandas y grupos armados*. Tesis Doctoral, 1996, pp. 93-118; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño*, em *la Victimología*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1993, P. 302; LEANDROVE DÍAZ, G., *Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 72-73)

³⁸ HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 158.

A indenização paga pelo Estado aos crimes dolosos e violentos adquire cada vez mais importância. Conquanto o art. 245 da Constituição Federal determine que a lei regulamentará as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso³⁹, a questão ainda não foi regulamentada.

O artigo 13 da Resolução 40/34 da ONU estabelece que será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indenização às vítimas. É praticamente um dos únicos pontos de Resolução 40/34 da ONU que não foi incorporado na legislação brasileira, pois não temos lei específica de indenização às vítimas de crimes, em que pese haver a menção sutil na Lei Complementar 79/94, ao estabelecer no art. 3º, IX, que os recursos do Fundo Penitenciário serão aplicados em programa de assistência às vítimas de crime⁴⁰.

O Brasil não vem cumprindo a orientação da Resolução 40/34 da ONU de garantir uma indenização do Estado às vítimas de criminalidade gravosa. A indenização no Brasil não decorre de lei genérica a todos os ofendidos por crimes dolosos e violentos, seguindo parâmetros equânimes que assegurem um enterro digno, acrescida de despesas médicas e de tratamento psicológico, como tem sido praxe na Europa e Estados Unidos⁴¹.

³⁹ Art. 245 da Constituição Federal: A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

⁴⁰ A Lei Complementar 79/1994 cria o Fundo Penitenciário Nacional e prevê que os recursos sejam aplicados em programas de assistência às vítimas de crimes (art. 3º, inciso IX).

⁴¹ Indenizações a vítimas de crimes nos Estados Unidos seguem parâmetros estabelecidos por regras gerais e as informações são de fácil acesso na internet (www.victimsofcrime.org). Garante-se, no mínimo, numerário para o funeral, despesas médicas e tratamento psicológico. Na Europa, existe uma Directiva 2004/80/CE que assegura indenização às vítimas de crimes dolosos e violentos num sistema de cooperação para facilitar o acesso à indenização às vítimas de criminalidade nas situações transfronteiras. Em Portugal, as informações para indenização a vítimas de crimes constam do site www.apav.pt da associação portuguesa de apoio a vítima.

A ideia da indenização não é novidade no Brasil. Eduardo Mayr⁴² e Antonio Scarance Fernandes⁴³ já defendiam, em trabalhos publicados em 1990, o dever do Estado indenizar vítimas de crime.

A ideia de indenização em favor da vítima também pode se dar através de “ressarcimento securitário”, com caráter social e humanitário, através de seguros, tal qual ocorre com o seguro obrigatório automobilístico (seguro DPVAT) ou através de Fundos, com recursos provenientes de multas⁴⁴. Fundos de reparação de danos já são conhecidos no direito brasileiro, como o previsto na Lei 7.347/85 (fundo para indenizações no setor ambiental e patrimônio histórico) e na Lei 8.078/90 (fundo para indenizações ao consumidor).

Tramitam no Congresso Nacional alguns Projetos de Lei tratando a respeito de vítimas e reparação/indenização a ser paga pelo Estado, mas nada ainda aprovado⁴⁵.

⁴²MAYR, Eduardo. Atualidade Vitimológica. in Vitimologia em debate. Org. Ester Kosovski, Eduardo Mayr, Heitor Piedade Jr./et al./- Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 11-23: “*Como medida de urgência, todas as nações devem considerar o estabelecimento de sistemas estatais de indenização às vítimas de crime e devem procurar atingir o máximo de eficiência na aplicação dos sistemas existentes e naqueles que podem ser criados (...) Como todos nós abdicamos em favor do Estado nossa defesa pessoal e segurança, não podendo ser feita justiça pelas próprias mãos, e como o Estado não garantiu a ordem da qual é guardião e que se propôs preservar em nome da coletividade, será razoável entender-se que haveria que arcar com os ônus de sua culpa, ao menos, in vigilando.*”

⁴³Antonio Scarance Fernandes escreveu, junto com Oswaldo Henrique Duek Marques, um artigo sobre O Estado na Reparação do Dano discorrendo a respeito da evolução histórica da reparação do dano, aspectos penais e a legitimidade do Ministério Público para pleitear a reparação do dano (FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na Reparação do Dano: A Vítima de Crime em Vitimologia, Enfoque Interdisciplinar organizado pela professora Ester Kosovski, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Vitimologia, UFRJ, 1994, p. 127 a 142)

⁴⁴Garcia-Pablos de Molina, Antonio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos/Antonio Garcia-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2 ed. rev. Atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 460.

⁴⁵O Projeto de Lei do Senado (PLS) 269/2003, que depois recebeu novo número, o Projeto de Lei (PL) 3503/2004, apresentado pelo Senador José Sarney, define direitos de vítimas de ações criminosas e regulamenta o artigo 245 da Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV), além de outras providências. O Projeto de Lei (PL) 5019/2013 apresentado pelo então Deputado, atual Senador, Jayme Campos de Mato Grosso, cria o Fundo Nacional de Amparo às Mulheres Agredidas (FNAMA), com o objetivo de permitir uma ajuda financeira para as vítimas mulheres de violência doméstica durante 12 meses. O Projeto de Lei (PL) 7371/2014 cria o Fundo Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, com o objetivo de financiar variados serviços e programas de proteção à mulher. O Projeto de Lei (PL) 1.692/2015, que depois recebeu novo número, Projeto de Lei (PL) 1.242/2019, proposto pela então Deputada, atual Senadora, Mara Gabrielli de São Paulo, também regulamenta o art. 245 da Constituição Federal, tratando a respeito dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, e criando o auxílio vítima, na forma de benefício da Previdência Social, na quantia de um salário mínimo e meio aos beneficiados. Faz alterações na Lei Orgânica de Assistência Social para incluir o auxílio às vítimas mencionadas. O Projeto de Lei do Senado (PLS) 65/2016, apresentado pelo Senador Ricardo Ferraço do Espírito Santo, cria o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes, traz definições legais e assegura vários direitos para as vítimas. O Projeto de Lei (PL) 6.748/2016, de autoria do Deputado Nilto Tatto de São Paulo, que limita a obrigação do Estado a reparar o dano quando o sujeito ativo do delito for um agente público, pontuando que muitos policiais militares praticam crimes. O Projeto de Lei (PL) 92/19, apresentado pelo

São diversos projetos dispersos, que poderiam ser reunidos num grande bloco de proteção de vítimas, para evitar conflitos. Resta evidente que é necessário atentar para a necessidade de centralização do sistema criminal na pessoa humana, ultrapassando questões políticas de ideologias de esquerda ou de direita.

6. Conclusão

Conclui-se, assim, no sentido da necessidade de repensar o sistema criminal para ressignificar a vítima, notadamente nas questões de gênero, num equilíbrio de atenção estatal ao autor de um delito e àquele que sofreu os danos causados por este, entre liberdade e segurança, e ressocialização em sentido amplo, tanto do agressor quanto da vítima.

A punição criminal faz parte dos direitos humanos e de um Estado Democrático de Direito, indicando a reprovação estatal com a conduta praticada. O Estado deve garantir uma vida em segurança e liberdade a todos, criminalizando condutas violadoras de direitos humanos e assegurando uma investigação e persecução criminal eficiente para identificar e punir os agressores.

A ideia da reparação, por sua vez, no sentido de compensar minimamente a vítima de crimes, não é alheia à esfera criminal⁴⁶ e deve fazer parte da cultura jurídica, assegurando a paz social e a dignidade dos envolvidos. É preciso estimular a vítima a procurar os órgãos oficiais de registro de crimes e que a mesma não passe por situações de vitimização secundária.

7. Referências Bibliográficas

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados Implícitos de Criminalização: a tutela penal do direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Deputado Federal Rodrigo Agostinho, altera o art. 515, inciso VI, e o art. 521, do Código de Processo Civil, e o art. 63 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, redefinindo a execução cível da pena criminal quanto ao ressarcimento do dano. Projeto de Lei 3890/2020, de autoria do deputado Rui Falcao, do PT-SP, que cria o Estatuto da Vítima. Projeto de Lei 5230/20 que também fala em Estatuto da Vítima e cria o auxílio-vítima, de autoria do Deputado Eduardo da Fonte, do PP-PE.

⁴⁶ Redução da pena pela reparação do dano: art. 16 e art. 65, III, b do Código Penal, Lei 9099/95. Substituição da pena pela reparação: art. 43, I e 45§1º do CP; Reparação como efeito da condenação: art. 91, I do CP, art. 29 da LEP, art. 387, IV do CPP; Reparação do dano como condição para benefícios penais: art. 78§2º, art. 83, IV e 94, III do CP.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição de Insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A participação da vítima no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Valdira. Meninos Emascarados: mais que um caso de polícia, uma questão de política pública. Disponível em http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/_joinppIII/html/Trabalhos2/Valdira_barros.pdf, acesso em 10/10/2018.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Moraes. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BENTHAM, Jeremias. Teoria da Penas Legais. Coordenação Editorial Maria do Carmo Bonon. Campinas, SP: Editora Bookseller, 2002.

BICUDO, Tatiana Viggiani. Por que punir? Teoria Geral da Pena. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. _____ . Apresentação da 2ª edição da obra Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos/Antonio Garcia-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2 ed. rev. Atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

BITTENCOURT, Edgard de Moura. Vítima. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1971

BRAGA, Romulo Rhemo Palilot (coord). Direito penal da vítima: justiça restaurativa e alternativas penas na perspectiva da vítima./coordenação de Romulo Rhemo Palilot Braga, Maria Coeli Nobre da Silva. Curitiba: Juruá, 2015

BREGA FILHO, Vladimir. Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos. Leme (SP): J. H. Mizuno, 2006.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, v. 1. São Paulo: Atlas, 2017.

CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a vítima do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 11a ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil in Revista da EMERJ, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan-fev-mar. 2013.

CÉZAR, José Antonio Daltoé. Depoimento sem Dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. Constituição e Crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Lisboa: Editora Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo. Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

D`AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. In Revista Eletrônica de Direito Penal. V. 1, 2013, disponível: <http://www.e-publicações.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2001.

DOERNER, William G. LAB, Steven P. Victimology. 8a ed. New York/London: Routledge. 2017.

DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus: casos passionais e feminicídio: de Pontes Visgueiro a Mizaél Bispo de Souza. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

ESPÍNOLA, Rodrigo Octavio de Arvellos; FUKS, Betty B. Psicanálise e Direito: um estudo sobre violência doméstica em www.seer.unirio.br/index.php/psicanalise-barroco/article/view/9211, acesso em 12 de agosto de 2019.

FEINBERG, Joel. The Expressive Function of Punishment in The Monist. Vol. 49, nº 3, 1965.

FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na Reparação do Dano: A Vítima de Crime em Vitimologia, Enfoque Interdisciplinar organizado pela professora Ester Kosovski, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Vitimologia, UFRJ, 1994.

FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha. O Processo Penal no Caminho da Efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* (trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukur, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLETCHER, Georg P. *The Grammar of Criminal Law*. Nova York (Estados Unidos): Oxford University Press. 2007.

_____. The Place of Victims in the Theory of Retribution. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol 3, nº1, 1999

FRADE, Edison Vlademir de Almeida. Os Direitos da Vítima da Criminalidade. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071> acessada em 26/07/2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: a nova parte geral. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985

FREUD, Sigmund. O mal estar na cultura. Tradução de Renato Zwick. Revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva. Ensaio bibliográfico de Paulo Endo e Edson Sousa. 2ª ed. revisada. Porto Alegre: L&PM, 2017.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 8ª ed. Valencia (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2016.



GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*/Antonio Garcia-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2 ed. rev. Atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) Do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Estatuto Jurídico da La Víctima del Delito*. 2ª ed. Navarro (Espanha): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: volume 2*/Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier. 2013.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo publicado em www.mundojuridico.adv.br, em 18.03.2002, acessado em 3/10/2017.*

GRECO, Luis. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

_____. *A Ilha de Kant in Direito Penal como Crítica da Pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seus 70 anos*. Organizado por Luís Greco e Antônio Martins. São Paulo: Marcial Pons, 2012

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena. Dissertação apresentada no Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

HAMPTON, Jean. An Expressive Theory of Retribution. In CRAIG, Wesley (Ed.). *Retributivism and Its Critics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992.

HAMPTON, Jean. Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution. In *UCLA Law Review*, vol. 39, 1991-1992, p. 1659.

HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÖRNLE, Tatjana. Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht. In *Juristen Zeitung*, nº 19, 2006.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. In *Revista Eletrônica de Direito Penal*. V. 2, n. 1, 2013, disponível em <http://www.e-publicações.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14316>.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.

JORGE, Aline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2005.

KARMEN: Andrew. *Crime Victims: an Introduction to Victimology*, 9a ed. Boston: Cengage Learning, 2016.

KOSOVSKI, Ester (org.). *Vitimologia na contemporaneidade*. Organização Wanderley Rebello Filho, Heitor Piedade Júnior, Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

KOSOVSKI, Ester (org.). Estudos de Vitimologia. Organização Ester Kosovski, Heitor Piedade Jr, Riva Roitman. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Vitimologia/Letra Capital Editora, 2008.

KOSOVSKI, Ester (org.). Vitimologia e Direitos Humanos. Organização: Ester Kosovski e Heitor Piedade Jr. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Vitimologia, 2005.

RUBIO LARA, Pedro Ángel. Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017

LIMA, Raquel da Cruz. O Direito Penal dos Direitos Humanos. Paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

MAYR, Eduardo. Atualidade Vitimológica. in Vitimologia em debate. Org. Ester Kosovski, Eduardo Mayr, Heitor Piedade Jr./et al./- Rio de Janeiro: Forense, 1990.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria. Problemática da Vítima de Crimes. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral. Principios fundamentais e sistema. Juan Carlos Ferré Olivé. Miguel Ángel Núñez Paz. William Terra de Oliveira. Alexis Couto de Brito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño a la víctima del delito. Valencia (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2010.

PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. *Vítimas e controle punitivo: Um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia (história, teoria, prática e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Tipologia da Vítima*. in *Vitimologia em Debate*. Org. Ester Kosovski, Eduardo Mayr, Heitor Piedade Jr./et al. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, 7ª Ed.

PINTO, Luciano Rocha. *Sobre a arte de punir: ensaio sobre o Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012.

PRAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 3 ed. 2016.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos em* <www.revistadoatribunais.com.br> acessado em 31/07/2015.

REBOCHO, Maria Francisca. *Caracterização do Violador Português: um estudo exploratório*. Coimbra: Almedina, 2007.

RIVAS, Natalia Pérez. El nuevo régimen de ayudas e indemnización a las víctimas del terrorismo em *Hacia um sistema penal orientado a las víctimas*. Coordenadoras Eva M. Souto García e Natalia Pérez Rivas. Directores Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas e Gumersindo Guinarte Cabada. Valência (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2013.

RODRIGUES, Arlindo Peixoto Gomes. A Proteção da Vítima no Processo Criminal, Aspectos Teóricos e Práticos. Leme/SP: Habermann Editora, 2012.

RODRIGUES, Roger de Melo. A tutela da vítima no processo penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.

ROSENTHAL, Sergio. A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano. São Paulo: Dialética, 2005.

SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SANTIN, Valter Foletto. Controle Judicial da Segurança Pública. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÉGUIN, Élide (Coordenação). Direito das Minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Jorge Pereira. Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito: Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimo-dogmática” in Revista Brasileira de Ciências Criminais. 34 Ano 9. Abril-junho de 2001. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Editora Revista dos Tribunais. P. 163-194.

_____. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las Doctrinas Penales de La “Lucha contra la Impunidad” y del “Derecho de La Víctima al Castigo del Autor”. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313898> acesso em 13/12/2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único/Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Juana Giacobbo de. A vítima e a reparação do dano no processo criminal brasileiro em www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/Poá/direito. Trabalho de conclusão de Curso em Ciências Jurídicas e Sociais. Acessado em 26/05/2015.

STRECK, LENIO LUIZ. *O Dever de Proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* no [site www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br) acessado em 20/01/2010.

_____. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermasssverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*, no [site www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br) acessado em 20/01/2010.

STUART MILL, Jonh. On Liberty. A public domain book. With the introduction by W. L. Coutney, LL.D. The Walter Scott Publishing Co., Ltd. London and Felling-on-Tyne. New York and Melbourne. 1859

_____. Utilitarianism. 1861. A public domain book. Reprinted from Fraser’s Magazine. Seventh Edition. London: Longmans, Green, and Co. 1879.

SUMARIVA, Paulo. Criminologia. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2018.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994

TORRES, Margarita Roig. La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales). Valencia: Tirant Lo Blanch. 2000.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito. Porto Alegre: Manual do Advogado, 2014.

VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no Direito Brasileiro. 4ª ed. Campinas (SP): E.V. Editora Ltda, 1996.

WALLER, Irvin. Rights for Victims of Crime: rebalancing justice. NewYork (EUA): Rowman&Littlefield Publishers Inc, 2011.

https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/1663-expresso-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos-condenou-portugal-dez-vezes-em-2017. Acesso em 16/09/2019.

www.eur-lex.europa.eu, acessdo em 11/10/2018

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, acessado em 11/10/2018.

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113>, acesso em 14/10/2018.

Domestic Work in Brazil: a reality based on gender and ethnicity Trabalho Doméstico no Brasil: uma realidade que tem gênero e etnia

Clarissa Valadares Chaves¹

Claudia Tejeda Costa²

Paulo Fernando Nogueira Cunha³



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Abstract: Informal work, low wages, precarious rights and violence are some aspects that distance domestic workers from achieving the ideal of decent work. In addition to the fact that in Brazil most domestic workers are women, they are also black, which demonstrates the need to make an analysis from the intersectional perspective of gender and race, verifying how these social categories impose a place of vulnerability in the world of work. If the social vulnerability of domestic workers in a context of normality already demanded a close look from society and the government, the Covid-19 pandemic exacerbated this reality, worsening the conditions of service provision and confirming the discourse of power that has always been part of collective decisions about domestic work. Thus, based on a legal-social analysis and through hypothetical-deductive reasoning, an overview of domestic work in Brazil is drawn, making a brief historical review, and relating the precariousness of domestic work to the sexual division of labor and the intersectionality of gender and ethnicity, especially during the Covid-19 social crisis.

¹ Mestranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD-USP e bolsista do Programa de Excelência Acadêmica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROEX). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho (FDMC/MG e UCAM/RJ). Pesquisadora (IPCPT/FDMC e GEMDIT/FD-USP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1089713393830911> - **Contato:** clarissa.chaves@usp.br.

² Mestranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (FD-USP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo (FD-USP). Membro do Grupo de Pesquisa em Migração e Direito Internacional do Trabalho, vinculado ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da FD-USP. Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7888574178599646> - **Contato:** claudia.tejeda@usp.br.

³ Mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FD-USP. Graduado em Direito pela FD-USP e em Jornalismo pela Faculdade Cásper Líbero. Membro do Grupo de Pesquisa Migração e Direito Internacional do Trabalho - GEMDIT, vinculado ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da FD-USP. Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho - MPT. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1094096881911074> - **Contato:** pfncunha@usp.br.

Keywords: Domestic work; Gender; Ethnicity; Brazil; COVID-19 Pandemic.

Resumo: Trabalho informal, salários baixos, direitos precários e violência são alguns aspectos que distanciam as trabalhadoras domésticas de realizar o ideal de trabalho decente. Além de no Brasil a maior parte das trabalhadoras domésticas serem mulheres, são, também, negras, demonstrando a necessidade de se fazer uma análise sob a perspectiva interseccional de gênero e etnia, de modo a situar como essas categorias sociais impõem um lugar de vulnerabilidade no mundo do trabalho. Se a vulnerabilidade social das trabalhadoras domésticas em um contexto de normalidade já exigia um olhar atento da sociedade e do Governo, a pandemia Covid-19 exacerbou essa realidade, agravando as condições de prestação dos serviços e confirmando o discurso de poder que sempre fez parte das decisões coletivas sobre o trabalho doméstico. Assim, a partir de uma análise jurídico-social e por meio de um raciocínio hipotético-dedutivo, traçou-se um panorama do trabalho doméstico no Brasil, fazendo uma breve revisão histórica, e relacionando a precariedade do trabalho doméstico à divisão sexual do trabalho e à interseccionalidade de gênero e etnia, especialmente durante a crise social da Covid-19.

Palavras-chave: Trabalho doméstico; Gênero; Etnia; Brasil; Pandemia de COVID-19.

1. Introduction

Informal work, which is poorly paid, deprived of rights, and subject to all sorts of violence, since it is carried out in the home and private sphere, making it difficult to monitor, puts domestic workers far from achieving the ideal of Decent Work as the paradigm established by the International Labor Organization (ILO).

In this context, this article aims to analyze domestic work from an intersectional perspective. To this end, it begins the discussion by addressing the gender division of labor, an essential issue. It then outlines an overview of the ethnic dimension, considering the peculiarities of Brazil's history, marked by a slavery past in which the exploitation of black labor, especially female, provides the framework for understanding domestic work today.

Finally, it brings a brief analysis of the situation of the COVID-19 pandemic for domestic work in the Brazilian context.

Regarding the methodology adopted, it is based on the legal-social approach, using hypothetical-deductive reasoning, always from an empirical perspective.

2. The sexual division of labor: gender relations and domestic work

Gender equality, an ideal to be pursued in the various spheres of social relations, shows its most necessary face in the world of work. Living in a capitalist society in which productive work is valued and reproductive work is sidelined, women, whose "natural vocation" is domestic and caregiving work, find themselves at a clear disadvantage in terms of pay and social status. She devotes herself to hidden work, and perhaps the most important work for capitalism: "to serve the paid labor force in physical, emotional and sexual terms, to prepare it to battle day after day for wages" (FEDERECI, 2021, p. 27-28).

In the gendered division of labor, conceived as the social division of labor between the genders, men were assigned productive work, occupying functions of great social value, and women were assigned reproductive work, care, family, reproduction, both species, and labor force.

About the gender division of labor says sociologist Kergoat (2009, p. 67)

This form of social division of labor has two organizing principles: separation (there are men's jobs and women's jobs) and hierarchization (a man's job is "worth" more than a woman's job).

In this sense, Simone de Beauvoir's classic phrase - "You are not born a woman, you become one" - intends to show that the difference between sexes is only and simply biological, pointing out that for all other social relations - including labor relations - the differences attributed between the sexes are not a factual fact, but something constructed by society.

The physical difference between men and women would be easily overcome by technological development, making the difference between them minimal. In the words of Beauvoir (2016):

(...) the operation of numerous modern machines requires no more than a part of manly resources. If the minimum necessary is not beyond the woman's capabilities, she becomes equal to man at work.

Regarding the role of black women in Brazilian society, Gonzalez (2020, p. 59) notes that when she is not working as a domestic worker, she usually provides low-paid services in supermarkets, schools, or hospitals, under the generic name of "maid". According to the author, "in general, the black woman is seen by the rest of society from two types of 'professional' qualification: domestic and '*mulata*'". She explains:

The profession of "mulata" is one of the most recent creations of the hegemonic system in the sense of a special type of "labor market". Nowadays, the meaning "mulata" does not only refer to the traditionally accepted meaning (daughter of a black/white mixed race), but to another, more modern one: "export product" (GONZALEZ, 2020, p. 59).

Thus, the author continues,

the "mulata" profession is exercised by young black women who, in an intense process of alienation imposed by the system, submit themselves to the exportation of their bodies (with as few clothes as possible), through the "wigggle", for the delight of the voyeurism of tourists and representatives of the national bourgeoisie. Without realizing it, they are manipulated, not only as sexual objects but as concrete evidence of Brazilian "racial democracy"; after all, they are so beautiful and admired! (GONZALEZ, 2020, p. 59).

For Lélia Gonzalez, racism in Brazil is deeply veiled. "In the racial and sexual division of labor, the black woman suffers both discriminations. This happens historically, in subtle ways, both in urban and rural areas. In all economic activities, women in general - and black women in particular - are discriminated against on the social scale. "The black woman works without guarantees, does not have a formal work registration card - a conquest already accepted by our labor legislation -, does not have her rights as a worker assured" (GONZALEZ, 2020, p. 302).

Angela Davis, one of the leading exponents of black feminism in the United States, argues that

the abolition of household chores as women's private and individual responsibility is clearly a strategic goal of women's liberation. But the socialization of household chores - including meal preparation and childcare - presupposes putting an end to the domination of the desire for profit over the economy (DAVIS, 2016, p. 244).

With this affirmation, she points to the need to consider yet another social clipping in the struggle for the suppression of inequalities: the class struggle. In fact, the author argues that the most significant steps towards the eradication of female domestic labor were taken in practice by socialist countries. Therefore, women workers have a vital interest in the struggle for socialism.

Following this line, in their famous book "Feminism for the 99%", released in 2019, Cinzia Arruzza, Tithi Bhattacharya, and Nancy Fraser seek to articulate a new way forward for the feminist movement, which, according to them, in the last twenty years has been dominated by a liberal, business-oriented feminism, personified in the United States by women like Sheryl Sandberg and Hillary Clinton. This is a feminism of the managerial professional class, of relatively privileged women - middle or upper-middle-class with higher education and mostly white - who are seeking to integrate themselves into the corporate, media, and military world. The project aims to move up the corporate hierarchy to be treated the same as men of their own class, with similar pay and status.

It has associated the cause of women with the elitism of women, according to the authors of the manifesto, this feminism of the 1% or perhaps, at best, to 10%, has tarnished the name of feminism. It has associated the cause of women with elitism, with individualism, with corporate life. It is not a genuinely gender-equal feminism - one that has something to offer the vast majority of poor and working-class women, who have no privilege, are migrant, black, trans, or non-binary. In other words, it has associated feminism with neoliberalism, financialization, globalization, and policies hostile to the working class.

Although we can think about, seek, and rationalize effective equality between men and women, it is not difficult to see that we are very far from the ideal, especially when it comes to equality in the world of work. In this context, domestic work is inserted, a direct reflection of the sexual division of labor and the necessary viability of productive work.

It's important to highlight that even though of great importance and necessary discussion, this article is not concerned with the mass of unpaid work done by women in their own family environment, justified by feminine nature, by love and maternal duty, but rather with domestic work done by women professionally.

The expansion of women's space in the various professional fields of productive work has given rise to new demands for the organization and distribution of work in the domestic sphere. Since reproductive work is so important for maintaining social life and making productive work possible, everyone in the family, men and women alike, should be held equally responsible, and the State should also be held accountable through the establishment of public policies capable of enabling the exercise of productive work, taking gender peculiarities into account.

Professional domestic work, therefore, appears as a solution for domestic demands (food, cleaning, care) resulting from women's insertion in the labor market. However, it is not difficult to conclude that the logic of devaluing women's work in the domestic sphere has had an effect on professional domestic work, pointing to low pay and precarious working conditions, indicating a form of work close to servitude.

It is important to remember that the sexual division of labor and the delegation of domestic work reveals a polarization of female interests, generating estrangement among women. Instead of opposing the sexual division of labor, middle-class women who took on new positions in the labor market began to delegate domestic work to other women, reinforcing the sexual division of labor and making it possible to maintain the same stigmatizing and precarious system of domestic work.

In Brazil, as already mentioned, the country with the highest number of domestic workers in the world, the issue becomes relevant due to the peculiarities resulting from its colonization and its slave-owning past.

Let's now analyze the racial issue and its relation to domestic work in Brazil.

3. The myth of racial democracy in Brazil: slavery and domestic work

Brazilian society was born under slavery, patriarchy, and profound inequality, and was developed while denying access to citizenship to the vast majority of the population. This heritage from colonial times remains, installing itself permanently in the social, political, and economic structure of the country. Hence the aptness of the expression "structural racism", coined by Silvio de Almeida, in the sense that the recurrent manifestations of racism in daily life, whether in interpersonal relations or in the dynamics of institutions, are the result of something deeper, long entrenched in society.

The central thesis of this thought is that racism is always structural, since it is an integral - and not occasional - element of the economic and political organization of society. Racism is thus the normal manifestation of a society - each and every society - and not a pathological phenomenon or one that would express a moment of social abnormality. In the author's own words: "Racism provides the meaning, the logic, and the technology for the reproduction of the forms of inequality and violence that shape contemporary social life" (ALMEIDA, 2021, p. 20-21).

With the Enlightenment of the 18th century came the distinction between "civilized" and "savage", which would later give way to the opposition "civilized" x "primitive". The great liberal revolutions (English, French, and North American), besides signifying the transition from feudal to capitalist society, represented the victory of "civilization" - which would be taken to the "primitive" world, where those who still had no contact with the Enlightenment values of freedom, equality and the Rule of Law lived. For Silvio de Almeida, colonialism, that is, this movement of taking civilization to where it did not exist, "resulted in a process of destruction and death, of spoliation and degradation", carried out in the name of a certain 'reason'" (ALMEIDA, 2021, p. 25-27).

Achille Mbembe affirms that, like Islam and Christianity, colonialism was a project of universalization, whose purpose was "to inscribe the colonized in the space of modernity. But its vulgarity, its brutality so usually unrestrained, and its bad faith made colonialism a perfect example of anti-liberalism" (MBEMBE, 2018, p. 174-175). The author also speaks of a "sharing of the world," a division between the civilized world and the "afterworld"- and in the latter, only the law of the strongest applies. Quoting Hannah Arendt, Mbembe states that everything that happened beyond the European walls was situated directly "outside the legal, moral, and political judgments that were accepted behind the line. In other words, the law or the idea of justice from beyond the world could only be that carried by the European conquerors themselves (MBEMBE, 2018, p. 112-113). According to the author, the law was in this case a way of legally founding an idea of humanity divided into two completely different races: of the conquerors and of the slaves. "Only the conquerors' race could legitimately attribute itself human quality" (MBEMBE, 2018, p. 115).

Aimé Césaire questions the argument that colonization would have been necessary to lead to civilization. In his own words:

What, in its principle, is colonization? It is to agree that it is neither evangelization, nor philanthropic enterprise, nor the will to push back the frontiers of ignorance, disease, and tyranny, nor the expansion of God, nor the extension of Law; it is to admit once and for all, without flinching from the consequences, that the decisive gesture here is that of the adventurer and the pirate, the grocers in general, the shipowner, the prospector, and the merchant, of appetite and force, with the evil shadow behind it of a form of civilization that, at a moment in its history, finds itself internally obliged to extend on a world scale the competition of its antagonistic economies (CÉSAIRE, 2020, p. 10).

Frantz Fanon suggests that the nigger is a concept invented by the white man and "fixed" as such from his attitudes in society, often, however, already interpreted in a prejudiced manner. "However, much I expose myself to the resentment of my colored brothers, I will say that the nigger is not a man." The author continues: "The nigger is a nigger man; that is, as a result of a series of affective aberrations, he has installed himself in the bosom of a universe from which it will be necessary to remove him. The problem is important. We aim at nothing less than to liberate the colored man from himself" (FANON, 2020, p. 22). Mbembe adds that white, like black, is also an invention, "a fantasy of the European imagination that the West strove to naturalize and universalize" (MBEMBE, 2018, p. 88).

Thus, one of the main characteristics of racism is precisely the way in which it imprisons the black person - the "other" - in fixed and stereotypical images while reserving for the racially hegemonic privilege of being represented in their diversity. As Sueli Carneiro explains,

So, for advertisers, for example, it is enough to stick a black man in the middle of a crowd of whites in a commercial to ensure supposed respect for ethnic and racial diversity and get rid of possible accusations of racial exclusion of minorities. A lone black or Japanese person in an advertisement populated with whites represents the whole of their collectivities (CARNEIRO, 2011, p. 70-71).

And concludes with refined irony: "After all, black and Japanese are all the same, aren't they?" (CARNEIRO, 2011, p. 71). The author continues:

White people, no. They are individualities, they are multiple, complex, and so should be represented. This is also demarcated at the phenotypic level, where the diversity of whiteness is valued: brown-haired or brunettes, blondes, and redheads are different shades of whiteness that are perfectly included within the white race, even when they present a high degree of brownness, as occurs with some descendants of Spanish, Italians, or Portuguese people, who, nevertheless, do not cease to be considered or to feel white. Whiteness is, therefore, diverse and polychromatic. Blackness, however, suffers from all sorts of questions (CARNEIRO, 2011, p. 71).

In Brazil, the fight for black people comes since slavery. Lélia Gonzales says that "more than four hundred years ago when the process of enslavement began in Brazil, the reaction of black people also began" (GONZALEZ, 2020, p. 303). The author explains that, since the quilombos of Palmares, in the 16th century, until the United Black Movement Against Racial Discrimination, created in 1978, the permanent denunciation of any and all injustice and violence against the black population and the claim for "a fair, democratic and social division

of labor (without racism), parity in the income of black workers and black women with the other segments of our society, and the end of racism and thousands of existing discriminations" (GONZALEZ, 2020, p. 303).

It is not enough to not be racist. It is necessary to be an antiracist. For Djamila Ribeiro, this implies a series of challenges for those who spend their lives without questioning the system of racial oppression. And this system, even though it is present in all spheres of social life, has an intrinsic capacity to go unnoticed. "Waking up to the privileges that certain social groups have and practicing small perception exercises can transform situations of violence that before the awareness process would not be questioned" (RIBEIRO, 2019, p. 107). The author concludes, "White people must take critical responsibility for the system of oppression that privileges them historically, producing inequalities, and black people can become aware of historical processes so as not to reproduce them" (RIBEIRO, 2019, p. 108).

One of the main books that deal with the formation of the Brazilian people, seeking to find a national identity, is Gilberto Freyre's "Casa Grande e Senzala". The text portrays the Brazilian people as the fruit of the serene miscegenation between Portuguese, blacks, and Indians, helping to consolidate the ideology and the stereotype of a kind, graceful, and happy people.

"Casa Grande e Senzala" was not the only work to deal with the subject, however, it was the first that systematized the myth of racial democracy, intending to demonstrate some scientificity in its conclusions.

Freyre attributed importance to Portuguese colonization, pointing to its tolerance of miscegenation and as a model of harmonious coexistence with other communities:

As for miscegenation, no modern colonizing people have exceeded or even equaled the Portuguese in this respect. It was by mixing pleasantly with colored women right from the first contact and multiplying themselves in mestizo children that a few thousand just daring males managed to establish themselves in the possession of vast lands and compete with large and numerous peoples in the extension of the colonial domain and in the effectiveness of colonizing action (FREYRE, 2003, p. 70).

Despite its importance, the work consolidated the myth that in Brazil there was no racism and that slaves were well treated or, at least, that the white colonizers were benevolent towards the enslaved blacks. The author goes on:



It's not that in Brazilians, as in Anglo-Americans, two enemy halves don't exist: the white and the black; the former master and the former slave. Not at all. We are two fraternizing halves that have been mutually enriched with different values and experiences; when we complete each other as a whole, it will not be by sacrificing one element for the other (FREYRE, 2003, p. 418).

Freyre, when celebrating miscegenation, minimizes the violence of slave masters, attenuating the raw reality that miscegenation resulted from rapes and violence of slave masters over female slaves, especially those who worked in the residences.

Such reality could not go unnoticed, being pointed out by Lélia Gonzales, the main exponent of black feminism in Brazil, when speaking of the Brazilian slave-owning past, that:

Those who did not die in the ill-fated slave ships, when they arrived here, were directed to two types of activities: bed slaves worked in the plantations, and the 'mucama', in the big house. Both were nothing more than the grandmothers of today's rural and domestic workers.

(...)

In fact, the large contingent of mixed-race Brazilians resulted from the rape, violence, and sexual manipulation of the slave (GONZALEZ, 2020, p. 201-202).

The enslaved women who worked in the Big Houses, taking on the domestic duties (washing, ironing, cooking, childcare), made the lives of white women more pleasant, even though they were also severely subjected to male power.

Post-abolition black female labor only continued, with black women remaining in domestic work, deprived of rights, poorly paid, and with a high degree of vulnerability in the face of their inherent confinement.

The myth of racial democracy, together with the exercise of work in the family environment, has brought about the illusion that there are bonds of affection between the domestic worker and the service taker, that they are "almost family members," but that, in reality, serves as a discourse that justifies the unnecessary guarantee of rights.

The absence of an open and serious dialogue on the racial issue in the feminist movement intends to hide something that is difficult for the more progressive sectors to "digest": the exploitation of black women by white women who, by achieving a place in the labor market, "outsource" the domestic service imposed on them by the sexual division of labor.

Thus, the discussion about the intersectionality of gender and race in domestic work is urgent.

4. Intersectionality - vulnerability and job precariousness

As discussed earlier, domestic work portrays one of the situations of greatest and most latent social vulnerability. In the Brazilian context, the understanding of domestic work is based not only on the sexual division of labor but also on the racial issue. The slave-owning past is responsible for influencing the conditions of the material vulnerability of domestic workers, as well as the social discourses of subalternity and subservience of this type of work, even though there is often no explicit mention of it.

The interpretative overlapping of the phenomena of oppression that qualify the contexts of social vulnerability characterizes the so-called intersectionality. According to Hirata (2007, p.60), it analyzes "the various sources of identity, without imposing a globalizing theory, considering aspects of race, gender, class, and political position in the understanding of the complexities and inequalities that form identities".

Further detailing the idea, Kimberlé Crenshaw (2002, p. 177) states:

Intersectionality is a conceptualization of the problem that seeks to capture the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more axes of subordination. It specifically addresses how racism, patriarchy, class oppression, and other discriminatory systems create basic inequalities that structure the relative positions of women, races, ethnicities, classes, and others. In addition, intersectionality addresses how specific actions and policies generate oppressions that flow along these axes, constituting dynamic or active aspects of disempowerment.

In discussing black women and domestic work, Gonzales (2020, p. 58) points to the intense intersectionality of race and gender:

(...) she turns to provide domestic services to middle- and upper-class families in the Brazilian social formation. As a maid, she suffers a reinforcement process regarding the internalization of difference, subordination, and "inferiority" that would be peculiar to her. All this added to the problem of the double shift that she, more than anyone else, has to face. Before going to work, she has to fetch water from the favela's water fountain, prepare a minimum amount of food for the family members, wash, iron, and distribute the chores of the older children with the care of the younger ones (the girls, in general, are in charge of the house and of taking care of the younger siblings).

In Brazil, the predominance of black female labor is the product of a collective consciousness that reproduces the idea of the moral division of labor. As Fabrício Maciel (2006, p. 299) explains, adopting the theoretical framework of Axel Honneth,

The idea of the moral division of labor starts from the premise that each activity classified as labor has a specific meaning in modernity, situated in a hierarchy of values relative to each society" and "the economic dimension of social reality does not determine, alone, the configuration of social relations".

Work is inseparable from the person who does it, and it can be understood that the identity of domestic workers, especially black ones, is formed and developed from the collective social conception of paid domestic work. In this sense, Fabrício Maciel (2006, p. 300) argues:

The source of the value of work is not only the income earned from it but also the social status that a particular job provides, which derives, among other factors, from the stability it gives to the worker, the qualifications required, belonging to the class or category symbolically valued, the engagement in solid individual or collective projects.

The identification of domestic workers with domestic work as it is performed allows this context of clear material and moral vulnerability to be kept perpetuated not only by those who use domestic work, but by the workers themselves.

Michel Foucault states that "discourse is in the order of laws" and "the power of discourse over laws comes from the people who speak it. Asking about the risks of discourse, he asks, "[w]hat, after all, is so dangerous about people speaking and their discourses proliferating indefinitely? Where, after all, is the danger?". The author then concludes that society controls and selects the discourses that will gain spaces of power (FOUCAULT, 1996, p. 8-9).

Following the same line of reasoning, Durkheim (1974, p. 34) asserts that social representations, as a constitutive and determining element of social reality, are structured independently of individuals and arise from society and are then reproduced through the long process of socialization. In this context, Foucault (1996, p.22) argues that narratives end up being repeated as ritualized formulas because they are given a secret or rich value.

Discourses reflect the focal points of power and thus reproduce themselves in the social environment. The fruit of the reproduction of discourses is the social-cultural formation that, in

the case of domestic work, can be seen in several aspects, such as the absence of professionalization of the work, the existence of supposedly affective relationships developed with the employer, the servility observed in the length of the workday, the diversity of the activities performed, and the existence of a room known as the "maid's room" or "maid's quarters", located separately from the rest of the residence or in the back of the house, in isolation.

In parallel, legal norms and the formulation of public policies follow this same *modus operandi*. The reproduction of a discourse contaminated by deep-rooted moral assumptions of discrimination is reflected in the naturalization of precarious domestic work that is perpetuated in time and space.

5. Domestic labor rights - difficulty of implementation

The rights of domestic workers have always been given timid treatment by Brazilian legislation. Decree-Law n. 3.078, of 1941, was the first norm to specifically regulate domestic work relations in the country, instituting, among other rights and duties, the obligation to write them down on the work card and give advanced notification of dismissal.

After that, some sparse laws were edited to deal only with specific issues, such as Law n. 5.859/1972, which removed the category of domestic workers from the legislative limbo, including them as compulsorily insured members of Social Security, and Law 7.195/1988, which established the strict liability of the intermediation agencies of domestic labor for damages caused to the workers indicated.

The Federal Constitution of 1988, in its original text, gave domestic workers only 9 of the 34 rights granted to workers in general.

In 2006, the Decent Work National Agenda was instituted, and which corresponding Decent Work Agenda had been approved in the scope of the International Labor Organization in 1999. The following points were established as priorities: i. the generation of more and better jobs, with equal opportunities and equal treatment; ii. the eradication of child labor, especially in its worst forms; iii. the strengthening of tripartite actors and social dialogue as an instrument of democratic governance.

Years later, in 2011, during the 100th General Conference of the International Labour Organization, Convention no. 189, which provides for the protection of domestic work, was

approved by 396 votes in favor, 16 against, and 63 abstentions, and Recommendation no. 201, by 434 votes in favor, 8 against and 42 abstentions, with the Brazilian State manifesting itself in favor of both instruments.

In 2013, as a way of adapting to these international instruments, the Bureaux of the House of Representatives and the Senate enacted Constitutional Amendment n. 72 to increase the number of rights granted to domestic workers.

In 2015, Complementary Law n. 150 was sanctioned by the Federal Government, containing the regulation of domestic work in Brazil after the expansion of social rights promoted by Constitutional Amendment n. 72/2013.

Only 7 years after the approval of Convention n. 189 by the International Labor Organization, on January 31, 2018, was the formal instrument of ratification of that instrument deposited by the Brazilian government.

As said in the previous topic, the discourse that precedes the elaboration of normative instruments can be inferred not only from the normative product itself but also from the circumstances that permeate it. In this perspective, the late approval of such regulation, for example, is already able to demonstrate the collective ideology that underlies the political articulations on the theme.

Regarding its content, the regulation brought by Complementary Law No. 150/2015 is born full of contradictions, bringing predictions of rights marked by a clear oppressive character. As Borges warns (2014, p. 238-239),

(...) in several situations, institutionalized law is confused with justice itself, to the extent that the application of laws in the broad sense is seen as an expression of justice (...) from the moment it is decided what is to be enacted, the political is transfigured into the legal, it gains unquestionable aura and the quality of justice. Thus, the right is identified with justice, as a necessary intrinsic relationship, as if, because it is a set right, the rule automatically acquired the quality of being just. Therefore, little is questioned about the justice of the law (...) the Constitution crystallizes political decisions that may be unjust and that exclude certain people from certain rights.

From this perspective, reality must be critically analyzed and interpreted, or else supposed legal and political advances will only serve to perpetuate inequalities.

Today, eleven (11) years after the edition of Convention 189 of the International Labor Organization and in face of the social consequences resulting from the pandemic that devastated

the world in recent months, we can say with greater certainty that we still have a long way to go.

6. Global Pandemic - domestic work on the agenda - inequality in evidence

Miguel Otávio Santana da Silva. In Brazil, his story starkly portrays the inequality, of gender and ethnicity, brought to light by the Covid-19 pandemic.

Miguel, a five (5) year old boy, died when he fell from the 9th floor of an upper class building in Recife, Brazil. His mother, a domestic worker, was forced to take him to work because, with the day care centers closed due to the pandemic and her employer not giving her time off work, there was no one else she could turn to for childcare.

During working hours, Miguel's mother went for a walk with her dog while his employer did her nails. Miguel was left in the care of the employer, who, unable to bear the boy's crying because of his mother's absence, sent him up the elevator to the top floor of the building. The 5-year-old boy, not knowing where he was, lost, while looking for the exit, fell from the 9th floor of the building.

The tragedy brought to light a truth that is difficult to tolerate. The pandemic did not affect everyone indistinctly. Social status, gender, and race had a marked influence on the way people had to face the pandemic and its consequences.

If the social vulnerability of domestic workers in a normal context already demanded a close look from society and the public authorities, the pandemic has exacerbated this reality, worsening the material conditions under which they provide their services and confirming the discourse of power that has always been part of decision-making regarding domestic workers.

In order to verify the breadth and depth of the social crisis generated by the pandemic in the context of domestic work, the United Nations Organization (UN Women), in partnership with the Institute for Applied Economic Research, prepared a study on the topic (PINHEIRO, TOKARSKI & VASCONCNELOS, 2020). As a result, it was found that domestic workers are subject to a double vulnerability.

The first relates to the nature of the work and how the work is performed. In jobs related to the care of children and the elderly, for example, physical and emotional contact is inherent to the provision of services - making effective isolation impossible - and as for jobs that do not

involve direct physical contact, the degree of subordination is so intense that it prevents the worker from questioning her employers about the care taken with sanitary and isolation measures, generating exposure of the workers in a more intense way to the circulation of the virus and increasing the risk of contamination.

The second refers to the absence of social protection since domestic work is characterized by a high level of informality, making it impossible for the State to seek support for income replacement.

According to the International Labour Organization, in 2013, there were 67 million domestic workers in the world (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2021). In Brazil, according to research conducted by the Institute for Applied Economic Research (PINHEIRO, TOKARSKI & VASCONCNELOS, 2020), in 2018, there were just over 6 million people engaged in domestic work. Of this total, 5.7 million were women and 3.9 million were black women. From these data, we can see how dependent the Brazilian workforce is on domestic work, and it is already possible to infer the magnitude of the impact generated to the category by the social crisis caused by the pandemic.

During the pandemic, some Brazilian states enacted laws that allowed domestic work to continue even during government shutdowns and lockdowns, since they considered domestic work to be "essential work", that is, discontinuing it would affect primary public interests. It is undeniable, however, that the interests of a specific class are being addressed, namely, meeting the demands of the middle class and those sectors of society that use domestic service provision.

It should be noted that the importance of domestic work itself is not in question, since taking care of the house, feeding, and cleaning is reproductive work and has an impact on the social organization since it makes productive work possible. However, the delegation of this work (since these services, with very few exceptions, can be performed by everyone in the family), in a pandemic context, only puts the lives of domestic workers at greater risk, increasing the possibility of contagion, by mere convenience (FERRITO & MAEDA, 2021).

The pandemic, in this context, highlights all this social articulation of inequalities, reinforcing the need that, to advance in the protection of domestic workers' rights and get closer to the perspective of decent work, changes must be, above all, cultural.

7. Conclusion

After 11 years since the approval of ILO Convention 189, it is clear that, despite the advances made in guaranteeing the rights of domestic workers, there is still a long way to go. The challenge of promoting the effective implementation of the concept of decent work in the area of domestic work involves a necessary change in mindset, recognizing its complexity due to its specific characteristics, its role in structuring the labor market, as well as its intertwining with fundamental aspects of social organization and gender and race inequalities, such as the sexual division of labor and the devaluation of reproductive work (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2021).

The pandemic of COVID-19 made the vulnerability of these workers even more evident since social inequality and issues of gender and race affected them in a detrimentally marked way.

The importance of cleaning, washing, preparing food, caring for children and the elderly, and especially the time spent on such tasks, only became visible when a portion of the privileged population was forced to do them.

Dehumanizing domestic workers by treating them as useful tools for the delegation of services imposed by the sexual division of labor reinforces the sexual division of labor itself, bringing relations of submission and oppression between women and removing the empathy that is imperative if we want to mobilize the racist and sexist structures present in our society.

In Brazil, given the large number of domestic workers and the high rate of informality, the biggest challenge is to overcome the social stigma that accompanies domestic work and the ideological discourses that insist on affirming the need for different legal treatment, with fewer rights, compared to ordinary workers.

Considering that Brazil is the country with the highest number of domestic workers in the world, the adoption of concrete public policies and positive legislative action to guarantee and enforce the rights of domestic workers is of international importance.

However, we are living in a period of great regression of social rights in Brazil, even before the advent of the pandemic, with the rise to power of representatives of conservative groups that deny the existence of sexism and racism, stating that inequalities based on gender and race are natural, creating real obstacles to the promotion of rights for women workers.

In this sense, the importance of knowledge for changing the dominant mentality, and strengthening the social movements for the political fight to guarantee rights is fundamental.

Recognizing that the devaluation of domestic work is due to the overlapping of two oppressive factors, gender, and ethnicity, is the first step to understanding the discriminatory and precarious phenomenon and, from there, finding ways to overcome it.

8. References

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021. (Feminismos Plurais).

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019.

BEAVOIR, Simone de. *O segundo sexo, V. 1, Fatos e Mitos*, 3ª edição, Nova Fronteira, 2016.

BORGES, Lara Pereira de Faria Borges. *(Des)construindo discursos sobre a EC n. 72/2013: criando justiça histórica que amplia direitos trabalhistas domésticos*. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, jan./mar. 2014.

CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011. (Consciência em debate).

CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. São Paulo: Veneta, 2020.

CRENSHAW, Kimberlé. *Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero*. Revista Estudos Feministas 10 (1), Florianópolis, SC, 2002. p. 171-188.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.



DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Madrid: Morata, 1974.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

FEDERICI, Silvia. *O patriarcado do salário: Notas sobre Marx, gênero e feminismo*. Vol. I. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

FERRITO, Bárbara; MAEDA, Patrícia. Na pandemia, por que o serviço doméstico é classificado como essencial. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/sororidade-em-pauta/na-pandemia-por-que-servico-domestico-e-classificado-como-essencial/>>. Acesso em: 5 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. In: Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sobre o regime da economia patriarcal*. 47. ed. São Paulo: Global, 2003.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. *Novas configurações da divisão sexual do trabalho*. v. 37, n. 132, p. 60. (Cadernos de Pesquisa).

KERGOAT, Danièle. *Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo*. In HIRATA, Helena *et al.* Dicionário Crítico do Feminismo. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

MACIEL, Fabrício. *Todo trabalho é digno? Um ensaio sobre moralidade e reconhecimento na modernidade periférica*. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A indivisibilidade das desigualdades brasileiras*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.



MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. São Paulo: n-1 edições, 2018.

PARREIRA, Lara Faria Borges; DUTRA, Renata Queiroz. *Escravocratas, machistas e neoliberais: discursos sobre o trabalho doméstico no Brasil*. In: VIANA, Márcio Túlio; DA ROCHA, Cláudio Jannotti (orgs.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016. p. 192-212. (Obra em homenagem à Professora Gabriela Neves Delgado).

PINHEIRO, Luana; TOKARSKI, Carolina; VASCONCELOS, Márcia. Nota Técnica: Vulnerabilidades das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/06/213247_NT_Disoc-N_75_web.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.

RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno manual antirracista*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020. (Feminismos Plurais).
. Trabalho doméstico. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--travail/documents/publication/wcms_169517.pdf> Acesso em: 5 jul. 2021.

Como aprimorar a fiscalização trabalhista relativa à discriminação de gênero

How to improve labor inspection related to gender discrimination

Roberto Wakahara¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Embora diversas pesquisas demonstrem que a mulher tem menor remuneração, maior taxa de desemprego e mais dificuldades de ascensão profissional, quando comparada ao homem, poucas são as fiscalizações trabalhistas que tratam da discriminação de gênero. O artigo discute como a fiscalização trabalhista pode ser aprimorada nesse tocante. Critérios para o correto enquadramento da infração trabalhista são propostos, relacionando a proporção entre candidatos e aprovados consoante cada um dos gêneros, seja para processos seletivos, seja para promoção de empregados. Além da lavratura de auto de infração, outros mecanismos para o enfrentamento da questão por parte da Inspeção do Trabalho são analisados, tais como o Termo de Compromisso, a mediação e o diálogo com outros atores sociais como os sindicatos e as ONG's que defendem os direitos das mulheres.

Palavras-chave: Discriminação. Discriminação de gênero. Fiscalização trabalhista. Teto de vidro. Auto de infração.

Abstract: Although several surveys show that women have lower wages, higher unemployment rates and more difficulties in professional growth than men, there are few labor inspections that deal with gender discrimination. The article discusses how labor inspection can be improved on that matter. Criteria for the correct framing of the labor infraction are proposed, relating the proportion between candidates and approved according to each gender, whether for selection processes or for employee promotion. In addition to issuing the infraction notice, other mechanisms for dealing with the issue by the Labor Inspection are analyzed, such as the Term

¹ Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente pela Fundacentro. Pesquisador do GETRAB-USP. Auditor-Fiscal do Trabalho - roberto.wakahara@gmail.com.

of Commitment, mediation and dialogue with other social actors such as unions and NGO's that defend women rights.

Keywords: Discrimination. Gender discrimination. Labor inspection. Ceiling glass. Infraction notice.

1. Introdução

Diversas pesquisas mostram que a mulher tem menor remuneração, maior taxa de desemprego e mais dificuldades de ascensão profissional, quando comparada ao homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022; CNN, 2021).

No entanto, consultando ao final de 2022 a base eletrônica de dados do “Sistema Auditor - Auto de Infração”, utilizado pelos Auditores-Fiscais do Trabalho para lavrar autos de infração, tivemos a oportunidade de perceber que nos últimos 10 anos menos de 10 autos de infração haviam sido lavrados por discriminação de gênero. Nesse período foram lavrados mais de 2.000.000 de autos de infração sobre os mais diversos temas da legislação laboral, mas tão somente uma ínfima parcela deles tinha a questão da discriminação de gênero como seu objeto.

Dos poucos autos lavrados podemos destacar um de 2017, no qual a empresa foi autuada por “adotar qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso ao trabalho ou à sua manutenção por motivo de sexo”, com supedâneo no art. 1º da Lei nº 9.029/95. Tratava-se de um caso evidente de discriminação, no qual uma empresa com 10 anos de existência jamais havia contratado uma mulher sequer como empregada. Nesse período, a empresa autuada já havia contratado mais de 90 empregados, mas nenhuma dessas pessoas era do gênero feminino.

Outrossim, desde 2012, foi lavrado apenas um auto de infração por “considerar o sexo como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional ou oportunidade de ascensão profissional”, com fundamento no art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ora, esse descompasso entre a realidade da discriminação de gênero existente no país e a quase inexistência de autos de infração lavrados sobre o assunto demonstra que a inspeção do trabalho precisa se voltar para o tema.

Aliás, será que a inspeção do trabalho não está sendo androcêntrica e discriminatória?

2. Discriminação no mundo e no Brasil

Os dados relativos ao terceiro trimestre de 2022 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) espelham que as mulheres recebem menos do que os homens. Enquanto o rendimento médio do homem é de R\$ 2.909,00, o da mulher é de R\$ 2.305,00 (IBGE, 2022).

Uma das principais formas de se legitimar essa diferenciação é a divisão sexual do trabalho, na qual os homens ocupam posições de destaque, enquanto as mulheres estão destinadas a posições inferiores.

Uma de suas vertentes é conhecida como segregação horizontal, na qual profissões de prestígio são destinadas aos homens enquanto outras profissões, não tão bem remuneradas, são destinadas às mulheres. Exemplificativamente, a área de tecnologia da informação é majoritariamente masculina e bem remunerada, enquanto profissões de auxiliar e de assistente de enfermagem, mal remuneradas, são destinadas às mulheres.

Outra de suas vertentes é a segregação vertical, na qual, dentro de uma mesma profissão, na mesma empresa, as mulheres estão limitadas aos cargos inferiores e os homens estão aptos a preencherem todos os cargos, sobretudo os de chefia. Tal fenômeno é comumente denominado como teto de vidro. Ex: bancário homem é superintendente regional ou gerente de agência e bancária mulher é gerente de contas ou escriturária.

Alice Monteiro de Barros (2008) define o teto de vidro como a barreira invisível que limita a ascensão das mulheres nas empresas, afastando-as dos cargos de chefia e postos de direção.

Nesse sentido, faz-se importante destacar a situação das diretorias das principais instituições financeiras do país como forma de se demonstrar o teto de vidro. O Bradesco compunha-se, ao final de 2022, de 1 diretor-presidente homem, 7 diretores executivos vice-presidentes homens, 8 diretores executivos gerentes homens, 2 diretoras executivas gerentes mulheres, 5 diretores executivos adjuntos homens. Portanto, apenas 8,7% dos cargos de alto escalão (2 de 23) são ocupados por mulheres (BRADESCO, 2022). O Banco do Brasil possuía, ao fim de 2022, 1 presidente homem, 7 vice-presidentes homens e 1 vice-presidente mulher, 20 diretores homens e apenas 3 diretoras mulheres. Portanto, apenas 12,5% dos cargos de alto escalão (4 de 32) eram ocupados por mulheres nessa instituição financeira (BANCO DO BRASIL, 2022). A Diretoria do Itaú, por sua vez, ao final de 2022, era composta por 1 presidente

homem, 10 diretores membros do Comitê Executivo homens e 1 mulher, além de 15 diretores homens e 3 diretoras mulheres. Portanto, apenas 13,3% dos cargos de alto escalão (4 de 30) eram ocupados por mulheres (ITAÚ, 2022). O Santander possuía no mesmo período 1 diretor-presidente homem, 7 diretores vice-presidentes executivos homens, 4 diretoras vice-presidentes executivas mulheres, 32 diretores homens, 6 diretoras mulheres. Portanto, apenas 20% dos cargos de alto escalão (10 de 50) eram ocupados por mulheres (SANTANDER, 2022). E a Caixa Econômica Federal possuía os melhores resultados, talvez como fruto dos escândalos de assédio sexual recentes, mas ainda estava longe do razoável. Ela possuía 1 presidente mulher, 7 vice-presidentes homens, 5 vice-presidentes mulheres, 19 diretores homens e 5 diretoras mulheres. Portanto, apenas 29,7% dos cargos de alto escalão (11 de 37) eram ocupados por mulheres (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2022). Note-se que apesar desses números todas essas empresas aderiram aos Princípios de Empoderamento das Mulheres, iniciativa da ONU Mulheres e do Pacto Global das Nações Unidas (WOMEN'S EMPOWERMENT PRINCIPLES, 2022) que visa o empoderamento das mulheres e almeja a igualdade de gênero, inclusive nos mais altos escalões das companhias.

Nos tribunais superiores, a situação não é diversa. Nenhum deles destinava em dezembro de 2022 sequer um terço de suas vagas às mulheres. No Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022) eram 2 mulheres de um total de 11 ministros ($2/11 = 18\%$). No Superior Tribunal de Justiça (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022) havia 6 mulheres de um total de 33 ministros ($6/33 = 18\%$). No Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2022) eram 7 mulheres de um total de 27 ministros ($7/27 = 26\%$). No Tribunal Superior Eleitoral (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022) havia 1 mulher de um total de 7 ministros ($1/7 = 14\%$). e no Superior Tribunal Militar (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, 2022) havia 1 mulher de um total de 15 ministros ($1/15 = 7\%$).

No mesmo sentido, a situação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A quantidade de professoras não passava de 19% em 2018. Eram 26 mulheres de um total de 137 professores (JORNAL DO CAMPUS, 2018). Ao final de 2022, a situação não mudou, eis que passaram a ser 28 mulheres e 122 homens, mantendo a média de 19% (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2022).

Outra forma de discriminação que existe, mas é mais rara na atualidade, é aquela mais escancarada, na qual para a mesma função, o homem recebe um valor superior ao da mulher.

Assim, o que não faltam são dados e estudos a comprovar a discriminação da mulher no mundo do trabalho.

3. Não enfrentamento das questões de gênero no Brasil

Como explicado anteriormente, no tocante à discriminação de gênero, poucos foram os autos de infração lavrados com base no art. 1º da Lei nº 9.029/95 ou no art. 373-A da CLT.

Ora, a primeira conclusão a que se chega é que o enfrentamento à discriminação de gênero não está gozando da atenção que merece.

Pois bem, a discriminação de gênero é com certeza a mais presente das discriminações em nossa sociedade. Por meio dela, cerca de metade da população tem seus direitos tolhidos. São cidadãs que não gozam de todos os benefícios que a nossa sociedade pode proporcionar.

Há mulheres em todos os estratos sociais, pobres ou ricas, de todas as raças, negras, amarelas, brancas, de todas as orientações sexuais, heterossexuais, homossexuais, de todas as religiões, etc.

Assim, o enfrentamento desse tipo de discriminação deveria ser tema de amplo destaque em nossa sociedade.

No entanto, não é assim que ocorre.

A questão de desigualdade de gênero no mundo do trabalho não teve a devida atenção em todos os níveis de nossa sociedade.

Passando pelos próprios costumes de nossos antepassados, reserva-se à mulher um papel secundário no mundo do trabalho. Tal matriz ideológica é repetida na legislação, na jurisprudência, no movimento sindical e na fiscalização trabalhista das questões de gênero.

A Juíza do Trabalho Lisandra Cristina Lopes (2019) explica, por exemplo, que não existe jurisprudência acerca de pagamento desigual entre homens e mulheres no Brasil. Não porque não exista essa diferença salarial, mas pelo fato de que a discriminação seja mais sutil na atualidade. Dificilmente será possível encontrar uma empresa que pague salários diversos para empregados no mesmo local, com a mesma função, apenas em razão do gênero, de modo a se enquadrar no art. 461 da CLT, que trata da equiparação salarial. A magistrada afirma que o momento em que discriminações tão evidentes eram praticadas já foi superado.

Em outras palavras, existe uma deficiência na legislação no tocante à equiparação salarial entre homens e mulheres, que se reflete na jurisprudência e na fiscalização. A miríade de condições impostas pelo legislador no art. 461 da CLT, após a Reforma Trabalhista, esvaziou de sobremaneira o instituto da equiparação salarial. Destaque-se que a disseminação do teletrabalho tornou mais difícil ainda o enquadramento no conceito de mesmo estabelecimento exigido pela norma. Outrossim com a proliferação da terceirização e da quarteirização, a subordinação ao mesmo empregador também se esvazia. Assim, existe dificuldade de se distribuírem demandas trabalhistas sobre a temática ou mesmo de se fiscalizar a questão.

No entanto, mesmo com a deficiência da legislação, há instrumentos legais que são subtilizados pelos atores sociais que têm o condão de coibir as práticas discriminatórias. É o caso dos arts. 1º da Lei nº 9.029/95 e 373-A da CLT.

Some-se a isso o fato de que os próprios sindicatos não têm a questão de gênero como algo caro nas negociações coletivas. Laís Wendel Abramo (2007) enxerga que essa problemática também é reflexo do androcentrismo, que da mesma forma impera no seio do movimento sindical, no qual as reivindicações refletem majoritariamente os anseios de homem médio.

Assim, em virtude dessa sofisticação da discriminação atual no qual as empresas raramente pagam salários desiguais para homens e mulheres que desempenham a mesma função, cabe destacar que a diferenciação da remuneração entre homens e mulheres se localiza no organograma das empresas ou da própria sociedade. Funções mais rentáveis são destinadas aos homens e funções menos rentáveis são destinadas às mulheres.

Quando isso ocorre no âmbito da sociedade não existem ferramentas para o Direito do Trabalho combater essas desigualdades. Exemplificativamente, se os empregadores dos homens engenheiros de computação e das mulheres auxiliares de limpeza são diversos, não pode o Direito do Trabalho enfrentar a questão, com o instrumental atualmente existente. Nesse caso, seriam necessárias políticas públicas para o combate do problema.

No entanto, se essa diferenciação salarial decorre do teto de vidro existente dentro de uma só empresa, acreditamos que a fiscalização trabalhista possa auxiliar no enfrentamento da discriminação com base no art. 1º da Lei nº 9.029/95 e no art. 373-A da CLT.

O artigo 1º da Lei nº 9.029/95 está assim descrito:

“Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo,

origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Facilmente se percebe que a discriminação no acesso à relação de trabalho é vedada pela norma. Já a hipótese do teto de vidro decorre de uma interpretação mais cuidadosa, consoante a valoração dos direitos fundamentais de não discriminação. Isso porque o teto de vidro também se trata de uma medida discriminatória que limita, em sentido amplo, o acesso integral da mulher à relação de trabalho. Afinal, ao segregar à mulher os cargos inferiores na hierarquia empresarial, o empregador não permite que a relação de trabalho da mulher seja plena. Ela é tratada como uma cidadã de segunda categoria.

Note-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, caput) e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF, art. 5º, I). Além disso, promover o bem de todos, sem preconceito de sexo ou qualquer outra forma de discriminação constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, IV). No mais, o Brasil ratificou as Convenções da OIT nº 100 (sobre Igualdade de Remuneração) e nº 111 (sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação) e a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ademais, um dos princípios fundamentais que regem a OIT, expresso na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, é o da “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

Não é por outra razão que Firmino Alves Lima, ao interpretar o art. 1º da Lei nº 9.029/95, defende que:

“Seria também inconstitucional a estipulação de prática discriminatória que visasse a suprimir determinado direito e vantagem trabalhista, sem justificção razoável e proporcional, pela quebra do mandamento geral de isonomia previsto o art. 5º, o qual prescreve que todos os brasileiros são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” (LIMA, 2006)

Assim, entendemos que o art. 1º da Lei nº 9.029/95 também seja aplicável aos casos de segregação vertical.

No entanto, resta evidente que o art. 373-A, III, da CLT é mais direto na vedação do teto de vidro. Afinal dispõe que é vedado “considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar

como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional".

No entanto, tal comando não tem recebido a atenção dos operadores do direito, em especial dos Auditores-Fiscais do Trabalho.

Há apenas um auto de infração lavrado com base no art. 373-A, III, da CLT em todo o território nacional desde que o "Sistema Auditor - Auto de Infração" foi criado em 2012.

Assim, resta claro que a fiscalização trabalhista precisa destinar um enfoque maior sobre a questão. Não existe hoje um projeto de fiscalização de combate à discriminação de gênero, como existe, por exemplo, no caso da pessoa com deficiência. Hoje, há um projeto de fiscalização específico em todo o território nacional que verifica o cumprimento da cota de pessoas com deficiência, estipulada pela Lei nº 8.213/91 em seu art. 93, mas não há um projeto de fiscalização de combate à discriminação de gênero.

Portanto, a criação de um projeto especial de fiscalização dessa questão seria uma medida salutar. Caso isso não seja possível diante da escassez de Auditores-Fiscais do Trabalho na atualidade, acreditamos que ao menos possam ser criadas algumas metas para o assunto.

4. Como configurar a discriminação para fins de autuação trabalhista na realidade legislativa atual

Inicialmente, descreveremos os procedimentos decorrentes da discriminação no momento da seleção para o ingresso na empresa, posteriormente, mencionaremos procedimentos decorrentes de discriminação na ascensão profissional e por fim relataremos procedimentos decorrentes de discriminação na remuneração em virtude de pagamento desigual.

Firmino Alves Lima define ato discriminatório como a "distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, de cunho antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade" (LIMA, 2006). Para o autor, não é preciso avaliar sequer a intenção do empregador ao discriminar, bastando tão somente que exista uma relação entre o ato do agressor e o prejuízo sofrido pela vítima.

Assim, para a configuração do ato discriminatório não basta existir uma distinção desfavorável para determinado grupo protegido. Essa distinção tem de ser antijurídica e desprovida de razoabilidade e racionalidade.

Desse modo, o ato discriminatório não pode ser analisado somente a partir dos quantitativos de homens e de mulheres dentro de uma empresa ou dentro de um segmento hierárquico. Há de se observar também a quantidade de candidatos e candidatas.

Afinal, não se pode punir uma empresa por apenas contratar homens se não havia mulheres candidatas às vagas. Em outras palavras, a ausência de candidatas é argumento razoável e racional a autorizar o resultado de uma empresa só contratar homens.

Ora, a discriminação surge quando existe quebra na equalização de oportunidades. E não existe essa ruptura no caso de nenhuma mulher ter se candidatado à vaga. Não existe uma distinção desfavorável nessa hipótese, eis que nenhuma mulher foi prejudicada.

Desse modo, para a configuração da discriminação há de se observar se existiram efetivamente mulheres que se candidataram ao cargo.

Portanto, para a configuração da discriminação no acesso ao emprego deve ser estudada a relação entre a quantidade de candidatos por gênero e a quantidade de pessoas efetivamente contratadas por gênero.

No entanto, somente essa análise da relação entre a quantidade de candidatos por gênero e a quantidade de pessoas efetivamente contratadas por gênero não é suficiente para se compreender a questão da discriminação como um todo.

Isso porque existem diversas formas de discriminação indireta que podem mascarar a relação matemática mencionada anteriormente. Por vezes os critérios para a possibilidade de participação já são discriminatórios.

Sandra Fredman (2011) explica que a discriminação indireta possui três elementos: igualdade de tratamento; um impacto desproporcionalmente excludente sobre aqueles que compartilham uma característica protegida; e a ausência de uma justificativa aceitável. Exemplificativamente, para a seleção de um cargo de gerente da empresa, a empresa cria uma regra aplicável a todos, como possuir diploma em determinado curso. Essa regra é aplicável a todos. No entanto, a empresa já sabe de antemão que apenas homens concluíram esse curso. Imagine-se ainda nessa hipótese que o curso não seria tão indispensável para o exercício da função de gerente. Diante desse cenário, tem-se que a regra criada é aplicável a todos, porém cria um impacto desproporcionalmente excludente às mulheres, e não existe uma justificativa aceitável para a estipulação desse critério. Nessa hipótese, restaria caracterizada a discriminação indireta.

Acreditamos também que a estipulação de um critério que leve em conta somente a experiência possa ser enquadrado, em alguns casos concretos, como discriminação indireta, se, em determinada situação, apenas os homens forem enquadrados como experientes e não existir uma justificativa aceitável para a estipulação desse critério.

Assim, para a configuração da discriminação deve ser analisada também a possível ocorrência de discriminação indireta.

No que tange à discriminação na ascensão profissional, também se pode utilizar a metodologia, fazendo os ajustes necessários. Como a empresa tende a limitar cada processo seletivo de um gerente a uma situação única e estanque, o Auditor-Fiscal do Trabalho tem de coletar informações dentro de um certo período. Exemplificativamente, durante os últimos cinco anos, foram selecionados cinco gerentes e todos eram homens, mas em todos os processos havia mulheres candidatas e nunca uma mulher foi escolhida.

Mas a partir de qual percentagem ou proporção pode-se caracterizar a discriminação?

Ora, a igualdade é um conceito relativo, pois depende da comparação de um com o outro. Não existe igualdade com apenas um elemento. A igualdade é uma relação. Assim, os iguais devem ser tratados igualmente. Outrossim, quando não se tratam igualmente os iguais, ofende-se a dignidade das pessoas prejudicadas.

Desse modo, consoante explica Sandra Fredman (2011), a jurisprudência americana tem aplicado a regra dos 4/5 para os casos de discriminação. Ela se traduz na relação entre a taxa de seleção entre os candidatos da característica protegida com a taxa de seleção entre os candidatos sem a característica protegida. Essa relação deve ser superior a 4/5. Assim, havendo, por exemplo, a mesma quantidade de candidatos com características protegidas e não protegidas concorrendo a vagas em uma empresa, será considerado discriminatório se o quantitativo de pessoas escolhidas da categoria protegida for inferior a 4/5 do quantitativo das pessoas escolhidas da categoria não protegida.

Exemplificativamente, se 50 homens e 50 mulheres concorrerem a 18 vagas de emprego, a fim de se respeitar a regra, ao menos 8 mulheres deverão ser contratadas, pois a taxa de seleção entre as mulheres será de 8/50 e a taxa de seleção entre os homens será de 10/50. Assim, comparando-se 8/50 e 10/50, haveria uma relação de 4/5.

Vamos a outro exemplo, apenas para esclarecer o aspecto matemático do critério. Se 75 homens e 25 mulheres concorrerem a 18 vagas de emprego, a fim de se respeitar a regra, ao

menos 4 mulheres deverão ser contratadas, pois a taxa de seleção entre as mulheres será de $4/25$ (ou seja, 16%) e a taxa de seleção entre os homens será de $14/75$ (algo em torno de 18,7%). Assim, comparando-se $4/25$ e $14/75$, haveria uma relação de $4,28/5$.

Trata-se, sem dúvida de uma regra interessante. No entanto, à falta de estipulação de um número absoluto ou de uma proporção na legislação brasileira, acredito que, inicialmente, a fiscalização deva ser mais conservadora na estipulação de uma proporção, devendo fixar uma regra que abarque inicialmente somente os casos extremos. E com o passar do tempo aplique percentuais mais rigorosos, chegando até a regra dos $4/5$.

E casos extremos de discriminação por gênero ainda são corriqueiros nas empresas Brasil afora.

Assim, sugerimos a autuação inicial em casos nos quais é desrespeitada a regra de $1/2$.

Essa proporção absurda traz à tona casos evidentes de discriminação, que mesmo pessoas que tenham ojeriza pela matemática conseguem identificar como discriminatórios.

Note-se que não é a relação absoluta de cargos efetivamente ocupados por homens e mulheres, mas a relação entre a taxa de seleção de mulheres e a taxa de seleção de homens.

Assim, havendo 50 homens e 50 mulheres concorrendo a 15 vagas de emprego, a fim de se respeitar a regra proposta do $1/2$, ao menos 5 mulheres deverão ser contratadas, pois a taxa de seleção entre as mulheres será de $5/50$ (ou seja, 10%) e a taxa de seleção entre os homens será de $10/50$ (ou seja, 20%). Assim, comparando-se $5/50$ e $10/50$, haverá uma relação de $1/2$.

Essa regra de $1/2$ valeria tanto para a contratação inicial dos trabalhadores como para casos de promoção.

Ora, muito possivelmente essa regra não estaria sendo cumprida hoje nem pelos tribunais superiores do país, na seleção de seus ministros, nem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na contratação de seus professores, mas essa relação de $1/2$ já demonstra de forma cabal a discriminação.

Assim, importante assinalar que, conforme leciona Sandra Fredman (2011), a igualdade é um conceito quadridimensional: primeiramente, quebra o ciclo de desvantagem associado a determinado grupo (dimensão redistributiva); em segundo lugar, promove o respeito à dignidade, corrigindo, assim, estigma, estereótipos, humilhação e violência devido à participação em um determinado grupo (dimensão de reconhecimento); em terceiro, não deve exigir a conformidade como preço da igualdade, em vez disso, deve acomodar a diferença e ter

como objetivo alcançar mudanças estruturais (dimensão transformadora); e, por último, a igualdade substantiva deve facilitar a participação plena na sociedade, tanto social quanto politicamente (dimensão participativa).

Imagine-se, por exemplo, o caso do operador de colheitadeira. Inicialmente, o corte da cana era realizado por meio da força humana pelos boias frias. Nessa época, homens costumavam ganhar mais do que mulheres, pois em virtude de características fisiológicas tinham mais força para efetuar o corte e atingiam maior produtividade. Com a mecanização, poder-se-ia afirmar que teria havido a eliminação das diferenças de ordem física existentes entre os gêneros, fato que, em tese, proporcionaria às mulheres igualdade no acesso aos novos empregos. No entanto, não foi esse o ensinamento que a história nos trouxe. Esse serviço mais bem remunerado foi realizado predominantemente por homens, apesar de as mulheres possuírem, geralmente, mais estudo do que os homens, o que poderia ser apontado como uma vantagem em relação aos homens, tendo em vista que as colheitadeiras são máquinas altamente tecnológicas. Segundo dados de 2018 da Federação dos Trabalhadores na Agricultura em Mato Grosso, menos de 10% das pessoas que operavam máquinas agrícolas pertenciam ao gênero feminino (G1, 2018).

Assim, se homens e mulheres concluírem o curso de operador de colheitadeira e participarem em igual número em processo seletivo para a função não existiria em tese razão para que apenas homens fossem contratados.

No entanto, se restar demonstrado durante a instrução processual que a ausência de contratação de mulheres decorreu da ausência total de candidatas, não restará caracterizada a discriminação. Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao julgar, em 16/05/2019, Recurso Ordinário em Ação Civil Pública (0010128-27.2018.5.03.0071) movida pelo Ministério Público do Trabalho contra fazendeiro que não havia contratado mulheres para ocupar a função de operador de máquina.

Portanto, o auto de infração sobre discriminação na contratação e na ascensão profissional deve descrever o ato discriminatório, explicando qual é a relação entre a quantidade de candidatos por gênero e a quantidade de pessoas efetivamente contratadas por gênero. Essa relação deve ser igual ou superior à proporção de 1/2. Há de observar ainda se o critério para a participação do processo seletivo não se enquadra como discriminação indireta.

Quanto ao auto de infração por pagamento desigual entre os gêneros é necessário descrever a diferença salarial entre os gêneros e as condições de igualdade entre as pessoas, atentando-se aos requisitos do art. 461 da CLT (mesmo empregador, mesmo estabelecimento empresarial, mesma função, mesma produtividade, mesma perfeição técnica, diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não superior a quatro anos, diferença de tempo na função não superior a dois anos, e inexistência de quadro de carreira ou de plano de cargos e salários, prevista em norma interna da empresa ou de negociação coletiva) ainda quando calcada no art. 373-A da CLT. Isso porque a CLT precisa ser lida sistematicamente e a intenção do legislador ao reformar o art. 461 da CLT foi claramente o de limitar as hipóteses de pagamento de igual salário.

5. Outras formas pelas quais a inspeção do trabalho pode contribuir no enfrentamento da discriminação

Além da autuação, a inspeção do trabalho também pode contribuir para o enfrentamento da discriminação por meio de outros instrumentos.

O primeiro deles é a celebração de Termo de Compromisso decorrente de procedimento especial de inspeção (CLT, art. 627-A). O Termo de Compromisso é um documento no qual a empresa reconhece perante a fiscalização que não está cumprindo a legislação, porém se compromete a adequar sua conduta dentro de determinado prazo. Geralmente estipula-se no Termo de Compromisso que a empresa não poderá ser autuada dentro do prazo previsto para a adequação da conduta.

Outra importante forma de atuação do Auditor-Fiscal do Trabalho é servir como mediador dos conflitos coletivos de trabalho (art. 616, § 2º da CLT e art. 21, IV, do Anexo I do Decreto nº 11.359/23), trazendo os sindicatos patronais e profissionais a criarem normas sobre o assunto.

No momento em que o movimento sindical passa por extremas transformações, com a ruptura do sistema de financiamento, bem como de uma possível reforma sindical que se avizinha, as entidades sindicais precisam se movimentar, criando novas formas de atrair associados.

Nesse sentido, entendemos que a elaboração de normas antidiscriminatórias em convenções ou acordos coletivos pode trazer bons frutos aos sindicatos, mas desde que essas

normas sejam claras e incisivas, como, por exemplo, com a estipulação de cotas para mulheres em todos os níveis hierárquicos da empresa, inclusive em cargos de chefia e de diretoria.

Isso porque as normas meramente programáticas ou ainda que permitiam à mulher tão somente participar de uma concorrência foram insuficientes para garantir a igualdade entre os gêneros.

Note-se que a ação afirmativa como forma de enfrentamento da segregação vertical foi adotada por diversos países. Beatrice Avolio Allechi e Giovanna Francesca Di Laura Mendoza (2017) citam que França, Bélgica, Noruega, Espanha, Holanda e Malásia adotaram cotas de gênero para membros de diretorias de grandes empresas. Menciona ainda que na Colômbia existe uma cota de gênero para cargos de gestão na Administração Pública.

Não é demais lembrar que o Brasil já adota a ação afirmativa como política pública no combate à discriminação desde 1991, quando editou a Lei nº 8.213/91, que previu em seu art. 93 a criação de cotas para pessoas com deficiência em empresas com 100 ou mais empregados. Assim, não existiria qualquer óbice à criação de uma ação afirmativa baseada no gênero.

Note-se que já existe uma iniciativa pioneira de estipulação de cotas para a mulheres no Brasil. E o mais curioso é que ela não vem das entidades mais diretamente identificadas com o mundo do trabalho, mas ao contrário, vem do mercado financeiro. A B3 está prestes a lançar sua norma para aumentar a diversidade de gênero e a participação de grupos sub-representados na alta liderança das companhias listadas na Bolsa (B3, 2022). Após a discussão ocorrida em 2022 (na qual restou identificado que 61% das companhias listadas pela Bolsa não tinham uma mulher sequer entre seus diretores estatutários), a expectativa é que essa norma seja publicada agora no primeiro semestre de 2023. De acordo com a proposta de norma, a previsão é que as empresas brasileiras de capital aberto tenham ao menos uma mulher e um integrante de comunidade sub-representada (pessoas pretas ou pardas, integrantes da comunidade LGBTQIA+ ou pessoas com deficiência) em seu conselho de administração ou diretoria estatutária. Note-se que a regra desenhada pela B3 tem os mesmos contornos da regra aplicada pela NASDAQ (NASDAQ, 2022).

Embora acreditemos que a meritocracia não possa ser aplicada quando parte da população foi privada da oportunidade de adquirir o mérito, entendemos que esse não é o caso das mulheres. Não falta mérito algum às mulheres. Via de regra, são pessoas mais estudadas e

com a mesma experiência de seus pares masculinos. No entanto, devido a estereótipos de nossa sociedade, a chance de se alcançar postos de destaque no país tem sido tolhida das mulheres.

Ademais a ação afirmativa não é uma exceção ao princípio da igualdade, mas é um meio de se alcançar o seu efetivo cumprimento. Afinal, como acentua Sandra Fredman (2011), a ação afirmativa remove barreiras discriminatórias, repara desvantagens passadas, estimula a participação e a representação dos interesses do grupo anteriormente excluído e promove a diversidade e a criação de novos modelos.

Não é por outra razão que a então advogada Cármen Lúcia Antunes Rocha já pregava em 1996 que a ação afirmativa era a “expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade” (ROCHA, 1996) e que a democracia não combinava com a discriminação. No mesmo sentido, o então Procurador da República Joaquim Benedito Barbosa Gomes já entendia, em 2001, que:

“As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.” (GOMES, 2001).

Note-se que na hipótese de se criar uma cota para mulheres desempenharem determinado cargo na empresa, sua fiscalização é extremamente simples, bastando verificar basicamente o cumprimento da cota. Afinal, argumentos de que não existem mulheres interessadas ou devidamente qualificadas para o exercício do cargo mostram-se pouco verossímeis diante da realidade brasileira (conquanto possíveis em casos muito específicos).

Acreditamos ainda que a estipulação de cotas para mulheres nos cargos de alta direção tende a produzir efeitos benéficos em todo o organograma empresarial, reduzindo, inclusive, a diferenciação de remuneração entre homens e mulheres nos postos mais baixos da hierarquia, pois alterando-se a mentalidade dos gestores, o combate estrutural da discriminação tende a se aperfeiçoar.

No entanto, as cotas devem ser estabelecidas em todos os níveis hierárquicos, de modo que as mulheres não fiquem isoladas. Precisa ser uma política empresarial que transpasse por todos os níveis da pirâmide organizacional. Afinal quando há apenas uma mulher, não são raros os casos de seus colegas homens iniciarem uma campanha de difamação ou até mesmo de casos

de assédio moral ascendente, quando os subordinados homens se juntam para prejudicar a chefe mulher. Por isso mesmo que os professores Edward H. Chang e Katherine L. Milkman (2020) salientam que em certos cenários ter apenas uma mulher em um grupo pode ser até mais deletério à defesa da igualdade de gênero do que não ter nenhuma.

Há de se pensar ainda que na sociedade ocidental atual, a diversidade é um valor e a limitação do poder a apenas um grupo homogêneo de pessoas, tão somente por gozar da mesma característica, não pode ser aceita. Ademais, os diferentes grupos experimentam e veem o mundo de forma diversa. Espera-se que o tempo no qual o legislador elegia quem eram os iguais tenha desaparecido e possa-se efetivar o comando de que todos são iguais perante a lei.

A criação de novos modelos também é fundamental. É preciso que as pessoas do grupo anteriormente excluído possam se inspirar em um exemplo. Isso auxilia de sobremaneira no processo de empoderamento. Exemplificativamente, saber que 50% dos cargos de diretoria de uma multinacional do ramo de tecnologia da informação ou de uma instituição financeira são compostos por mulheres estimula outras mulheres a traçarem carreiras nesse sentido. Por outro lado, saber que nenhuma mulher foi diretora de determinada empresa tem um efeito reverso, induzindo a mulher a nem sequer concorrer a uma vaga.

Além da possibilidade de criação de normas por meio de negociações coletivas tradicionais, acreditamos que o sindicato também possa buscar outras formas de se pressionar a empresa a celebrar um acordo ou uma convenção coletiva na atualidade.

Assim, se o sindicato tiver a habilidade necessária de convencer, por meio das redes sociais, parcela significativa dos consumidores de que a questão de gênero é um bem que deva ser protegido e houver uma mobilização digital nesse sentido, dificilmente a empresa não aceitará celebrar um acordo coletivo sobre o tema. Nesse cenário, é possível até mesmo que a própria empresa se adiante e altere unilateralmente o seu Regulamento de Empresa (hipótese de autorregulação). Ou até mesmo surja uma regulação setorial, liderada por um organismo ao qual as empresas de um setor estão associadas (como, por exemplo, a Febraban).

Também existe a possibilidade de o sindicato pressionar as entidades ou órgãos que emitem selos de boas práticas de gênero, como, por exemplo, o Programa Pró Equidade de Gênero e Raça, coordenado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres do Ministério das Mulheres, que analisa oito aspectos dividido em dois eixos. O primeiro eixo se refere à gestão de pessoas e analisa aspectos relativos a recrutamento e seleção, capacitação e treinamento,

ascensão funcional e plano de cargos e carreira (salário e remuneração), políticas de benefícios e programas de saúde e segurança. O segundo eixo se refere à cultura organizacional e analisa aspectos relativos a mecanismos de combate às práticas de desigualdade e discriminações de gênero e raça e de combate à ocorrência de assédios moral e sexual, prática de capacitação na cadeia de relacionamentos da organização e propaganda institucional interna e externa.

Também seria uma possibilidade o Sindicato criar o seu próprio ranking e seu próprio selo para avaliar as empresas nas questões de gênero.

Outra atitude que também cabe à Auditoria-Fiscal do Trabalho é comunicar o Banco Central no caso de julgamento de procedência do auto de infração em instância final administrativa. Isso porque o art. 3º da Lei nº 9.029/95 prevê, além da multa administrativa (inciso I), a proibição de obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais (inciso II).

Outra atitude que a Inspeção do Trabalho pode adotar para combater a discriminação de gênero é buscar a aproximação com organizações não governamentais de defesa dos direitos das mulheres. Isso pode ser importante para o diálogo com a empresa e até mesmo para o Auditor-Fiscal do Trabalho do gênero masculino. Muitos homens (diretores, gerentes, empregados das empresas fiscalizadas e até mesmo Auditores-Fiscais do Trabalho) não conseguem se enxergar como machistas. Nem todo homem consegue identificar os fenômenos do *maninterrupting* e do *mansplaining*. O *maninterrupting* acontece quando um homem interrompe a fala de uma mulher, algo que ele não faria se o interlocutor fosse homem. Já o *mansplaining* ocorre quando um homem explica algo óbvio a uma mulher, pois acha que a interlocutora não é intelectualmente capaz de entender, algo que ele jamais faria se o interlocutor fosse um homem.

Muitos homens também não conseguem perceber a desigualdade do seu tratamento diante de uma pessoa, tão somente em virtude de seu gênero. Nesse sentido, interessante o caso narrado por Edward H. Chang e Katherine L. Milkman (2020). Afirmam que o Professor Frank Flynn da Universidade de Stanford conduziu um estudo em sala de aula sobre uma empresária chamada Heidi Roizen. À metade do grupo foi apresentada uma narrativa sobre a empresária Heidi Roizen. À outra metade, foi apresentada a mesma narrativa, apenas alterando-se o nome da empresária para o nome masculino Howard Roizen. Quando solicitados a dar suas impressões sobre Roizen, os alunos que leram sobre Heidi foram muito mais duros do que

aqueles que leram sobre Howard; eles também classificaram Heidi como sendo menos competente, menos eficaz, menos agradável e menos contratável do que Howard. Essas avaliações pareciam ser motivadas pelo quanto os alunos não gostavam da personalidade agressiva de Heidi, embora aparentemente não se intimidassem com a personalidade agressiva de Howard. Apesar de ter um registro idêntico, o homem foi julgado muito mais favoravelmente do que a mulher porque o caso em consideração violou as expectativas das pessoas sobre como uma mulher deveria agir.

Acreditamos que questões como *manterrupting*, *mansplaining* e tratamento desigual em relação ao gênero do trabalhador sejam até passíveis de autuação, embora muito difíceis de verificação na prática. Desse modo, acreditamos que a colaboração entre ONG's, Auditoria-Fiscal do Trabalho e a própria empresa seja uma medida que pode contribuir para identificar e conscientizar os trabalhadores homens sobre essas práticas e suas consequências deletérias para o ambiente de trabalho.

6. Considerações finais

A Inspeção do Trabalho ainda tem muito a contribuir para o combate à discriminação de gênero. A estipulação de uma política pública de enfrentamento das questões de gênero por parte da Secretaria de Inspeção do Trabalho pode ser uma medida salutar. A criação de um projeto especial de fiscalização dessa questão seria a medida mais assertiva. Caso não seja possível, entendemos que ao menos alguns metas possam ser criadas sobre o tema.

A correta configuração da infração administrativa por vedação ao acesso de emprego e por vedação à ascensão profissional passa pela identificação de que existem candidatos e candidatas para as vagas, mas que a proporção de aprovação não é igual entre os gêneros. Também deve ser observado se não foram estipulados requisitos para as vagas que não se apresentam como razoáveis, causando a exclusão das candidatas mulheres, caso em que restará configurada a discriminação indireta.

Além da lavratura do auto de infração, a Inspeção do Trabalho também pode utilizar outros instrumentos para contribuir com o enfrentamento da discriminação de gênero, em especial, o Termo de Compromisso, a mediação e o diálogo com ONG's que defendem os direitos das mulheres.

7. Referências

ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?**. 2007. 327 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ALLECHI, Beatrice Avolio; MENDOZA, Giovanna Francesca Di Laura. Progreso y evolución de la inserción de la mujer en actividades productivas y empresariales en América del Sur. **Revista de la CEPAL**, Santiago, v. 122, p. 35-62, 2017.

B3. Mulheres seguem distantes dos cargos de alta liderança das empresas de capital aberto, apesar de avanço pontual em 2022. Disponível em: <<https://www.b3.com.br/pt-br/noticias/estudo-mulheres-na-alta-lideranca.htm>>
Disponibilizado em: 19 dez. 2022. Acesso em: 02 de jan. 2023.

BANCO DO BRASIL. Diretoria Executiva. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/diretoria-executiva/>> Acesso em: 31 dez. 2022.

BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun. 2008.

BRADESCO. Diretores Executivos. Disponível em: <https://www.bradescom.com.br/wp-content/uploads/sites/541/2023/01/01_COMPOSICAO-PORT_2_1_2023.pdf> Acesso em: 31 dez. 2022.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Diretoria Executiva. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/governanca-corporativa/Paginas/diretoria.aspx>>
Acesso em: 31 dez. 2022.

CHANG, Edward H.; MILKMAN, Katherine L. Improving decisions that affect gender equality in the workplace. **Organizational Dynamics**, v. 49, n. 1, p. 100709, 2020.

CNN. **Mulheres ganham 19% menos do que homens - no topo, a diferença é de mais de 30%**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-19-menos-que-homens-no-topo-diferenca-e-de-mais-de-30/>> Disponibilizado em: 02 abr. 2021. Acesso em: 31 dez. 2022.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

G1. **Número de mulheres que operam máquinas agrícolas aumenta em MT**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2018/11/26/numero-de-mulheres-que-operam-maquinas-agricolas-aumenta-em-mt.ghtml>>. Disponibilizado em: 26 nov. 2018. Acesso em: 04 jan. 2023.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, 2001.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD)**. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5436#resultado>>. Acesso em: 31 dez. 2022.

ITAÚ. **Diretoria Itaú Unibanco Holding SA**. Disponível em: <<https://www.itaubank.com.br/relacoes-com-investidores/itaunibanco/governanca-corporativa/estrutura-de-governanca/diretoria-itaunibanco-holding-s-a/>> Acesso em: 31 dez. 2022.

JORNAL DO CAMPUS. **O Clube do Bolinha**. Disponível em: <<http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2018/11/o-clube-do-bolinha/>> Disponibilizado em: 05 nov. 2018. Acesso em: 04 jan. 2023.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Lisandra Cristina. Diferenças de remuneração entre homens e mulheres: por que o tema não chega à Justiça do Trabalho? *In*: BOSCO, Carlos Alberto (coord.); FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes; RODRIGUES, Laura Bittencourt Ferreira; MAEDA, Patrícia (orgs.). **100 Anos da OIT: pensando o futuro do Direito do Trabalho**. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, p. 101-119, 2019.

NASDAQ. **NASDAQ Board Diversity Rule: what NASDAQ-listed companies should know**. Disponível em: <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/Board%20Diversity%20Disclosure%20Five%20Things.pdf> Acesso em: 31 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/199919-relatorio-da-oit-aponta-que-mulheres-recebem-20-menos-do-que-homens> Disponibilizado em: 19 set. 2022. Acesso em: 31 dez. 2022.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, 1996.

SANTANDER. **Administração**. Disponível em: <https://www.santander.com.br/ri/administracao> Acesso em: 31 dez. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministros em atividade**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/web/verMinistrosSTJ?parametro=1> Acesso em: 31 dez. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Composição da Corte**. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/composicao-corte-2> Acesso em: 31 dez. 2022.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Composição atual.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>> Acesso em: 31 dez. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Ministros do TST.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/ministros>> Acesso em: 31 dez. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Composição atual.** Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/institucional/ministros/apresentacao>> Acesso em: 31 dez. 2022.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Docentes.** Disponível em: <<https://direito.usp.br/docentes>> Acesso em: 30 dez. 2022.

WOMEN'S EMPOWERMENT PRINCIPLES. **WEP's signatories.** Disponível em: <<https://www.weps.org/companies>> Acesso em: 31 dez. 2022.

Uma visão alemã dos desafios do gênero na busca pelo sucesso A german view of gender challenges in the quest for success

Dr.a Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M.^{1 2}



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A autora dedica esse artigo à sua mãe.

Resumo: O caminho para uma mulher atingir o topo de cargos em empresas, sobretudo as pertencentes ao setor privado, é por demasiado longo e a chegada ao destino é incerta. Para a maioria das mulheres na Alemanha, integrar a alta gerência de empresas ainda permanece um objetivo quase inatingível. Esse artigo pretende expor o contexto atual alemão sobre o gênero feminino em cargos de alta gerência, incluindo as estatísticas atuais sobre o número de mulheres que ocupam os referidos cargos no setor privado. Além disso, a previsão legal atual sobre a matéria é brevemente explicada, assim como os motivos pelos quais a mais mulheres devem ser confiados cargos da alta gerência. Os desafios enfrentados durante o longo caminho até a cúpula empresarial também estão inseridos nesse trabalho, assim como alguns fatores que podem contribuir para o sucesso.

Palavras-Chave: Gênero, Sub-Representação, Desafios, Participação, Diversidade, Gerência

Abstract: The path for a woman to reach the top of positions in companies, especially those in the private sector, is too long and the arrival at the destination is uncertain. For most women in Germany, joining the top management of companies still remains an almost unattainable goal. The article aims to present the current German context regarding the female gender in top management positions, including current statistics on the number of women holding such positions in the private sector. In addition, the current legal provisions on the subject are briefly

¹ Dr.a Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M. é *Director Compliance* na *Infineon Technologies AG*, em Munique, Alemanha, e pode ser encontrada no endereço de e-mail: internationalcompliance.contact@gmail.com.

² Esse artigo reflete unicamente a opinião da autora e não da empresa onde trabalha ou outras empresas e escritórios de advocacia em que já trabalhou.

explained, as are the reasons why more women should be entrusted with top management roles. The challenges faced during the long road to the corporate top are also included in this work, as well as some factors that can contribute to success.

Key Words: Gender, Underrepresentation, Challenge, Participation, Diversity, Management.

1. Introdução

O caminho para uma mulher atingir o topo de cargos em empresas, sobretudo as pertencentes ao setor privado, é por demasiado longo e a chegada ao destino é incerta. Para a maioria das mulheres na Alemanha, integrar a alta gerência de empresas ainda permanece um objetivo quase inatingível.

Consensualmente aceita por parte da sociedade é a opinião de que faz-se necessário que mais mulheres ocupem posições da alta gerência, de forma a representarem, ao menos de forma paritária, o número de empregados do referido gênero no topo de organizações. Também essa é a posição do legislador local, que tanto em 2016 quanto em 2021 criou leis obrigando empresas a confiar a um número maior de mulheres cargos de gerência. No entanto, o desenvolvimento desse objetivo tem demorado mais do que se espera e pouco foi alcançado desde então.

Esse artigo pretende expor o contexto atual alemão sobre o gênero feminino em cargos de alta gerência, incluindo as estatísticas atuais sobre o número de mulheres que ocupam os referidos cargos no setor privado. Além disso, a previsão legal atual sobre a matéria é brevemente explicada, assim como os motivos pelos quais a mais mulheres devem ser confiados cargos da alta gerência.

Os desafios enfrentados durante o longo caminho até a cúpula empresarial também estão inseridos nesse trabalho, assim como alguns fatores que podem contribuir para o sucesso.

A ocupação de posições de gerência por líderes femininos no setor público não é objeto desse artigo.

2. Estatística: número ocupado por mulheres na gerência empresarial em 2021

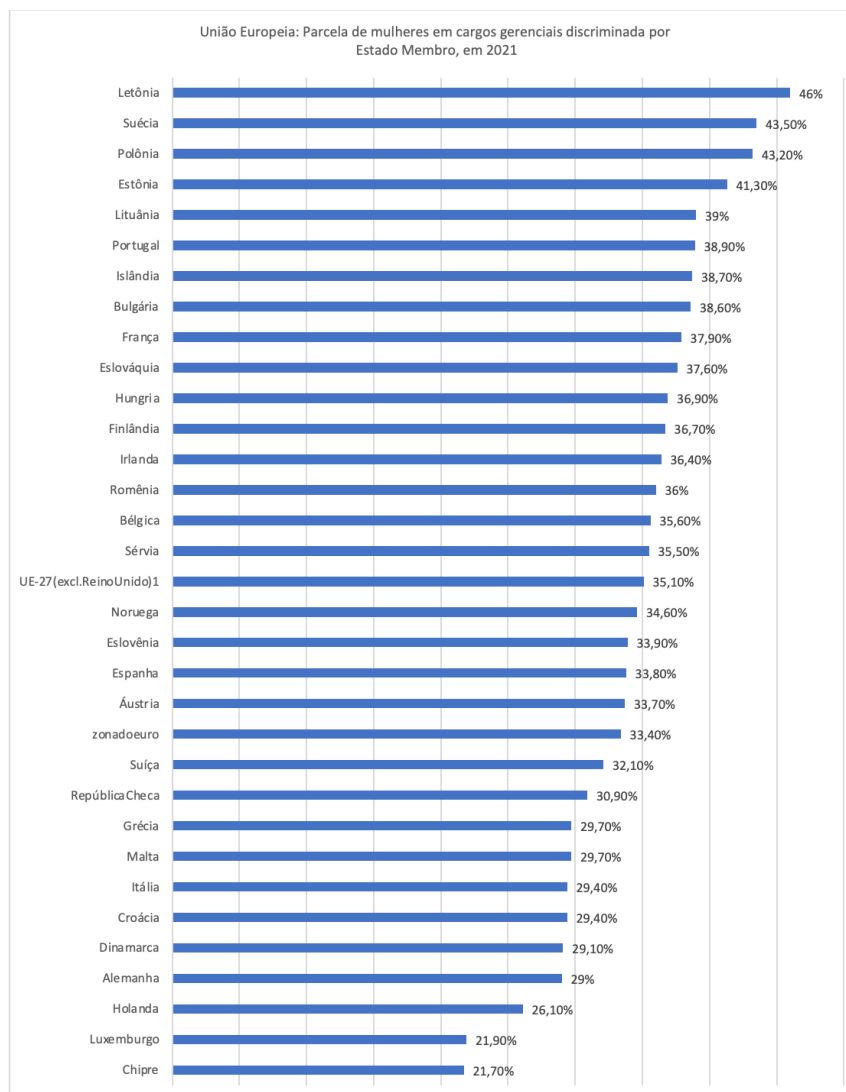
2021 contou com 29,2% das posições de gerência ocupadas em empresas alemãs com representação exclusivamente feminina.¹ Os números dizem respeito tanto a cargos de presidência quanto a cargos de gerência de hierarquia inferior ao ocupado pela cúpula empresarial.² Partindo-se do princípio que 51% da população alemã pertence ao gênero feminino, conclui-se que a maior parte das mulheres ainda não se encontra percentualmente representada em cargos no topo da pirâmide empresarial, como se esperaria.³

Comparando esses números com os publicados em relação à mesma matéria na União Europeia, a Alemanha ocupa a *vigésima* posição entre os 27 países europeus que menos confia à mulheres cargos de gerência.

¹ Frauen in Führungspositionen Statistiken, Quoten und Hindernisse, Personio, P. 3, 2021.

² Frauen in Führungspositionen Statistiken, Quoten und Hindernisse, Personio, P. 3, 2021; IAB-Kurzbericht: Führungspositionen in Betrieben und Verwaltungen. Der Weg nach ganz oben bleibt Frauen oft versperrt. Kohaut/ Möller, P. 3, 2022: As mulheres estão significativamente melhor representadas no segundo nível gerencial. Aqui, a participação das mesmas chega a 40%.

³ Frauen in Führungspositionen Statistiken, Quoten und Hindernisse, Personio, P. 3, 2021.



FONTE ⁴

Quando a quota a ser analisada diz respeito exclusivamente ao percentual ocupado por mulheres em cargos de presidência em empresas privadas, os números são ainda mais alarmantes: A apenas 14,7 % de mulheres foram confiados cargos de presidência nas principais 200 empresas alemãs durante o ano de 2021.⁵ A tendência é de que quanto menor a empresa, menor o número de mulheres nela representado. Como a exceção confirma a regra há, de fato,

⁴ https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/Bevoelkerung-Arbeit-Soziales/Arbeitsmarkt/Frauenanteil_Fuehrungsetagen.html

⁵ Frauen in Führungspositionen Statistiken, Quoten und Hindernisse, Personio, P. 3, 2021. A fonte de citação usada pela Personio é a Statista e o original pode ser acessado através do link: <https://de.statista.com/themen/873/frauenquote/#editorsPicks>

setores econômicos com maior representação feminina, incluindo o da saúde, da educação, do trabalho social e do ensino.⁶

3. Previsão legal

O Governo Federal Alemão revisou e ampliou a “Lei para a Igualdade de Participação de Mulheres e Homens em Posições de Liderança” (*Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im Öffentlichen Dienst*, FüPoG), que foi introduzida em 2016.⁷

Enquanto a primeira versão visava aumentar a proporção de mulheres nos Conselhos de Administração com empresas contando mais de 500 empregados, a emenda - chamada Segunda Lei de Posições de Liderança (*Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im Öffentlichen Dienst*, FüPoG II) - visa aumentar a proporção de mulheres na diretoria geral (neste artigo também por vezes referido como presidência).⁸

No futuro, as empresas listadas na bolsa de valores e as com co-determinação igualitária, devem nomear pelo menos uma mulher para a Diretoria Geral, se esta for composta por mais de três pessoas (requisito mínimo de participação). Além disso, as empresas serão obrigadas a estabelecer metas para que mais mulheres atinjam cargos de gestão e a informar o público sobre seus alvos de respeito a quotas do gênero. A nova versão da lei prevê sanções eficazes para as empresas que não informam os números alvo de quotas de gênero, assim como para aquelas que, em se decidindo e informando quota alvo zero, não apresentam uma razão para essa decisão.⁹

⁶ IAB-Kurzbericht: Der Weg nach ganz oben bleibt Frauen oft versperrt, Kohaut/Möller, P. 3-4, 2022.

⁷ O original da Lei para a Igualdade de Participação de Mulheres e Homens em Posições de Liderança Alemã (Jg. 2015, Teil I, Nr. 17, Dienst vom 24. April 2015, Bonn) pode ser acessado através do link: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl115s0642.pdf#_bgbl_/*\[@attr_id='bgbl115s0642.pdf'\]_1676222716573](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl115s0642.pdf#_bgbl_/*[@attr_id='bgbl115s0642.pdf']_1676222716573)

⁸ O original da Segunda Lei para a Igualdade de Participação de Mulheres e Homens em Posições de Liderança Alemã (Teil I, Nr. 51, 11. August 2021, Bonn) pode ser acessado através do link: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl121s3311.pdf#_bgbl_/*\[@attr_id='bgbl121s3311.pdf'\]_1676223529398](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl121s3311.pdf#_bgbl_/*[@attr_id='bgbl121s3311.pdf']_1676223529398)

⁹ Ainda não foi disposto como as sanções ocorrerão na prática.

4. O porquê da inserção de mulheres em posições de gerência

A discussão sobre o motivo da inserção de mulheres em posições de gerência não é recente, sobretudo no que toca o âmbito da igualdade entre gêneros. Indaga-se, no entanto, se existe um motivo diverso do da igualdade para que empresas devam se empenhar confiando a mulheres cargos da alta gerência.

A Organização Internacional do Trabalho (ILO) publicou um estudo chamado “*Women in Business and Management: The business case for change*”, que contou com a participação de 12.000 empresas de 70 países.¹⁰ Mais de 57% das empresas analisadas confirmaram que a diversidade de gênero melhora o desempenho comercial.¹¹ Quase dois terços das empresas que possuem um sistema de monitoramento ativo da diversidade de gênero (masculino e feminino) em posições de liderança aumentaram seus lucros entre 5 a 20%.¹² A maioria das empresas conseguiu aumentos de 10 a 15%.¹³

Aproximadamente 57% das empresas pesquisadas relataram uma melhoria na aquisição e retenção de trabalhadores qualificados.¹⁴ Mais de 54% relataram melhorias de desempenho interno nas áreas de criatividade, inovação e abertura empreendedora.¹⁵ Ao mesmo tempo, a imagem externa da empresa melhorou.¹⁶ Quase 37% das empresas analisadas também acreditam que são mais capazes de avaliar as necessidades de seus clientes.¹⁷

¹⁰ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹¹ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹² Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹³ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹⁴ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹⁵ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹⁶ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹⁷ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

Com base em dados de 186 países de 1991 a 2017, o efeito macroeconômico do aumento da taxa de emprego feminino também foi comprovado: uma maior proporção de mulheres no mercado de trabalho tem um efeito positivo sobre o crescimento econômico de um país.¹⁸

5. Barreiras a serem ultrapassadas

São numerosas as barreiras a serem ultrapassadas por mulheres que almejam obter cargos da alta gerência em empresas do setor privado. As elencadas aqui não são de natureza científica, mas sobretudo de ordem especulativa, sem pretensão de completude, tampouco fundadas em pesquisas provenientes da área de Recursos Humanos.

O *networking* é considerado um dos fatores cruciais para se atingir posições no ápice de empresas. Via de regra, essas posições não são publicadas em anúncios de empregos por plataformas eletrônicas, mas obtidas através de conhecimento informal, com uso de *networking* pessoal relevante de carreira. De acordo com *Personio*, líderes masculinos promovem outros do mesmo gênero com mais frequência do que mulheres. Entre as razões citadas estão o fato dos primeiros preferirem estar “entre si” ou acreditarem que mulheres não são qualificadas ou adequadas o suficiente para ocupar cargos na presidência ou no órgão de controle empresarial (*Old Boy network*).¹⁹

O modelo atual de horas de trabalho semanal também pode ser incluído como desafio a ser ultrapassado por mulheres que almejam ocupar cargos da alta gerência. Geralmente, os últimos requerem enorme dedicação no que diz respeito também ao grande número de viagens internacionais e carga horária, que obviamente excede em muito as 40 horas trabalhadas e cumpridas por funcionários fora da gerência. Além disso, esses cargos são ocupados, via de regra, por *managers* com idade superior a 30 anos, idade crucial para mulheres com *background* acadêmico, que desejam formar uma família. Em algum momento, a líder feminina se vê obrigada a optar entre dedicar-se ao bem-estar e necessidades dos filhos e da sua vida privada como um todo, ou a continuar galgando o próximo passo rumo ao topo da carreira, sem garantia de que o mesmo será alcançado. Mais tardar quando vem à tona o longo tempo de licença maternidade gozado, fica claro para alguns poucos incentivadores do trabalho exercido pelo

¹⁸ Para maiores informações sobre o trabalho da ILO acesse o link:

https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_703609/lang--de/index.htm

¹⁹ Frauen in Führungspositionen Statistiken, Quoten und Hindernisse, Personio, P. 10-11, 2021.

gênero feminino, onde algumas mulheres colocam sua prioridade; o que não necessariamente procede para o gênero em sua integralidade.

Ainda é frequente a existência de estereótipos comportamentais sobre mulheres e homens. Via de regra, mulheres são socialmente vistas com maior interesse na família e vida privada do que na carreira, enquanto homens são natural e socialmente mais bem aceitos como líderes e provedores financeiros da família. Além disso, é predominantemente masculina a interpretação dada atualmente ao que se considera símbolo de uma gerência eficiente: Atributos como dureza, excesso de auto-confiança e assertividade são classificados como inerentes ao gênero masculino, enquanto que intuição e empatia são, via de regra, entendidas como qualidades fracas, femininas e pouco compatíveis com as tarefas a serem realizadas pela alta gerência. Com isso mulheres são colocadas em desvantagem frente aos homens. O mercado corporativo sem dúvidas paga mais aos homens pelo mesmo serviço realizado, do que às suas colegas do gênero feminino.

Quanto ao preenchimento de requisitos para se ocupar cargos de gerência geral, as exigências espelham a vivência e prática no gerenciamento exercido desde sempre por líderes do gênero masculino. Essa posição hierárquica masculina e dominante enquadraria o pouco tempo exercido pelas mulheres na segunda linha de gerência até então, como falta de habilidade para ocupar o topo empresarial. Lhes faltaria a experiência. Há na literatura técnica quem mencione para isso o fenômeno “*glass ceiling*”.²⁰ Isso significa que no processo de recrutamento para o exercício de cargos de gerência, homens ainda contam com mais vantagens sobre as mulheres, isso porque a seleção se dá, via de regra, por uma maioria masculina.

Em um estudo publicado na obra “*The Confidence Code*”, as autoras *Katty Kay* e *Claire Shipman* provaram cientificamente que mulheres se candidatam a cargos que lhes promovem apenas quando preenchem 100% dos requisitos exigidos pelos mesmos, enquanto homens, ao contrário, o fazem quando preenchem apenas 60% do que a vaga exige.²¹ A pesquisa

²⁰ Zur Unterrepräsentanz von Frauen in Spitzengremien der Wirtschaft - Ursachen und Handlungsansätze, Holst/Wieder, 2010, cit. IAB-Kurzbericht: Der Weg nach ganz oben bleibt Frauen oft versperrt, Kohaut/Möller, P. 7, 2022.

²¹ Compare: Schärer, K. (Sem data). Mangelndes Selbstvertrauen hindert Frauen an der Karriere. Acessado pela última vez em 24/02/2023 no Aargauer Zeitung: <https://www.aargauerzeitung.ch/leben/leben/mangelndes-selbstvertrauen-hindert-frauen-an-der-karriere-128143030>; Citado por Stuppner, Frauen in Führungspositionen. Karriere mit Hindernissen, P. 29, 2020.

demonstrou, assim, que mulheres confiam menos em si do que os homens.²² Talvez isso se deva à sua educação familiar, aos sistemas escolares oferecidos às meninas, ou às diferenças hormonais e genéticas.²³ As mulheres subestimam sua própria capacidade por se compararem à uma imagem de “mulher ideal”.²⁴

Ilustração interessante sobre a matéria foi feita pela autora *Verena Stuppner*, que cita o quanto a ex-diretora do Fundo Monetário Internacional, *Christine Lagarde*, admitiu duvidar da sua própria competência profissional.²⁵

A última afirmou:

“*Angela Merkel* e eu descobrimos que ambas temos o mesmo hábito. Quando trabalhamos um determinado tema, trabalhamos o dossiê de dentro, de fora, de lado, de trás para frente, histórica, genética e geograficamente. Queremos ter um controle sobre tudo, entender tudo e não ser enganadas por ninguém”.²⁶

6. Conclusão

Atualmente o gênero feminino ainda se encontra sub-representado no topo de empresas privadas alemãs e européias. Esse déficit de representação já foi identificado pelo legislador local em 2016. Ajustes na previsão legal ocorreram no ano de 2021 e se espera que as consequências aplicáveis para empresas que se decidam voluntariamente pela não integração do gênero feminino em sua presidência e órgão de controle venham a mudar o cenário atual.

Através da igualdade de oportunidades, diversidade e integração, empresas podem obter melhores resultados. A discussão de tais resultados não deve se pautar sobre se homens ou

²² Compare: Schärer, K. (Sem data). Mangelndes Selbstvertrauen hindert Frauen an der Karriere. Acessado pela última vez em 24/02/2023 no Aargauer Zeitung: <https://www.aargauerzeitung.ch/leben/leben/mangelndes-selbstvertrauen-hindert-frauen-an-der-karriere-128143030>; Citado por Stuppner, *Frauen in Führungspositionen. Karriere mit Hindernissen*, P. 29, 2020.

²³ Compare: Schärer, K. (Sem data). Mangelndes Selbstvertrauen hindert Frauen an der Karriere. Acessado pela última vez em 24/02/2023 no Aargauer Zeitung: <https://www.aargauerzeitung.ch/leben/leben/mangelndes-selbstvertrauen-hindert-frauen-an-der-karriere-128143030>; Citado por Stuppner, *Frauen in Führungspositionen. Karriere mit Hindernissen*, P. 29, 2020.

²⁴ Compare: Schärer, K. (Sem data). Mangelndes Selbstvertrauen hindert Frauen an der Karriere. Acessado pela última vez em 24/02/2023 no Aargauer Zeitung: <https://www.aargauerzeitung.ch/leben/leben/mangelndes-selbstvertrauen-hindert-frauen-an-der-karriere-128143030>; Citado por Stuppner, *Frauen in Führungspositionen. Karriere mit Hindernissen*, P. 29, 2020.

²⁵ Citado por Stuppner, *Frauen in Führungspositionen. Karriere mit Hindernissen*, P. 29, 2020.

²⁶ Compare: Schärer, K. (Sem data). Mangelndes Selbstvertrauen hindert Frauen an der Karriere. Acessado pela última vez em 24/02/2023 no Aargauer Zeitung: <https://www.aargauerzeitung.ch/leben/leben/mangelndes-selbstvertrauen-hindert-frauen-an-der-karriere-128143030>; Citado por Stuppner, *Frauen in Führungspositionen. Karriere mit Hindernissen*, P. 29, 2020.

mulheres são melhores líderes em comparação. Homens e mulheres trazem diferentes qualidades e perspectivas, que uma vez reunidas se completam, se aperfeiçoam e tornam uma empresa mais bem-sucedida.

Ainda assim são necessárias medidas concretas para promover as mulheres também em áreas estrategicamente importantes da empresa, já que os desafios a serem ultrapassados para obter cargos da alta gerência são numerosos. Entre elas se inclui a possibilidade da conciliação da promoção entre carreira e vida familiar, através do uso do *home office* e da flexibilidade no início e término diário da jornada de trabalho, obviamente desde que a última não infrinja a lei trabalhista local.

A pandemia permitiu o surgimento de novos modelos de trabalho e conseqüentemente, empresas foram obrigadas a repensar modelos pré-estabelecidos, assim como o controle de seus empregados. Se economicamente a pandemia gerou perdas, ela viabilizou, ao menos em parte, a conciliação entre vida privada, familiar e trabalho. Isso não apenas para o gênero feminino.

Assim, é preciso que esses novos modelos de trabalho surgidos com a pandemia sejam considerados socialmente normais, que sua prática se torne aceita pela gerência geral e que não sejam criados novos estereótipos quanto a isso, quais sejam, que os modelos existem para viabilizar a conciliação de vida familiar e de trabalho para funcionários fora da gerência. Finalmente, outro estereótipo que se deseja suprimir é de se esperar de um gerente, que ele esteja integralmente à disposição do empregador diretamente no local do trabalho e não em casa, a ser contactado através de um sistema de videoconferência.

A diversidade é um fator de contribuição para o sucesso empresarial e ela inclui não apenas a inserção do gênero feminino em cargos que hoje são ocupados em sua maioria por homens, mas também é determinada por outros fatores, como a diferença de idade entre os membros de órgãos da cúpula empresarial (como o de controle e a presidência exercida através de um colegiado), as diversas culturas a que pertencem, suas variadas qualificações (desde que isso possibilite um melhor desempenho das tarefas a serem realizadas) e diferentes nacionalidades.

De grande vantagem pode ser a promoção da mentoria, tanto no desenvolvimento de uma personalidade de gerência a ser exercida pelo gênero feminino (incluindo acúmulo de *soft skills*), quanto no aumento de *networking* e no aprendizado da ultrapassagem de barreiras de

crescimento e desenvolvimento de carreira. Mulheres detém uma gama considerável de talentos que devem ser utilizados por associações patronais de forma inteligente.

Para se encontrar a candidata correta, uma boa parcela de *employer branding* eficaz pode fazer a diferença: É necessário que empresas conscientemente façam publicidade na descrição de suas vagas, quando do oferecimento das mesmas, no sentido de possibilitar que ela seja ocupada a título de 50% (meio expediente), assim como a publicação, de antemão, da possibilidade de se trabalhar de casa em alguns dias da semana, do oferecimento de mentoria, de treinamentos para o desenvolvimento de talentos, além dos técnicos já existentes para o exercício de cargos da alta gerência.

Em conclusão, critérios decisivos de preenchimento de vagas devem ser somente o caráter, a experiência e demais qualificações técnicas. Não o gênero. Afinal, o sucesso está na diversidade.

ASSIMETRIA SEXUAL NAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS

Uma análise sob dois paradigmas científicos

SEX ASYMMETRY IN CRIME STATISTICS

An analysis under two scientific paradigms

Egberto Zimmermann¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A sub-representação feminina nas estatísticas criminais é um fenômeno universalmente observado e vem suscitando debates no âmbito acadêmico acerca de suas prováveis causas. No presente artigo são abordadas teorias que visam explicar esta assimetria a partir do paradigma científico das Ciências Humanas tradicionais, bem como a partir do paradigma naturalista emergente, em especial pela Psicologia Evolucionista. Ao final se conclui pela possibilidade de contribuição ao debate a partir deste novo paradigma, não obstante a resistência que sofre dos teóricos das Ciências Humanas tradicionais.

Palavras-chave: Criminologia. Estatísticas. Sub-representação feminina. Teorias sociológicas. Psicologia Evolucionista.

Abstract: Female underrepresentation in criminal statistics is a universally observed phenomenon and raises debates in the academic fields about its probable causes. In this article, theories are addressed that aim to explain this asymmetry from the scientific paradigm of the traditional Human Sciences, as well as from the emerging naturalistic paradigm, especially by Evolutionary Psychology. In the end, it is concluded that it is possible to contribute to the debate from this new paradigm, despite the resistance suffered by theorists of traditional Human Sciences.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Criminologia pelo Instituto Superior do Ministério Público, em Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal pela Universidade Federal Fluminense e em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas.

Key-words: Criminology. Statistics. Female underrepresentation. Sociological theories. Evolutionary psychology.

1. Introdução

O estudo das estatísticas criminais de diversos países revela um dado persistente, não obstante a variedade das culturas e das estruturas sociais e políticas de onde elas são produzidas. Trata-se da assimetria sexual referente à autoria dos delitos, sendo muito mais expressiva a presença de homens como autores de crimes do que de mulheres.

Esta regularidade já foi constatada por inúmeros autores, chegando-se mesmo a ser considerada uma das características mais marcantes das estatísticas criminais¹. De fato, em trabalho anterior que abordou a temática, foram coletados diversos dados de vários países distintos, incluindo aqueles que não se inserem na tradição ocidental, mantendo-se invariavelmente este padrão². Outra característica constante também observada foi a maior participação estatística de mulheres em delitos que não envolvem violência ou exposição a risco.

Os dados estatísticos obtidos no trabalho acima mencionado demonstram, igualmente, que essa assimetria se manteve constante ao longo do tempo, notando-se uma discreta alteração com o advento de movimentos sociais pelos direitos da mulher. Mesmo assim, este ligeiro aumento ocorreu em delitos que não envolvem violência ou exposição a risco físico e decorreu, muito provavelmente, do acesso da mulher às oportunidades delitivas antes não disponíveis.

Esta persistência da assimetria sexual no tempo, inclusive, foi objeto de registro no Anuário de 2019 do Fórum de Segurança Pública. De acordo com o relatório produzido, em 2017 o número de mulheres presas representava 5% da população carcerária, ao passo que 95% eram homens, contrariando a expectativa de uma maior representatividade feminina. Conforme o que consta deste relatório, embora exista uma narrativa de que a população carcerária do sexo feminino estaria aumentando, a sua representação percentual vem se mantendo estável, não

¹ Segundo HEIDENSOHN, Frances (*apud* NEWBURN, Tim – *Criminology*. Willian Publishing. Devon. 2007), “sex differences in criminality are so sustained and so marked as to be, perhaps, the most significant feature of recorded crime.”

² ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e Natureza Humana*. Ed. Núria Fabris. 1ª edição. Porto Alegre. 2011. Nesta obra foram pesquisadas estatísticas criminais de diversos países europeus e do continente americano, como também de nações como Israel, Turquia, Geórgia, China e Ilhas Maldivas.

obstante o aumento significativo dos números absolutos (o que também ocorreu, proporcionalmente, com a população carcerária masculina)³.

Diante da universalidade do fenômeno, a questão da assimetria sexual se coloca como um desafio a ser respondido pelas teorias criminológicas. E, embora o campo da Criminologia seja fortemente influenciado pelas teorias sociológicas e suas concepções sobre o “Homem”, um novo paradigma científico vem se consolidando no âmbito das ciências em geral, repercutindo, obviamente, no seu objeto de estudo.

Vejamos, portanto, como surgiu este novo paradigma e, em seguida, como as diferentes concepções do “Homem” podem afetar a compreensão dos fenômenos sociais, dentre os quais a assimetria sexual nas estatísticas criminais.

2. O advento do paradigma do “homem neuronal”

A produção do saber científico sempre esteve atrelada ao paradigma vigente de cada época e a uma certa concepção do que seria o “Homem”. A partir de determinada noção sobre a natureza humana, tem-se a correspondente possibilidade de Ciência, seja da natureza, seja do homem.

A compreensão sobre o que definia o “Homem” não foi uniforme ao longo da história humana. Conforme a lição do filósofo francês Francis Wolff⁴, é possível perceber quatro figuras diferentes do “Homem” no percurso histórico ocidental, combinando-se classificações a partir de distinções entre concepções *monistas* e *dualistas*, bem como entre *essencialistas* e *não essencialistas*.

A distinção entre *monismo* e *dualismo* se refere à ontologia do homem, a saber se o que compõe a realidade humana se realiza unicamente no plano da natureza (monismo), ou em dois planos distintos e irreduzíveis (dualismo). Por sua vez, a distinção entre concepções *essencialistas* e *não essencialistas* reside na ideia de o homem possuir ou não uma “essência”, consistente em traços característicos comuns e invariáveis que permitem distingui-lo de outros seres⁵.

³ Dados obtidos no site https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf (pesquisa realizada em 12 de fevereiro de 2023).

⁴ WOLFF, Francis. *Nossa Humanidade: De Aristóteles às neurociências*. Ed. Unesp. São Paulo. 2012.

⁵ Francis Wolff assim define o essencialismo: “*Entendemos por essencialismo a tese de que todos os homens, em toda parte, sempre, em todas as circunstâncias, possuem uma mesma ‘essência’, ou seja, traços comuns permanentes e invariáveis que permitem diferenciá-los clara e absolutamente dos outros seres e em relação*”

De acordo com o autor acima mencionado, a primeira figura de “Homem” é a de Aristóteles em sua famosa afirmação de que “*o homem é um animal racional*”, que permitiu a fundação das ciências da natureza, dado que na concepção platônica não se poderia considerar como “cientificamente fundamentado” algo que não fosse eterno e imutável como são os fenômenos naturais, mas tão somente o conhecimento de objetos puramente racionais, como os números.

Como discípulo de Platão, Aristóteles também reconheceu a necessidade de que o objeto do conhecimento científico fosse algo fixo e imutável, motivo pelo qual adotou como metodologia a busca pelas características que fossem comuns e imutáveis nos animais, isto é, por sua “essência”. As ciências naturais seriam menos exatas que as matemáticas, embora tivessem o potencial de descrever e definir os objetos do conhecimento como também traçar explicações causais.

Nesta concepção aristotélica, o “Homem” serviria como o modelo para o estudo de todo o mundo natural (marcado por hierarquias, essências e finalidades fixas e pré-estabelecidas), sendo-lhe reservado um caráter de centralidade no âmbito dos seres vivos e para quem os animais devem servir. A natureza do “Homem” seria o seu *logos*, vale dizer, o “Homem” expressa a sua natureza com a racionalidade, com a linguagem e com a vida política. Tem-se, assim, um paradigma *monista* e *essencialista*.

Embora este paradigma aristotélico tenha permitido o surgimento das ciências naturais, os comportamentos individuais e coletivos dos homens, bem como seus pensamentos e ações, ainda ficavam de fora do escrutínio científico, permanecendo no campo das “ciências normativas”, informando sobre regras éticas e de organização política.

Ao paradigma aristotélico segue-se o fundado por René Descartes, que teve por objetivo a busca por conhecimentos que pudessem ser firmes e constantes, livres de qualquer dúvida. E a única certeza absoluta por ele vislumbrada seria a da própria existência através do acesso direto a seus próprios pensamentos, surgindo daí a sua famosa afirmação “*penso, logo existo*”. Com Descartes se consolida a ideia *dualista* do “Homem”, consistindo numa “*alma*

aos quais os traços que os distinguem uns dos outros, sendo acidentais e secundários, em nada alteram essa essência. Não opomos o essencialismo ao existencialismo (a tese de Sartre de que cada homem deve definir-se a si mesmo pelos atos que constituem a sua existência concreta), mas a toda forma de antiessencialismo, para a qual nenhum critério absoluto permite diferenciar claramente os homens dos outros seres e para a qual os traços que distinguem os homens entre si predominam sobre os que têm em comum.” (obra citada, pág. 115)

estritamente unida a um corpo”, que é, para o filósofo, a *essência* do “Homem”. E, para ele, ao contrário do sustentado por Aristóteles, a racionalidade não seria uma característica do animal humano, mas sim o atributo que o afasta da animalidade⁶.

Assim, para o pensador francês, haveria duas substâncias distintas no “Homem”: de um lado, a *res cogitans* (a alma, o pensamento) e, de outro, o corpo (*res extensa*), que seria da mesma substância dos demais corpos da natureza. Concebidas como autônomas, essas duas substâncias se encontrariam numa união estreita, de modo que os sentimentos seriam uma forma especial de pensar sob as influências do corpo. No entanto, é a mera possibilidade de se conceber a *res cogitans* totalmente livre dos efeitos do corpo que se constrói a ideia de *sujeito do conhecimento* em oposição à *res extensa* como *objeto do conhecimento*.

Deste modo, o pensamento cartesiano permite o conhecimento das ciências físicas e naturais não mais apenas em explicações causais num universo criado com uma hierarquia fixa e pré-determinada, mas com base em explicação de “leis universais” perfeitamente calculáveis, dando-se início à física clássica. Por outro lado, fenômenos psicológicos e todos aqueles considerados como expressões do espírito humano estariam, novamente, fora do escrutínio científico, já que a mente e suas manifestações pertenceriam ao *sujeito do conhecimento*, e não ao objeto.

Tanto a concepção aristotélica quanto a cartesiana são *essencialistas*, entendendo que há algo eterno e imutável no “Homem”, embora uma seja *monista* e a outra *dualista*. E, conforme leciona Francis Wolff, em oposição a esses dois paradigmas surgiram outras duas noções *antiessencialistas* sobre o “Homem”, a primeira delas como fruto do desenvolvimento das ciências humanas e a outra com o advento de novos conhecimentos advindos das ciências naturais. Para os fins deste artigo interessam-nos especialmente estes dois paradigmas.

O primeiro deles é aquele que gradualmente foi se formando de forma difusa e não uniforme a partir dos fins do século XVIII e se estendendo até o século XX com os diversos

⁶ Como esclarecido por Francis Wolff – “*O homem é um animal racional*’ significa para Aristóteles que a razão é a maneira que o homem tem de ser animal. ‘*Eu sou pensante e racional*’ significa, para Descartes, que o pensamento ou a razão é a maneira que o homem tem de não ser animal. Sou pensante enquanto não sou animal, e os animais não são pensantes justamente enquanto são animais. Pois ‘o maior de todos os preconceitos que retivemos de nossa infância é o de crer que os animais pensam’. Eu sou (eu existo) e continuo sendo, para sempre (sejam quais forem as modificações de meu corpo vivo), uma ‘coisa pensante’, e continuarei sendo mesmo supondo que não tenho corpo, o que será talvez o caso se eu deixar de estar vivo (se morrer). Os animais, ou os viventes diferentes do homem, não são pensantes, não pertencem ao mesmo gênero ontológico que o homem, não compartilha a mesma substância. O homem é pensamento; é consciência – este é o próprio do homem.” (obra citada, págs. 51 e 52)

estudos de áreas distintas (História, Sociologia, Psicanálise, Linguística etc.) sobre os fenômenos considerados tipicamente humanos, cuja síntese seria, de acordo com Francis Wolff, o “*homem estrutural*”. O *antiessencialismo* do “Homem” das Ciências Humanas decorre justamente dos recortes dos fatos humanos sobre os quais cada disciplina se debruça, não permitindo a sua apreensão numa única ideia⁷. Comum a todas elas se encontra o desafio fundamental de como fazer do “Homem” o objeto do conhecimento científico e ao mesmo tempo mantê-lo na condição de sujeito cognoscente. Para alcançar a possibilidade de conhecimento, os objetos passaram a consistir em fatos humanos em vez de o “Homem” em si, despojando-se de seu objeto as consciências individuais. Assim, por exemplo, em Marx se tem como objeto de estudo os movimentos históricos e as condições sociais e materiais de existência; em Durkheim, os fatos sociais; na Psicanálise, a dinâmica da vida psíquica com grande destaque para o papel exercido pelo inconsciente; etc.

Em oposição à concepção cartesiana do “Homem”, caracterizada notadamente pela ideia de um *sujeito* que tem acesso direto à própria consciência e é senhor pleno de seus atos, nesta figura do “homem estrutural”, também chamado por Francis Wolff como “*sujeito sujeitado*”, este “Homem” tem acesso, na realidade, a uma consciência necessariamente “iludida”, não lhe sendo possível conhecer as estruturas (psíquicas, sociais, históricas, culturais etc.) que o levam a pensar como pensa e a agir como age⁸. Essas estruturas são reveladas pelos cientistas.

O “homem estrutural” também se opõe ao naturalismo notadamente por dois aspectos. Por um lado, adota-se um *antinaturalismo metodológico* na medida em que, por possuir metodologias, explicações e causalidades específicas das Ciências Humanas, rejeita qualquer explicação de fenômenos “propriamente humanos” que busquem nas leis da natureza o seu

⁷ “A terceira figura é antiessencialista, em primeiro lugar, por princípio. A ideia de essência, impregnada de pressupostos metafísicos, parece contrária à ideia geral de Ciência na época do ‘desencantamento com o mundo’. A ideia de homem é, por seu lado, contrária à ideia de Ciências Humanas, necessariamente plurais (...) O que seria comum a todos os homens não seria propriamente humano: seria um dado natural. As Ciências Humanas são relativistas por necessidade e nominalistas por dever, porque são antimetafísicas por princípio.” (WOLFF, Francis. Obra citada. Pág. 145).

⁸ “O ‘homem estrutural’ é aquele cuja consciência tem a ilusão de crer-se (esta é a parte necessária da consciência) o sujeito de pensamentos ou de atos que, na realidade, não dependem dela (esta é a sua parte inevitável de inconsciência). Em certo sentido, a consciência é mesmo sujeito, não dos seus pensamentos ou de seus atos, mas de certa crença. O objeto dos saberes é a relação entre aquilo de que a consciência é verdadeiramente sujeito (a sua crença) e aquilo de que não é sujeito (tais atos, tais pensamentos) e cuja causa, origem, razão, devemos procurar alhures. É nesse equilíbrio entre consciência e inconsciência que reside a estabilidade do ‘homem estrutural’. Sem essa parte de consciência, o modelo corre o risco de um desvio fenomenológico. O homem é estruturado por essa dupla relação: é o sujeito sujeitado.” (WOLFF, Francis. Obra citada. Pág. 89).

esclarecimento ou alguma contribuição, imputando-as de “reducionistas”. Caracteriza-se, também, por um *antinaturalismo objetivo*, uma vez que considera que tudo o que há de “propriamente humano” no “Homem” se constrói e se define *contra* a natureza, já que esta é o reino do universal e do constante (as leis naturais teriam estas características), ao passo que os fenômenos “propriamente humanos” se inserem nas regras necessariamente variáveis da cultura e da história, não havendo, segundo esta perspectiva, “universais” humanos. Central para este paradigma é a ideia do “simbólico” como um produto humano que se desgarra da natureza e passa a ser o universo onde os fenômenos humanos se realizam, sendo este o objeto do estudo das Ciências Humanas, distinto dos fatos naturais, típicos das demais Ciências.

Ao lado destes dois aspectos apontados por Francis Wolff, ele acrescenta uma terceira forma pela qual este paradigma se opõe à natureza, a que chama de *antinaturalismo prático*. Esta seria uma das características dos movimentos críticos (em especial a Sociologia Crítica) e que tem por escopo principal a denúncia de que discursos que buscam qualquer explicação de fenômenos humanos em aspectos biológicos seriam, na realidade, um modo de “naturalizar” e “justificar” as relações de opressão e dominação existentes nos contextos sociais. Trata-se de um aspecto que, evidentemente, busca apresentar como “prova” de que determinado fenômeno é “social” (necessariamente histórico e arbitrário), e não “natural”, a possibilidade de que seja transformado pelo movimento social. Ocorre que, como bem observa o filósofo francês, se está incorrendo aí no chamado “sofisma naturalista”, consistente na ideia de que, por algo ser “natural” é também necessário e justificado, de modo que se busca afastar os aspectos “naturais” de determinado fenômeno por considera-lo indesejável e por almejar a sua transformação. Confunde-se o descritivo com o normativo⁹.

O paradigma do “homem estrutural” é, portanto, *antiessencialista* e *dualista* (natureza e cultura) e se opõe ao sujeito cartesiano e ao naturalismo. Embora tenha pretendido se despir da metafísica predominante nos paradigmas aristotélico e cartesiano, algum resquício permaneceu na sua compreensão do “Homem”, conforme aponta Francis Wolff no seguinte trecho:

⁹ “Podemos defender, moral ou politicamente, qualquer norma ou instituição por ser natural ou justamente por não sê-lo. Não é porque o ‘egoísmo’ seja ‘natural’, num sentido qualquer da palavra, que ele não deve ser combatido pela educação; não é porque o infanticídio é natural (no sentido de ser frequente entre os machos dominantes ou até, às vezes, entre as fêmeas da maioria das espécies de primatas, como os chimpanzés e gorilas) que ele é legítimo.” (WOLFF, Francis. Obra citada. Pág. 104).

Dir-se-ia, então, algo assim: com a Ciência de Descartes e Galileu retraiu-se a crença na ação de Deus no mundo, os acontecimentos não eram mais considerados senão o puro produto de forças físicas cegas. E depois foi a vez do homem: ele também se tornou cientificamente cognoscível. Depois do “desencantamento da natureza”, veio o do homem, para completar o do mundo. O espírito desertara a natureza, restava-lhe desertar o homem. O que se deu em duas etapas: deixaram-lhe primeiro uma especificidade, como um resto de espírito: uma cultura, uma linguagem, uma história, que o opunham à natureza. E depois, até mesmo estes últimos traços de espiritualidade retornaram à ordem da natureza.¹⁰

Por fim, desde o final do século XX tem-se assistido no cenário acadêmico o surgimento de um novo paradigma quanto ao que é o “Homem”, fruto do desenvolvimento de novas tecnologias (como, p. ex., a da ressonância magnética funcional do cérebro), de novos empreendimentos científicos (como, p.ex., o projeto genoma humano) e de diversas Ciências Naturais e cognitivas (que revolucionaram o entendimento da mente como um processo computacional), das quais destacam-se as Neurociências e a Psicologia Evolucionista¹¹, compondo o que Francis Wolff denomina de “homem neuronal”. O ser humano é “renaturalizado” e volta à sua condição de animal, mas desta vez não mais um vivente especial em meio aos demais e ocupante de um lugar central na zoologia, e sim como “*apenas mais um animal como os outros*”.

Semelhante ao “homem estrutural”, o “Homem” deste novo paradigma é *antiessencialista*, pois os limites que o separam dos demais animais não são muito claros e precisos. Enquanto para Aristóteles as espécies animais eram fixas e imutáveis, daí decorrendo o seu essencialismo, este novo paradigma é marcado pelo evolucionismo darwiniano, nos quais as diversas “espécies” não são constantes e nem fixas, mas, ao contrário, algumas desaparecem, outras surgem e outras se misturam, sempre se adaptando ou não às mudanças do ambiente. Pesquisas arqueológicas demonstram que chegaram a conviver num mesmo período espécies

¹⁰ WOLFF, Francis. Obra citada. Pág. 152.

¹¹ Segundo John Tooby e Leda Cosmides, considerados os precursores da psicologia evolucionista, quatro grandes grupos de disciplinas contribuíram e contribuem para esse novo ramo da psicologia: a moderna biologia evolutiva, as ciências cognitivas, a paleoantropologia e as pesquisas comparativas do comportamento animal, sobretudo a primatologia. (TOOBY, John et COSMIDES, Leda. *Conceptual Foundations of Evolutionary Psychology*. In: The Handbook of Evolutionary Psychology. Org. David M. Buss. John Wiley & Sons, Inc. New Jersey. 2005).

distintas de humanos, como, por exemplo, o homem de neandertal ou o *homo floriensis*, não sendo possível traçar limites claros da nossa humanidade¹².

O esmaecimento dos limites entre o humano e o animal decorre do fato de *parecer* que, cada vez mais, não haveria alguma propriedade especialmente humana e que não tenha algum paralelo no mundo animal, com diferenças meramente na gradação da complexidade. Sequer a ideia de produção e transmissão cultural, que sempre se acreditou ser a cidadela da humanidade, resistiu às pesquisas e hoje já se sabe que algumas espécies animais (especialmente macacos e grandes símios) são capazes de inovações tecnológicas e transmissão cultural. De todo modo, a emergência da cultura pode ser explicada em termos naturalistas, inserindo-se como uma das três formas de aquisição e transmissão de informações (ao lado da transmissão genética e do aprendizado individual)¹³.

No entanto, como aponta Francis Wolff, seria precipitado concluir que o objeto de estudo das Ciências dentro deste paradigma seria um “Homem” sem qualquer especificidade. Ao contrário, a proposta seria de entender o humano dentro do contexto das ciências naturais, buscando explicações de como processos físicos e biológicos podem dar lugar a fenômenos mentais e sociais, ou seja, estudar o “Homem” com as mesmas metodologias com que se estudam os outros animais¹⁴. E dentre estas metodologias se encontra a perspectiva evolucionista, que também deve ser aplicada aos humanos, de modo que se tornam comuns indagações quanto ao ganho adaptativo de determinadas características e comportamentos¹⁵,

¹² “Se há algumas espécies que possuem as características atribuídas à nossa humanidade, sem poderem, porém, ser consideradas uma mesma espécie, a espécie humana, onde traçar a fronteira, não mais temporal, mas por assim dizer espacial entre homem e não homem? É difícil dizer. Que se passa com as Antropologias Filosóficas? Podem elas adaptar-se às ‘humanidades’, no plural? Era o neandertalense um ‘animal racional’ ou ‘político’, no sentido aristotélico; podia ser considerado uma ‘substância pensante’ cartesiana; tinha vontade livre; possuía um ‘inconsciente’ freudiano? Era um Dasein, no sentido heideggeriano? (...) Tais questões talvez não tenham sentido.” (WOLFF, Francis. Obra citada. Pág. 117).

¹³ Vide WOLFF, Francis. Obra citada. Págs. 124-135.

¹⁴ “O objeto delas é o homem enquanto homem, mas considerado como vivente. Trata-se de estudar aquilo que o caracteriza como se não o caracterizasse. Por conseguinte, cumpre retificar pelo menos uma das duas inferências que fazíamos há pouco: no caso das Ciências Cognitivas, o naturalismo é mais metodológico que objetivo. O homem é um animal singular que é explicado como os outros.” (WOLFF, Francis. Obra citada. Pág. 130).

¹⁵ “The concept of adaptative behavior can now be defined with precision. Adaptative behavior, in the evolutionary sense, is behavior that tended to promote the net lifetime reproduction of the individual or that individual’s genetic relatives. By promoting the replication of the genes that built them, circuits that – systematically and over many generations – cause adaptative behavior become incorporated into a specie’s neural design.” (TOOBY, John et COSMIDES, Leda. Obra citada. Pág.21).

quais subprodutos decorrem de alguma característica selecionada etc., bem como conceitos da biologia evolutiva, como filogênese, ambiente de adaptação evolutiva (AAE) e outros¹⁶.

Além de ser *antiessencialista*, o paradigma naturalista é *monista*, se opondo ao sujeito cartesiano e ao “homem estrutural”. E este monismo se refere não apenas a fenômenos mentais, mas também sociais, buscando-se explicações naturalistas para eles. As Ciências Cognitivas e as Neurociências deram o substrato necessário para este empreendimento, propondo que processos mentais são, na realidade, um processo computacional que ocorre no corpo humano, em especial no cérebro. A oposição ao cartesianismo é explicitamente abordada no célebre trabalho do neurologista português António Damásio em seu livro “*O erro de Descartes*”, onde procura demonstrar que não há duas substâncias distintas, mas tão somente o corpo, onde ocorrem os fenômenos mentais. Ademais, também se opõe ao dualismo entre *natureza* e *cultura*, defendida pelo paradigma do “homem estrutural”. Em sua busca por um materialismo verdadeiro em antropologia, Dan Sperber sustenta que os fenômenos sócio-culturais são, na realidade, representações existente nas mentes dos indivíduos (representações mentais) e que, uma vez expressas e compartilhadas por um número grande de indivíduos por um tempo relevante, tornam-se representações públicas. Em suas palavras, “*fenômenos sócio-culturais são, nesta abordagem, padrões ecológicos de fenômenos psicológicos.*”¹⁷. A ideia de uma epidemiologia de representações mentais fornece o substrato necessário para uma visão materialista e naturalista da cultura.

Outra modalidade de dualismo defendido no “homem estrutural” se refere à dicotomia entre *inato* e *aprendido*. A psicologia evolucionista (dentro do paradigma naturalista) propõe que não haveria oposição entre eles. Conforme Tooby e Cosmides¹⁸, inato não é o oposto de aprendido, pois o aprendizado só ocorre quando se tem disponível o mecanismo inato necessário para que o aprendizado aconteça, de modo que são os *mecanismos de aprendizagem* que fazem parte da herança filogenética humana. E estes mecanismos também não estariam prontos ao nascimento, mas se desenvolveriam no contexto ambiental, social e cultural do

¹⁶ “*A noção de ambiente de adaptação evolutiva (AAE) é de fundamental importância, pois se trata do ambiente para o qual determinada(s) adaptação(ões) surgiu(iram). Não se trata de um período específico no tempo e no espaço, nem um local geográfico, mas sim de um conjunto de circunstâncias que selecionaram a adaptação de determinada característica do organismo. (...) Filogênese é a gênese de um traço ao longo da cadeia evolutiva dos ancestrais para os espécimes atuais.*” (ZIMMERMANN, Egberto. Obra citada. Págs. 127-128).

¹⁷ “*social-cultural phenomena are, on this approach, ecological patterns of psychological phenomena.*” (SPERBER, Dan. *Explaining Culture – A naturalistic approach*. Blackwell Publishing. Oxford. 1996.)

¹⁸ TOOBY, John et. COSMIDE, Leda. Obra citada. Págs.30 e 31).

indivíduo. Considera-se que é mais adaptativo para o organismo ter inscrito em seu genoma o código para o desenvolvimento do mecanismo de aprendizado do que o próprio comportamento em si, tendo ganhos de flexibilidade e adaptação. Esta consideração conduz à ideia de que o “Homem” seria *naturalmente cultural*, sendo a cultura, para muitos autores, mais um fator de pressão seletiva no ambiente humano.

Estes dois últimos paradigmas são relevantes para o presente trabalho na medida em que as teorias que buscam explicar as questões debatidas no âmbito dos movimentos feministas estão neles inseridos, inclusive tentativas de explicar a assimetria sexual nas estatísticas criminais. Tradicionalmente, as teorias feministas e as teorias criminológicas se inserem no paradigma do “homem estrutural”, embora venha ganhando corpo a abordagem dessas mesmas temáticas sob o novo paradigma do “homem neuronal”, ou, mais precisamente, a partir de suas metodologias naturalistas.

3. As questões relativas às desigualdades de gênero pelos paradigmas do “homem estrutural” e do “homem neuronal”

Durante muito tempo as teorias sociológicas foram concebidas e desenvolvidas sem que fosse abordada a questão das desigualdades existentes entre homens e mulheres nas sociedades, em especial em relação aos papéis assumidos, ao acesso a certas posições no mercado de trabalho etc., revelando o que poderia ser considerado “um viés de gênero” nas pesquisas sociológicas. Conforme lembra Jonathan H. Turner¹⁹, tais questões somente começaram a ganhar espaço nas teorias sociológicas nas décadas de 1960 em diante, período que coincide com o Movimento da Libertação das Mulheres, considerado por muitos teóricos como uma “segunda onda” do movimento feminista²⁰.

O feminismo constitui um movimento político muito diversificado, não havendo um único substrato teórico a sustentar suas premissas, embora todas as suas formas tenham como objetivo assumido a melhoria das condições de vida das mulheres na sociedade e retirá-las da

¹⁹ TURNER, Jonathan H.. *The Structure of Sociological Theory*. Thomson Learning Inc.. Belmont. 2003.

²⁰ Conforme lembra ALIMENA, Carla Marrone, estudiosos do tema identificam pelo menos três grandes “ondas” no movimento feminista: a primeira, em que se lutava por maior autonomia e liberdade, bem como pela expansão de direitos e maior igualdade de acesso à educação e ao trabalho; a segunda, denunciando a disparidade de poder entre os sexos e a dominação sofrida pelas mulheres; e a terceira, apontando para como outros níveis de discriminação se somam à discriminação de gênero. (*in A Tentativa do (Im)possível: Feminismos e Criminologias*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010)

subjugação a que se encontram submetidas²¹. Apesar da grande diversidade, Anne Campbell²² as reúne em três grandes grupos: as relacionadas à teoria construtivista social, as liberais “ambientais” e as liberais evolucionistas. Os dois primeiros grupos se constroem a partir do paradigma do “homem estrutural”, ao passo que a segunda a partir do paradigma do “homem neuronal”. Algumas temáticas são centrais e recorrentes nas considerações e postulações feministas, tais como o gênero (expressão social de *masculinidade* ou *feminilidade*)²³ e sua relação com o sexo biológico e o modelo patriarcal de sociedade (aquele em que há dominação masculina em vários níveis de organização e perpetua normas e valores voltados a manter a posição privilegiada do homem)²⁴.

Dos três grandes grupos mencionados pela Anne Campbell, aquele que fundamenta a sua visão no construtivismo social tem a percepção mais radical de feminismo, chegando mesmo a rejeitar a metodologia tradicional das ciências por considerá-la construída sobre postulados “masculinos”, buscando uma abordagem mais “feminina” da pesquisa. Assim, em vez do distanciamento entre *sujeito da ciência* e o *sujeito/objeto da ciência*, busca-se uma relação mais empática entre ambos. Não se almeja a objetividade do conhecimento científico, mas uma “compreensão” do ponto de vista do *sujeito/objeto da ciência*, não se cogitando saber o que as pessoas realmente pensam, mas sim as representações e ideologias presentes em seus

²¹ “A teoria política feminista é extremamente diversa, tanto nas premissas como nas conclusões. Em certo grau, isso também é verdadeiro para as outras teorias que examinei. Esta diversidade, porém, é multiplicada dentro do feminismo, pois cada uma destas outras teorias está representada dentro do feminismo. Assim, temos o feminismo liberal, o feminismo socialista e até mesmo o feminismo libertário. Além disso, há um movimento significativo dentro do feminismo rumo a formas de teorização, como a teoria psicanalítica ou a pós-estrutural, que se encontram fora da corrente dominante da filosofia política anglo-saxônica. Alison Jaggar diz que um compromisso de eliminar a subordinação das mulheres unifica as diversas correntes da teoria feminista (Jaggar, 1983:5). Mas (como observa Jaggar) esta concordância logo se dissolve em descrições radicalmente diferentes desta subordinação e das medidas requeridas para que seja eliminada.” (KYMICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2006. Pág. 303).

²² CAMPBELL, Anne. *Feminism and Evolutionary Psychology*. In: *Missing the Revolution – Darwinism for Social Scientists*. (org. Jerome Barkow). Oxford University Press. New York. 2006.

²³ “Gender refers to social or cultural categories about how femininity and masculinity are molded and expressed in a particular culture, subculture, or situation in a particular historical time.” (WALSH, Anthony et. VASKE, Jamie C.. *Feminist Criminology through a Biosocial Lens*”. 2nd edition. Carolina Academic Press. Durham. 2015. Pág. 12).

²⁴ “Patriarchy literally means ‘rule of the father’, and is a term used to describe any social system that is male dominated at all levels from the family to the highest reaches of government and superiority. A patriarchal society is one in which ‘masculine’ traits such as competitiveness, aggressiveness, autonomy, and individualism are lauded, and ‘feminine’ traits such as intimacy, connection, cooperation, nurturance, while appreciated, are downplayed.” (WALSH, Anthony et. VASKE, Jamie C.. Obra citada. Pág. 13).

discursos, que seriam as ferramentas que efetivamente “criariam os fatos” e as interpretações²⁵. Aqui se torna evidente o “homem estrutural”, cuja consciência ignora os motivos pelos quais pensa como pensa e age como age.

A abordagem feminista pelo construtivismo social rejeita explicações biológicas e entende que as definições e as diferenças percebidas entre os gêneros são construídas e reproduzidas pelos discursos dominantes na sociedade, desgarrando-se completamente da mente e da constituição biológica dos indivíduos. Evidentemente não rejeitam integralmente os aspectos naturais das pessoas, mas somente quando se referem a categorias mentais e sociais, que seriam construídos pelos discursos e pelas interpretações.

Mesmo considerando que em diversas situações os “discursos”²⁶ disseminem crenças equivocadas sobre os estereótipos de gênero, Anna Campbell questiona se muitos deles não seriam aproximações da realidade, a exemplo de alguns referentes ao maior apetite sexual dos homens e a maiores custos de reputação experimentados por mulheres que se comportam de modo licencioso²⁷. Ademais, continua a referida autora em suas críticas, esta abordagem não consegue responder *como* surgiram estes discursos e *a quem* eles beneficiam exatamente (esta última pergunta é, de fato, relevante, já que seria questionável se os homens realmente se beneficiam do “discurso do patriarcado”, uma vez que são os principais autores e vítimas de crimes violentos). Na verdade, estes “discursos” parecem pairar como uma entidade metafísica, sem qualquer vínculo de origem na realidade material.

Na classificação de Anne Campell, as duas outras formas de feminismo aceitariam os métodos tradicionais da ciência, discordando quanto à possibilidade de se acrescentar explicações naturalísticas ao fenômeno. Ela as classifica como liberal “ambientalista” e liberal evolucionista.

²⁵ “The research should aim to document the lived experience of women as it is told to her, but in so doing she must avoid the trap of thinking that she has privileged access to the internal lives of the participants: ‘The aim of the analysis is not to reveal what the person truly thinks or feels... but to identify the discourses, representations and ideologies which are flowing through a person’s talk in order to theorize how our representations of ourselves are linked to inequalities and power relations’ (Burr, 1998, p. 142). Discourses are the tools that construct facts and interpret experience.” (CAMPBELL, Anna. Obra citada. Pág. 66).

²⁶ Não obstante assumir a possibilidade de que “discursos” possam disseminar crenças, a autora entende que este fenômeno ocorre no âmbito da cognição humana, levando-se em consideração um paradigma computacional da mente, contrário ao entendimento do construtivismo, que não dirige sua atenção para o aspecto mental dos indivíduos, centrando-se nos discursos e interpretações correntes na sociedade.

²⁷ CAMPBELL, Anne. Obra citada. Págs. 67-68.

Ainda operando dentro do paradigma do “homem estrutural”, a abordagem “ambientalista” se ocuparia das causas *próximas* e *externas*, buscando compreender como se dá o fenômeno da internalização nos indivíduos das definições e estereótipos de gênero, sem buscar o porquê de as diferenças existirem (o que demandaria a pesquisa pela origem remota, seja na história ou na filogenia da espécie humana) e desconsiderando qualquer possibilidade de aspectos psicológicos internos estarem envolvidos no fenômeno.

Uma das teorias utilizadas neste grupo é a do aprendizado social, sustentando que meninos são ensinados a desenvolverem características masculinas e as meninas a desenvolverem características femininas. E esta influência se inicia já na tenra idade, através das atitudes dos pais e demais adultos em relação a estas crianças, que as trataria de modo diferenciado segundo o sexo e conforme o que estaria de acordo com o gênero de cada um. Assim, paulatinamente a pessoa internalizaria as características associadas ao gênero e passaria a se comportar de acordo com estes modelos.

Alguns estudos apresentados por Anne Campbell, contudo, parecem refutar a tese, uma vez que atitudes tipicamente masculinas ou femininas foram observadas em crianças muito novas, antes mesmo de formarem internamente categorias mentais diferenciando os gêneros²⁸. Assim, no experimento informado, crianças de apenas nove meses já manifestavam preferência por brinquedos que correspondiam ao gênero esperado a partir do sexo biológico, de modo que a oferta dos adultos na realidade estaria atendendo mais ao desejo da criança do que buscando formar uma identidade de gênero²⁹.

Outra teoria invocada é a dos papéis sociais, segundo a qual a divisão de trabalho entre os sexos na sociedade resultou na formação dos papéis que cada gênero deve assumir, de modo que as crianças vão se orientando aos gêneros correspondentes de acordo com as expectativas sociais em relação a elas. Deste modo, os homens devem assumir um papel de competitividade, de autonomia e agressão, ao passo que as mulheres um papel de cuidados e cooperação³⁰. Segundo a autora britânica, contudo, o acesso das mulheres a posições sociais outrora

²⁸ “*Children prefer sex-congruent toys before they are able to say whether the toy is more appropriate for a boy or a girl.*” (CAMPBELL, Anne. Obra citada. Pág. 79)

²⁹ “*Parentes tended to give their children sex-appropriate toys. But sex-differentiated toy preference has been found in infants from nine months of age (...). Children play more with sex-appropriate toys even when their parentes do not specifically encourage them to do so (...). It is quite likely that parentes are not using toys to turn their children into gender conformists but are simply responding to the child’s own preferences.*” (CAMPBELL, Anne. Obra citada. Pág. 77)

³⁰ CAMPBELL, Anne. Obra citada. Pág. 79.

reservadas aos homens não foram suficientes para alterar os estereótipos, de modo que, mais do que os estereótipos causarem as diferenças de gênero, o oposto poderia ser o que, de fato, ocorre.

De todo modo, uma crítica apresentada pela acadêmica antes mencionada é de que, à semelhança do que ocorre com as teorias amparadas no construtivismo social, nenhum questionamento é feito em relação à origem dos estereótipos existentes, quem se beneficia deles e quanto ao porquê de existirem. Nas palavras da autora, as feministas liberais explicam a transmissão do *status quo* sem perguntar de onde veio³¹.

Por fim, o último grupo apresentado por Anne Campbell é o referente à teoria liberal evolucionista, que se apoia no paradigma do “homem neuronal”. Como visto, neste paradigma são aceitas metodologias das Ciências Naturais, dentre as quais a Biologia Evolutiva. Deste modo, o primeiro questionamento a ser feito diante de um fenômeno aparentemente universal é: quais ganhos, em termos de adaptação e de reprodução, estes comportamentos e essas diferenças geraram³²?

Em resposta a esta pergunta, a pesquisadora britânica apresenta sua hipótese valendo-se, inicialmente, da constatação das diferenças inerentes às células sexuais masculinas e femininas, de onde se percebe desde já uma que chama a atenção referente aos seus tamanhos. Os óvulos são células muitas vezes maiores do que os espermatozoides, constituindo uma reserva de recursos de alto valor natural. Os gametas masculinos contribuem, unicamente, com a sua carga genética. Daí decorre uma característica amplamente observada em vários animais cujos gametas têm a mesma disparidade: intensa competição entre os machos para o acesso às fêmeas.

Outra característica de destaque na espécie humana é o nascimento de filhotes “prematuros” e o longo período de infância antes de alcançar a idade reprodutiva. Em comparação a outros animais, o bebê humano é extremamente dependente dos cuidados parentais, já que não seria possível prolongar mais a gestação sob pena de inviabilidade do parto

³¹ CAMPBELL, Anne. Obra citada. Pág. 80.

³² Como mencionado em trabalho anterior, “*para se entender a evolução, é necessário afastar de nossos pensamentos a ideia de que as características existem para atingir alguma finalidade, e entender que elas existem simplesmente porque os indivíduos que a apresentavam tiveram a sorte e a competência de sobreviver e se reproduzir.*” (ZIMMERMANN, Egberto. Obra citada. Pág. 126). Em suma, não se pode inserir na lógica evolucionista nem a teleologia (trata-se de um processo cego) e nem avaliações morais (sob pena de se incorrer no sofisma naturalista de confundir o descritivo com o normativo).

em razão do aumento da caixa craniana. Dentro da perspectiva evolutiva, aqueles pais que exerceram os cuidados com os filhos para que estes chegassem à vida adulta e se reproduzissem conseguiram passar seus genes adiante, ao passo que aqueles que deixaram os filhos à própria sorte tinham menos chance de que isto viesse a ocorrer, considerando a possibilidade de óbito dos filhos nas garras de algum predador ou de algum rival. Deste modo, ao longo dos anos foram selecionados aqueles genes que, de certo modo, contribuíram para o desenvolvimento de comportamentos de cuidados parentais por parte dos machos. O mesmo raciocínio se aplica às fêmeas, embora, para os machos, o investimento parental vem à custo de outras cópulas que lhe garantiriam espalhar seus genes na população.

Estas duas características, conjugadas com o fato de a fecundação e a gestação serem intrauterinas (que gera, por um lado, a certeza da maternidade, e de outro, a incerteza da paternidade), desaguam na criação de condições necessárias para o surgimento de comportamentos adaptativos que darão origem ao patriarcado. De acordo com a linha de pensamento da aludida pesquisadora, considerando o alto investimento realizado pelo homem na criação dos filhos, aqueles indivíduos que conseguiram *garantir* que os filhos eram realmente deles tiveram sucesso de passar adiante os seus genes em detrimento daqueles que não tiveram esta preocupação. A busca por esta “garantia” passa por comportamentos que visam controlar a atividade sexual da mulher, fato que parece existir em diversas culturas distintas sob formas variadas.

Diante destas considerações, é possível supor que as características normalmente relacionadas à masculinidade tenham emergido da intensa competição entres os homens pelo acesso às mulheres. Por outro lado, dada a necessidade de grande investimento das mulheres na criação dos filhos por longo período, esta situação pode ter dado origem a características vinculadas ao gênero feminino. E, por fim, em razão do sucesso reprodutivo daqueles que de modo eficiente controlaram o comportamento das mulheres, pode ter emergido o patriarcado.

Evidentemente que o grau de dominação da mulher numa determinada sociedade, se maior ou menor, pode estar sujeita a condições “ambientais”, como bem observa Anne Campbell. Nas sociedades em que as mulheres têm acesso mais facilitado a recursos e uma rede de proteção, sua dependência por um macho que defenda e invista em sua prole diminui, reduzindo, com isso, o poder exercido pelos homens. Contudo, com o advento da agricultura e a intensificação da divisão social do trabalho, as mulheres passaram a permanecer mais no

ambiente doméstico, agravando sua dependência dos recursos trazidos pelos homens, que, por sua vez, aumentaram cada vez mais a vigilância e o controle sobre o comportamento das mulheres, agravando a situação antes descrita³³.

Em resumo, para a teoria liberal evolucionista, os dois fatores que teriam dado origem à diferença entre os gêneros e ao patriarcado seria a incerteza da paternidade e o investimento parental prolongado, agravando-se posteriormente com o advento de condições sociais e econômicas que reservaram à mulher o mundo doméstico, como é o caso da divisão social do trabalho³⁴.

Em apertada síntese, estas foram as principais explicações que as feministas deram ao fenômeno social da diferença entre os gêneros e da dominação masculina, algumas sob o paradigma do “homem estrutural” e outra sob o paradigma do “homem neuronal”. Resta ver, agora, de que modo estas diferentes teorias podem ser aplicadas para explicar a assimetria sexual nas estatísticas criminais.

4. Hipóteses sobre a assimetria sexual nas estatísticas criminais

Embora se tenha denunciado que, até o advento das teorias feministas, os estudos criminológicos estiveram voltados unicamente à criminalidade masculina, este fato não é completamente verdadeiro. Ainda no século XIX, Cesare Lombroso tratou das mulheres criminosas em seu *“La dona delinquente”*, aplicando sua concepção do criminoso nato às mulheres. Na obra ele já reconhece que elas eram em menor número que os homens, embora fossem mais cruéis³⁵. Posteriormente, o sociólogo americano William Isaac Thomas também

³³ *“A mere 10.000 years ago (...) came agriculture and animal husbandry. Not only diet and lifestyle but the very structure of societies began to change. Women no longer foraged in independent sorties with their children but were confined to the local fields or to the home. It became easier for men to monitor and control their whereabouts. At the same time, as men made a greater contribution to women’s food supply, they became increasingly concerned with controlling women’s sexuality in order to ensure their own paternal certainty.”* (CAMPBELL, Anne. Obra citada. Pág. 71)

³⁴ *“So evolutionary feminists locate patriarchy initially in the reproductive interests of males under conditions of uncertain paternity and protracted paternal investment. Superimposed upon and enhancing these biological factors came the culture developments of agriculture and industrialization, which increased the wealth differentials between men and thus decreased the potential for female solidarity.”* (CAMPBELL, Anne. Obra citada. Pág. 72).

³⁵ *“In short, while female born criminals are fewer in number than male born criminals, they are often much more savage. (...) As a double exception, then, the criminal woman is a true monster. Honest women are kept in line by factors such as maternity, piety, and weakness; when a woman commits a crime despite these restraints, this is a sign that her power of evil is immense.”* (LOMBROSO, Cesare et FERRERO, Guglielmo apud NEWBURN, Tim. Obra citada. Pág. 302).

abordou o fenômeno da criminalidade feminina, relacionando-a quase sempre à promiscuidade e aduzindo que a mulher delinquente seria “fria, calculista e amoral”, uma vez que teria falhado no aprendizado dos papéis sociais femininos adequados, demandando maior controle e vigilância³⁶. E em meados do século XX também abordou o tema o pesquisador Otto Pollak, para quem a baixa participação das mulheres nas estatísticas criminais decorreria ou de um sentimento “cavalheiresco” do sistema punitivo em relação às mulheres, tratando-as como mais condescendência³⁷, ou então pelo fato de elas serem mais “manipulativas e enganosas”, razão pela qual seus delitos seriam menos descobertos e não constariam das estatísticas criminais³⁸.

Apesar da crítica que as feministas realizaram sobre o viés masculino das teorias criminológicas³⁹, houve vozes que a consideraram equivocada, alegando que elas teriam o arsenal necessário para explicar o fenômeno da criminalidade feminina e a assimetria nas estatísticas criminais⁴⁰.

Considerando-se, então, as diferenças das características associadas a cada gênero, as explicações de cunho sociológicos têm como aspecto central o processo de socialização diferenciado a que homens e mulheres se submetem. Como teorias que foram erigidas no âmbito do paradigma do “homem estrutural”, não reconhecem nenhuma relevância nos aspectos biológicos subjacentes.

Deste modo, os homens seriam estimulados a serem mais agressivos e dominantes, características socialmente consideradas “masculinas”, e as mulheres seriam estimuladas a

³⁶ NEWBURN, Tim. Obra citada. Pág. 302.

³⁷ AKERS, Ronald L. et SELLERS, Christine S.. *Criminological Theories – Introduction, Evaluation, and Application*. 5ª edição. Oxford University Press. 2008.

³⁸ NEWBURN, Tim. Obra citada. Págs. 302-303.

³⁹ A socióloga e uma das pioneiras na criminologia feminista, Frances Heidensohn, denunciou que as considerações sobre a criminalidade feminina sempre ocuparam um espaço secundário nas teorias criminológicas tradicionais, o que pode ter sido um efeito não esperado da mudança de perspectiva em relação ao positivismo e a anormalidade do delinquente. “*It is precisely this appreciative sociology, Heidensohn argue, that led many researches to ignore or exclude women from their studies: ‘treating delinquency as normal made female delinquency problematic because it was both statistically unusual and also deemed role-inappropriate’ (1996:129). Delinquency is viewed as unfeminine, precisely because it is male behaviour.*” (NEWBURN, Tim. Obra citada. Pág. 303).

⁴⁰ “*Some feminist theorists, however, disagree with this general critical assessment of all traditional criminological theories. For instance, Allison Morris (1987) contended that (...) traditional sociological explanations of crime have the potential of explaining female crime and why it occurs less frequently than male crimes (...) She found special relevance in anomie, differential association, and social bonding theories and concludes ‘Differential opportunity structure, associations, socialization, and social bonding can aid our understanding of crimes committed both by men and women and can take account of differences in the nature and extent of their crimes’ (Morris, 1987:76)*” (AKERS, Ronald L. et SELLERS, Christine S.. Obra citada. Pág. 273).

serem mais empáticas e cuidadoras, características consideradas “femininas”. Estes estímulos não decorreriam unicamente do ambiente familiar, mas aconteceriam em vários ambientes sociais, onde as diferenças de gênero são reforçadas através das interações sociais. Assim, o processo de socialização ocorre pela internalização de regras, papéis, atitudes e padrões através dos domínios sociais, emocionais, cognitivos e pessoais. Isto explicaria, portanto, a assimetria sexual, pois as características atribuídas ao gênero masculino facilmente poderiam conduzir a comportamentos antissociais e criminosos.

Em análise crítica a esta abordagem, Anthony Walsh e Jamie C. Vaske afirmam que ela parece postular uma relação unicamente “top-down”, no qual o indivíduo absorve passivamente os modelos socialmente construídos, sem nenhuma participação ativa neste processo. Trata-se, aqui, do que Francis Wolff chama de “sujeito sujeitado”, cuja participação no fenômeno de socialização seria a de um mero dado biológico. Walsh e Vaske afirmam que este processo não se dá de modo unidirecional, mas decorre de uma interação entre os indivíduos. Nem mesmo os pais agem do mesmo modo em relação aos filhos, mas de acordo com as características e atitudes específicas de cada um⁴¹. Além disso, segundo os autores, algumas pesquisas têm demonstrado que as crianças já apresentam comportamento típico do gênero antes mesmo de categorizarem internamente as características de cada um deles, conforme já tinha sido destacado por Anne Campbell.

No que diz respeito a comportamentos violentos, a que se referem as teorias sociológicas como uma característica “socialmente construída” do gênero masculino, é importante destacar, ainda, conforme lembram Wrangham e Peterson⁴², que a violência (real ou potencial) masculina seria um fenômeno universal, com os homens participando mais ativamente de atividades que envolvam conflitos físicos, como a guerra e os crimes mais sérios. Ainda que existam mulheres

⁴¹ “As important as the socialization process is, it has been largely conceptualized as top-down parent-to-child process in which socializers wrote their scripts on blank slates. Modern developmental researchers realize that children are not empty vessels that passively receive the stream of proscriptions and prescriptions being poured into them, and that they are active participants in the process of becoming social beings. Parents profoundly influence their children’s development, but children’s genetic traits and abilities interact with the traits and abilities of socializing agents in a reciprocal process of mutual engagement. (...) As every parent who has more than one child knows, there are different parenting styles for different children. A parent who is permissive with a warm and compliant child may be authoritarian with a bad tempered and resistant child, while all the time trying to be an authoritative parent (which psychologists tell us that all parents should be) with both.” (WALSH, Anthony et VASKE, Jamie C.. Obra citada. Pág. 36).

⁴² WRANGHAM, Richard et PETERSON, Dale. *Demonic Males – Apes and the origins of human violence*. Houghton Mifflin Company. New York. 1996. Págs. 108-115.

que também se envolvam nesses tipos de atividades, como seria o caso das mulheres inscritas nas Forças Armadas de diversos países, a sua participação é muito menor que a do homem. Uma explicação em termos de diferentes formas de socialização não observa que a assimetria é um fenômeno amplamente observado, o que torna improvável que seja decorrência unicamente dos processos de socialização típicos das sociedades ocidentais. É certo que a aprendizagem é um fator de grande relevância para a questão criminal, mas ela encontra alguns limites em aspectos psicológicos humanos.

Percebe-se, pois, que as ferramentas das teorias sociológicas para a compreensão da assimetria sexual nas estatísticas criminais se referem a este processo diferenciado de socialização. Assim, por ocasião do Movimento da Libertação das Mulheres e da busca por uma metodologia “feminina” na criminologia, surgiu a hipótese de que, caso houvesse mudanças sociais relativas às características de cada gênero e aos papéis assumidos pelas mulheres, então haveria a tendência de aumentar a presença feminina nas estatísticas criminais. Esta suposição ficou conhecida como a “hipótese de convergência” e a sua formuladora foi Freda Adler. Como é possível perceber, trata-se de uma hipótese forjada tipicamente sob o paradigma do “homem estrutural”, caracterizando-se por um *antinaturalismo prático* bastante acentuado com a premissa de que, por considerarem arbitrárias as construções sociais do gênero, elas seriam passíveis de transformação pelos movimentos sociais.

Ocorre que os dados não confirmaram a hipótese de Freda Adler, uma vez que o percentual feminino nas estatísticas criminais sofreu pouca alteração e, mesmo assim, somente em delitos que não envolvem violência ou exposição a risco⁴³. Anthony Walsh e Jamie C. Vaske acrescentam, ainda, que alguns estudos demonstraram que as mulheres que não desempenham os papéis femininos tradicionais, vale dizer, mais “liberadas”, têm menos propensão a práticas delitivas do que aquelas que neles permanecem.⁴⁴

Ainda a respeito das teorias sociológicas é importante destacar a teoria do poder-controle (*Power-Control Theory*), desenvolvida por John Hagan, e a teoria da ação estruturada

⁴³ Em pesquisa anterior sobre o tema foram realizadas pesquisas junto ao site do FBI, constatando-se que o percentual da participação feminina em delitos violentos permanecia praticamente o mesmo, alterando-se nos casos de delito sem violência ou exposição a risco. (ZIMMERMANN, Egberto. Obra citada. Págs. 166-169). O relatório do Fórum de Segurança Público mencionado neste artigo também confirma este fato.

⁴⁴ “*Studies have shown that liberated females are less likely to offend than other females. In fact, females who carry traditional sex-role attitudes were more likely to report involvement in criminal activity than liberated females (Giordano & Cernkovich, 1979).*” (WALSH, Anthony et VASKE, Jamie C.. Obra citada. Pág. 39).

(*Structure Action Theory*), elaborada por James Messerschmidt⁴⁵. A **primeira** busca relacionar variáveis díspares, como a posição social da família onde o indivíduo cresce, o tipo de cargo exercido por cada um dos pais (se ocupa lugar de mando ou de obediência) etc. Em resumo, informa que naquelas famílias em que há um desequilíbrio de poder parental em favor do pai, o modelo patriarcal delas emergirá e com ele os diferentes tipos de controle exercidos sobre meninos (menos controle e mais estímulo a comportamentos de risco) e sobre meninas (mais controle e socialização no sentido de conformidade), o que explica a assimetria em comportamentos antissociais. Por outro lado, quando há um equilíbrio de poder entre pai e mãe, tanto meninos e meninas seriam submetidos ao mesmo grau de controle, o que aproximaria o comportamento delas ao deles e, com isso, haveria uma convergência no percentual de comportamentos antissociais. Essa teoria recebeu várias críticas, sobretudo porque apresentava como consequência uma maior criminalidade de mulheres da classe média, o que não estaria de acordo com as estatísticas criminais, bem como não haveria elementos empíricos demonstrando que as meninas da classe média estariam sujeitas a menos controles do que as das classes mais baixas.

Já na **segunda teoria** (*Structure Action Theory*), James Messerschmidt critica que as teorias criminológicas tecem considerações sobre “masculinidade” de acordo com os postulados de uma sociedade patriarcal, sem considerar as demais possibilidades da construção social do gênero masculino. De acordo com sua visão, as características de gênero são criadas pelas ações de cada um e elas, por sua vez e simultaneamente, influenciam estas ações. Ele postula que gênero não é algo que se “é”, mas o que se “faz”, de modo que a construção da masculinidade depende do contexto social em que o homem está inserido, inclusive a sua classe social. Deste modo, os homens buscariam afirmar a sua masculinidade no contexto através de suas ações e quando os recursos legítimos para isso tiveram acabado, ele poderá lançar mão dos meios criminosos⁴⁶. A respeito da violência feminina em gangues, James Messerschmidt

⁴⁵ WALSH, Anthony et VASKIE Jamie C. Obra citada. Págs. 45-48.

⁴⁶ “According to Messerschmidt (1993:58), the primary shortcoming of patriarchy theory is that it ‘explains away any real variation in the construction of masculinity within a particular society and, consequently, encourages the theorization of [only] one type of masculinity – the ‘typical (patriarcal) male’. (...) Because masculinity is accomplished in a variety of specific social situations, we are encouraged to conceptualize multiple masculinities. (...) Essentially, ‘crime by men is a form of social practice invoked as resource, when other resources are unavailable, for accomplishing masculinity.’ especially in situations where a man’s masculinity may be doubted or called into question, some men who have no other means at hand for ‘doing

assevera que não haveria a busca por equiparação ao gênero masculino, mas sim a expressão de sua feminilidade, não havendo qualquer incompatibilidade entre “agir erroneamente” e o gênero feminino. Esta teoria também foi alvo de críticas, destacando-se a dirigida por Anthony Walsh e Jami C. Vaskie, no sentido de que Messerschmidt reconhece, inadvertidamente, que há algo além da socialização envolvido nas questões de gênero, já que aborda as variadas formas culturais de expressar a masculinidade, mas não identifica o motivo (transcultural) subjacente às ações⁴⁷.

Vimos até aqui as hipóteses elaboradas por teorias amparadas no paradigma do “homem estrutural”. Veremos agora quais são aquelas lastreadas na metodologia naturalista do “homem neuronal”.

Como já dito anteriormente, a lógica evolucionista é uma das ferramentas utilizadas para a compreensão dos fenômenos relativos aos seres vivos, nela incluída os mecanismos da *seleção sexual*, que têm o potencial explicativo das diferenças entre machos e fêmeas na natureza. Na hipótese do presente artigo já se percebe, inicialmente, que o próprio fato de se tratar de uma diferença entre *os gêneros* nas estatísticas criminais pode ser um indiciador de que ela talvez possa encontrar explicação a partir da seleção sexual.

Percebendo que a seleção natural não explicava todas as características dos seres vivos, principalmente aquelas que, aparentemente, seriam prejudiciais ao organismo segundo os critérios da seleção natural, o naturalista inglês Charles Darwin⁴⁸ introduziu a ideia de seleção sexual como uma explicação possível de tais caracteres. Segundo o naturalista inglês, a diferença morfológica e comportamental entre machos e fêmeas era um fenômeno presente praticamente em todas as espécies sexuadas, sendo que, normalmente, os machos tinham características mais exuberantes ou órgãos e sentidos mais desenvolvidos, o que não ocorreria com as fêmeas. Essas diferenças estavam além dos distintos órgãos sexuais e constituíam características sexuais secundárias. Deste modo, concluiu Darwin, essas diferenças só encontrariam explicação em uma competição entre os indivíduos do mesmo sexo (competição

masculinity’ may resort to crime as an expression of masculinity.” (AKERS, Ronald L. et SELLERS, Christine S. Obra citada. Págs. 281-282).

⁴⁷ “*Contrary to his assertion that gender is ‘not what one is’, surely ‘doing gender’ is an affirmation of a core identity that is indeed ‘imposed on’ males and females by their biological sex. Certainly how one affirms and validates this core identity depends on culture, learning, and on the situation, but the motivation to do so is an unlearned crosscultural constant.*” (WALSH, Anthony et VASKIE, Jamie C.. Obra citda. Pág.50).

⁴⁸ DARWIN, Charles. *A Origem do Homem e a Seleção Sexual*. Trad. Eugênio Amado. Editora Itatiaia. Belo Horizonte. 2004 (1871).

intrassexual) para conseguir acesso ao membro do sexo oposto. Além disso, o pesquisador britânico ainda percebeu que essas diferenças eram mais marcantes nos animais que praticavam a poligamia, uma vez que, havendo supostamente o mesmo número de machos e de fêmeas, se um macho tivesse para si diversas consortes, então forçosamente haveria outros machos que ficariam sem nenhuma fêmea. E aquele que tivesse relações com mais fêmeas teria mais descendentes com suas características do que aqueles que não tiveram prole ou a tiveram em menor número. Com o passar do tempo, portanto, as características deste indivíduo estariam disseminadas na população daquela espécie. Assim, diante do enorme sucesso reprodutivo que alcançaram os “chefes de haréns”, seria natural que houvesse competição entre os machos para se decidir quem comandaria tais “haréns”. Deste modo, a pressão da seleção sexual determinou o surgimento de verdadeiras armas naturais para essa competição, o que é amplamente observado na natureza, com o desenvolvimento de chifres, caninos, músculos potentes etc. Ocorre que a seleção sexual não se resumia a competições violentas entre os machos, fato que Darwin prontamente percebeu, ressaltando a grande importância da *escolha da fêmea* nesse processo. Muitas características evoluíram nos machos em decorrência da preferência das fêmeas por elas. Assim, no exemplo popularmente associado à teoria da seleção sexual, a cauda do pavão seria decorrente da escolha da fêmea por machos que a tivessem mais exuberante. E isso se repete em diversas outras espécies, em que os machos realizam exhibições diante da fêmea para cortejá-la e causar-lhe a admiração necessária para que ela os escolha. Com isso, a competição intrassexual e a escolha do sexo oposto construíram gradualmente as diferenças morfológicas e comportamentais entre machos e fêmeas de várias espécies, variando conforme o grau de intensidade dessa competição e o grau de poligamia associada à espécie⁴⁹.

Deste modo, segundo a lógica traçada pelo naturalista inglês, em todas as espécies em que há um grande dimorfismo sexual⁵⁰, com um dos sexos maior, mais forte, mais exuberante

⁴⁹ “A prática da poligamia leva a resultados idênticos aos que decorreriam da desigualdade numérica dos sexos, pois se cada macho reserva para si duas ou mais fêmeas, muitos não conseguirão acasalar-se – certamente os mais fracos ou menos atraentes. (...) Que existe alguma relação entre a poligamia e o desenvolvimento de caracteres sexuais secundários parece quase certo, o que reforça a ideia de que uma preponderância numérica de machos seria eminentemente favorável à ação da seleção sexual.” (DARWIN, Charles. Obra citada. Pág. 175).

⁵⁰ Existem outras espécies em que não há diferenças morfológicas entre machos e fêmeas, excetuando-se, é claro, os caracteres sexuais primários. Nessas espécies não há poligamia e não há uma competição sexual intensa, de modo que não houve pressão seletiva para o desenvolvimento dos atributos necessários para uma “guerra” dentro da espécie. E quanto maior o grau de poliginia, maiores serão as diferenças entre machos e

ou com mais armas naturais do que o outro, certamente nelas estará presente a grande competição intrassexual, resultando em episódios de violência entre os membros rivais. Assim, como os humanos apresentam um relativo dimorfismo sexual, sendo o homem o sexo com maior força física, então é de se supor haver uma forte competição intrassexual, o que pode explicar a predominância dos homens como agressores ou, ainda, como vítimas de ações violentas.

No entanto, é preciso acrescentar mais um elemento a esta explicação acerca das diferenças entre machos e fêmeas, o que só ocorreu um século após Darwin ter alertado sobre a importância da seleção sexual. A chave para o entendimento mais apurado da seleção sexual está no estudo do *investimento parental*, que é, como já esclarecido acima, o esforço para cuidar da prole até que ela se torne adulta e sexualmente capaz de se reproduzir.⁵¹ O fato de um dos sexos investir mais na prole abre a possibilidade para que o sexo oposto o explore, contribuindo apenas com a fecundação e nada mais. Uma vez que o indivíduo que cuidará da prole tem interesse na sobrevivência de seus filhos, pois disso resultará o seu sucesso reprodutivo, o explorador pode obter uma vantagem sobre ele, contribuindo apenas com a fecundação e abandonando o filho aos cuidados daquele. Essa dinâmica acarretou a *alta seletividade do sexo* que mais investirá no crescimento da prole. Além disso, para o sexo oposto, um indivíduo que sabidamente vai investir em seus filhos se torna um recurso valioso o suficiente pelo qual vale a pena lutar. Considerando que esta lógica também se aplica à espécie humana, tem-se que a estratégia ótima (em termos evolutivos) para os homens seria encontrar o máximo de parceiras sexuais possíveis, ao passo que para as mulheres seria encontrar o parceiro que se disponha a ajudá-la na tarefa da criação da prole⁵².

fêmeas, e mais intensa a competição sexual (DALY, Martin et WILSON, Margo. *Homicide*. Transaction Publishers. New Jersey. 1988. Pág. 141).

⁵¹ Conforme lembram SOUZA, Maria Bernardete Cordeiro de, HATTORI, Wallisen Tadashi et MOTA, Maria Teresa da Silva, o *esforço reprodutivo* é constituído de *esforço para acasalamento*, consistente no tempo e na energia gastos para encontrar parceiros e realizar a cópula, e o *esforço parental* ou *investimento parental*. A relação entre eles é inversamente proporcional, o que significa que se o indivíduo realiza mais esforço para o acasalamento, menos tempo e energia ele investirá na prole, vale dizer, menor será o seu investimento parental. (*Seleção Sexual e Reprodução*. In Fundamentos de Psicologia Evolucionista. Coordenação de Emma Otta e Maria Emília Yamamoto. Ed. Guanabara Koogan. Rio de Janeiro. 2009. Pág. 118).

⁵² “Male fitness is directly limited not by access to fertile females, whereas a female’s fitness is limited not by access to males but by access to the material resources necessary for reproduction, or, when resources are abundant, by her limited intrinsic capacities to convert them to babies. (...) So a man (...) could always increase his expected fitness by gaining sexual access to one more fertile female, regardless of whether he presently has no mate or fifty, whereas a woman (...) typically would not enhance her expected fitness by gaining sexual access to every fertile male on the planet.” (DALY, Martin et WILSON, Margo. Obra citada. Pág.139).

Assim, homens competem entre si para ter acesso às mulheres e estas competem entre si para ter acesso ao homem que apresente as características que lhes satisfaçam. Essa competição pode ocorrer não apenas através da eliminação física ou da desmoralização de rivais, mas também através da exibição de características que atraiam o sexo oposto. Diante disso, a competição com outros indivíduos do mesmo sexo e a exibição das características atraentes configuraram problemas recorrentes com que os ancestrais humanos tiveram que lidar, exercendo uma pressão seletiva que resultou nas diferenças morfológicas, psicológicas e comportamentais de homens e mulheres.

Mas, por que a competição entre os homens é mais acirrada e violenta do que a entre mulheres? Conforme sustentam Daly e Wilson⁵³, os homens competem de forma mais violenta porque a *variância adaptativa* entre eles é muito maior do que entre as mulheres. Como as mulheres guardariam o recurso mais valorizado (a disponibilidade de investir necessariamente na prole), elas poderiam barganhar com mais facilidade no “mercado sexual”, de modo que elas teriam mais chances de conseguir a reprodução do que eles. Como teriam que competir pelo acesso ao recurso oferecido pelas mulheres, os homens poderiam ou conseguir uma descendência numerosa ou morrer sem ter filhos. Ou seja, seria mais garantida às mulheres a procriação, ao passo que, para os homens, ela seria mais incerta, embora aquele que obtivesse sucesso teria um número muito maior de descendentes do que seria possível a uma mulher, enquanto aquele que não tivesse sucesso não teria descendente nenhum. Assim, por exemplo, seria possível a um homem ter cem mulheres em um ano e com elas ter cem filhos nesse período, sendo que a mulher não poderá engravidar de cem homens nesse mesmo intervalo. Por outro lado, se o homem não tem o que as mulheres desejam e não consegue vencer seus rivais, não terá acesso a nenhuma mulher e ficará sem descendentes. Diante de um jogo de “tudo ou nada”, os homens tenderiam a se arriscar mais e a se envolver em conflitos mais acirrados para ter acesso às mulheres e para ter os atributos que elas desejassem⁵⁴.

⁵³ DALY, Martin et WILSON, Margo. Obra citada. Págs. 137-161.

⁵⁴ “*Competition among males is more intense than that among females in a simple objective sense: The variance in male fitness is greater than the variance in female fitness. Among men as compared to woman, the big winners win bigger, and the loser are more likely to be total losers. As Richard Alexander (1979) has written, ‘as a general consequence, the entire life history strategy of males is a higher-risk, higher-stakes adventure than that of females’*” (DALY, Martin et WILSON, Margo. Obra citada. Pág. 140).

Como a competição intrasexual na espécie humana é mais acirrada entre os homens, já que os lucros, em termos reprodutivos dela decorrentes, são maiores que os das mulheres⁵⁵, então “a seleção favorecerá uma psicologia tendente a táticas competitivas arriscadas, incluindo a escalada de briga até o ponto da morte”⁵⁶. E dentre as diversas modalidades de comportamento arriscado estão os atos antissociais, explicando a razão da predominância masculina nas estatísticas criminais.

Isso significa que a mulher é incapaz de atos violentos, ou que a violência é exclusividade masculina? De forma alguma. Como foi visto nas estatísticas criminais, as mulheres também se engajam em delitos violentos, embora a sua participação neles seja bem menor do que a dos homens. Além disso, quanto mais violento o delito, menos mulheres constarão das estatísticas. Apesar de elas também participarem de fatos violentos, inclusive sendo autoras de homicídios e lesões corporais, a sua violência não é um espelho da masculina. Que resposta então a psicologia evolucionista pode oferecer para o fenômeno da criminalidade feminina? Em que tipo de situações elas recorrerão a atos antissociais?

Anne Campbell⁵⁷ desenvolveu uma teoria acerca das agressões intrassexuais nas mulheres, servindo de base para uma futura construção de uma teoria da criminalidade feminina de cunho evolucionista. Conhecida como “*staying alive theory*” (teoria de manter-se viva), essa teoria se funda na premissa de que a presença da mãe é mais crítica do que a do pai para a sobrevivência da prole e, por consequência, do sucesso reprodutivo dela. A ausência da mãe expõe a prole a um alto risco de mortalidade, ao passo que a ausência paterna não tem efeito tão intenso na sobrevivência dos filhos⁵⁸. É importante notar que a mulher somente pode ter um filho por vez, ao contrário dos homens, que podem se relacionar com inúmeras mulheres, de modo que o custo evolutivo da perda da prole é muito maior para a mulher do que para o homem. Por esta razão o sucesso reprodutivo da mulher se concentra mais nos cuidados com os filhos do que na busca por novos parceiros. Com isso, as mulheres não teriam muitos benefícios em se envolver em estratégias que gerem risco à sua saúde e à sua sobrevivência, de

⁵⁵ CAMPBELL, Anne. *Staying alive: Evolution, culture, and women’s intrasexual aggression*. Behavioral and Brain Sciences (1999) 22. Pág. 204.

⁵⁶ DALY, Martin et WILSON, Margo. Obra citada. Pág. 145.

⁵⁷ CAMPBELL, Anne. *Staying alive: Evolution, culture, and women’s intrasexual aggression*. Behavioral and Brain Sciences (1999) 22. Págs. 203-214.

⁵⁸ “There are no human culture in which mothers desert their children anywhere near the rate of fathers (Campbell, Muncer, & Bible, 2001).” (WALSH, Anthony et VASKE, Jamie C. Obra citada. Pág. 94).

modo que a evolução as teria dotado de circuitos psicológicos que sopesassem com mais intensidade os riscos físicos do que os homens. Assim, as mulheres, em regra, recorreriam a estratégias arriscadas quando os benefícios superassem os custos, como seria o caso da defesa da prole.

Em competições por *status*, apesar de a mulher também dar uma relativa importância à sua posição hierárquica (pois pode lhe garantir acesso a mais recursos a serem convertidos para a prole), bem como nas competições por recursos, elas geralmente não recorrem à violência, pois os custos de sofrerem alguma lesão superam os benefícios de estarem em posições mais elevadas. Deste modo, através de uma perspectiva evolucionista, enquanto para o homem os benefícios de estar no topo são altos (possível acesso a mais recursos reprodutivos) e superam os custos de eventual lesão, para as mulheres isso não ocorre.⁵⁹ Com isso, os homens se arriscam mais para alcançar posições hierárquicas mais elevadas, enquanto as mulheres o fazem com menos intensidade (como a variância reprodutiva da mulher é menor que a do homem, estar no topo ou estar na base não faz tanta diferença para ela quanto faz para o homem).

A competição intrasexual feminina ocorre também em termos de luta por recursos (podendo lutar com homens) e por parceiros sexuais. Campbell⁶⁰ ressalta que em situações com escassez de recursos é esperado que as mulheres também compitam por eles, embora também a utilização de recursos violentos seja menos comum do que entre os homens. Esse argumento é consistente com os dados estatísticos obtidos, indicando que as mulheres, quando se engajam em atos antissociais na luta por recursos, se envolvem mais em delitos que não as expõem a risco físico, de modo que a sua presença estatística é maior em furtos, fraudes e apropriações indébitas do que em roubos e extorsões mediante sequestro. Campbell afirma que a incidência masculina em roubos, por exemplo, é maior do que a feminina, porque nesse tipo de delito, além da subtração de recursos, há também uma questão de dominância e *status*, que afeta mais

⁵⁹Para tornar o argumento mais claro: através de inúmeras e sucessivas gerações, os homens que se arriscaram por *status* deixaram mais descendentes do que aqueles que não o fizeram, ainda que um bom número deles tenha morrido no caminho sem deixar prole. Isso significa, em termos evolutivos, que os benefícios (mais descendentes) da adoção de estratégias arriscadas superaram os custos (lesão e ausência de prole), inscrevendo-se na mente dos homens a propensão ao recurso dessas estratégias. Já para as mulheres, os benefícios (mais descendentes) dos comportamentos arriscados não superaram os custos (lesão e ausência de prole), de modo que a evolução teria inscrito na mente das mulheres a tendência a evitar perigos físicos e a só se arriscar em determinadas situações.

⁶⁰ CAMPBELL, Anne. *Staying alive: Evolution, culture, and women's intrasexual aggression*. Behavioral and Brain Sciences (1999) 22. Págs. 209-210.

a homens que a mulheres. Além de recursos materiais, a competição entre as mulheres pode ocorrer por parceiros sexuais (recursos reprodutivos). Mesmo nesse tipo de conflito, as mulheres, em geral, não recorrem à violência, preferindo o uso de agressões indiretas, como a difusão de boatos e tentativas de manipulação da imagem pública da rival. O importante a observar é que essas são situações em que as mulheres mais facilmente recorrem a estratégias violentas, já que elas podem eventualmente oferecer benefícios que suplantem os custos decorrentes dos riscos.

Verifica-se, pois, que, a partir do paradigma do “homem neuronal” e sua perspectiva evolucionista, foi possível o desenvolvimento de uma hipótese capaz de contribuir para a compreensão da assimetria sexual nas estatísticas criminais. Não se trata de afirmar que a criminalidade é uma questão tipicamente masculina, mas que as características do delito dos homens e das mulheres são diferentes, estando de acordo com os mecanismos mentais evoluídos para cada sexo. E, também, não é o caso de considerar a criminalidade feminina uma patologia ou uma “masculinização” da mulher, conforme o senso comum das sociedades patriarcais, mas comportamentos adaptativos decorrentes dos problemas próprios ao sexo enfrentados ao longo da evolução.

5. Conclusão

No presente artigo se pretendeu buscar por formulações teóricas que visam explicar o fenômeno amplamente observado da assimetria sexual nas estatísticas criminais, nas quais os homens aparecem em percentual consideravelmente superior às mulheres, havendo uma sutil convergência nos delitos em que não há violência envolvida e nem exposição a risco.

Algumas teorias que tentaram apresentar explicações para o fenômeno estavam amparadas no que o filósofo francês Francis Wolff chamou de “paradigma do ‘homem estrutural’”, que entende os eventos mentais, culturais e sociais como fenômenos independentes do substrato biológico, constituindo um verdadeiro dualismo entre *natureza* e *cultura*. Nessas teorias predominou o entendimento de que a diferença decorreria dos diferentes processos de socialização a que estão submetidos homens e mulheres, bem como da estrutura patriarcal da sociedade, que perpetua valores e normas masculinas. Neste sentido, os homens internalizariam os valores associados à figura masculina, como prontidão para assumir riscos, agressividade e

dominância, características que facilitariam o rompimento do limite para comportamentos antissociais e criminosos. E as mulheres, por sua vez, internalizariam os valores associados à figura feminina, mais voltados para os cuidados, o que limitaria a possibilidade de práticas delitivas.

Outros pesquisadores se ampararam no que o filósofo francês chamou de "paradigma do 'homem neuronal'", que busca compreender os fenômenos humanos dentro do contexto naturalista, estudando-o como se estuda os outros animais. Dentro desta perspectiva, esses autores buscaram na teoria de evolução e nos mecanismos de seleção sexual as explicações para a diferença dos comportamentos, ressaltando que a competição intrasexual masculina selecionou para os homens uma maior propensão a assumir riscos e comportamentos mais agressivos, o que motivaria a preponderância masculina nas estatísticas criminais. As estratégias ótimas para as mulheres não envolveriam exposição desnecessária à risco, o que explicaria uma presença feminina maior nos delitos sem violência.

Importante destacar que a perspectiva evolucionista apresentada **não** significa que homens e mulheres sejam diferentes em tudo. Pelo contrário, mulheres e homens têm capacidades cognitivas equivalentes e se assemelham na maioria dos aspectos⁶¹.

6. Referências

AKERS, Ronald L. et SELLERS, Christine S.. *Criminological Theories – Introduction, Evaluation, and Application*. 5ª edição. Oxford University Press. 2008.

ALIMENA, Carla Marrone. *A Tentativa do (Im)possível: Feminismos e Criminologias*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

⁶¹ “Quão diferentes são os homens e as mulheres? Embora existam diferenças físicas óbvias, como na altura e no peso, o que as pessoas realmente querem saber é como as mulheres e os homens diferem em termos psicológicos. Na verdade (...) há diferenças em comportamentos como agressão e intimidade que geralmente se conformam aos estereótipos. Mas os homens e as mulheres são bastante parecidos em muitas coisas. Segundo a teoria evolutiva, as diferenças sexuais refletem diferentes problemas adaptativos enfrentados por homens e mulheres, e isso é, de forma geral, apoiado pelas pesquisas. Como homens e mulheres enfrentam problemas adaptativos parecidos, eles são semelhantes na maioria das dimensões.” (GAZZANIGA, Michel S. et HEATHERTON, Todd F. *Ciências Psicológicas – Mente, Cérebro e Comportamento*. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Artmed. Porto Alegre. 2005. Pág. 398).

CAMPBELL, Anne. *Feminism and Evolutionary Psychology*. In: *Missing the Revolution – Darwinism for Social Scientists*. (org. Jerome Barkow). Oxford University Press. New York. 2006.

CAMPBELL, Anne. *Staying alive: Evolution, culture, and women's intrasexual aggression*. Behavioral and Brain Sciences (1999) 22.

DARWIN, Charles. *A Origem do Homem e a Seleção Sexual*. Trad. Eugênio Amado. Editora Itatiaia. Belo Horizonte. 2004 (1871).

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2019*. - https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf (pesquisa realizada em 12 de fevereiro de 2023).

GAZZANIGA, Michel S. et HEATHERTON, Todd F. *Ciências Psicológicas – Mente, Cérebro e Comportamento*. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Artmed. Porto Alegre. 2005.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2006.

NEWBURN, Tim – *Criminology*. Willian Publishing. Devon. 2007.

SOUZA, Maria Bernardete Cordeiro de, HATTORI, Wallisen Tadashi et MOTA, Maria Teresa da Silva. *Seleção Sexual e Reprodução*. In Fundamentos de Psicologia Evolucionista. Coordenação de Emma Otta e Maria Emília Yamamoto. Ed. Guanabara Koogan. Rio de Janeiro. 2009.

SPERBER, Dan. *Explaining Culture – A naturalistic approach*. Blackwell Publishing. Oxford. 1996.

TOOBY, John et COSMIDES, Leda. *Conceptual Foundations of Evolutionary Psychology*. In. The Handbook of Evolutionary Psychology. Org. David M. Buss. John Wiley & Sons, Inc. New Jersey. 2005.

TURNER, Jonathan H.. *The Structure of Sociological Theory*. Thomson Learning Inc.. Belmont. 2003.

WALSH, Anthony et. VASKE, Jamie C.. *Feminist Criminology through a Biosocial Lens*". 2nd edition. Carolina Academic Press. Durham. 2015.

WOLFF, Francis. *Nossa Humanidade: De Aristóteles às neurociências*. Ed. Unesp. São Paulo. 2012.

WRANGHAM, Richard et PETERSON, Dale. *Demonic Males – Apes and the origins of human violence*. Houghton Mifflin Company. New York. 1996.

ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e Natureza Humana*. Ed. Núria Fabris. 1ª edição. Porto Alegre. 2011.

Participação de Mulheres em Conselho de Administração Participation of Women On The Board Of Directors

Lígia Armani¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A pouca representatividade das mulheres em Conselhos de Administração demonstra a discriminação de gênero ainda existente em ambientes de corporações, pois, apesar das empresas empregarem grande número de trabalhadoras, estas ocupam os cargos de menor relevância econômica e social. A quantidade de mulheres vem aumentando em ritmo lento por conta de diversas barreiras estruturais e muitas vezes não visíveis, razão pela qual há a necessidade de se implementar políticas de ações positivas como acelerador desse processo, sendo as cotas o meio que se mostra mais eficaz para melhoria do cenário atual.

Palavras chaves: Conselho de Administração; Mulheres; Discriminação de Gênero; Política de Ação Positiva; Cotas.

Abstract: The low representation of women on Boards of Directors demonstrates the gender discrimination that still exists in workplaces, for the reason that, although companies employ a large number of workers, they occupy positions of lesser economic and social relevance. The number of women has been increasing at a slow speed due to several structural barriers and often not visible, which is why there is a need to implement positive action policies as an accelerator of this process, with quotas being the most effective means to improvement of the current scenario.

Keywords: Board of Directors; Women; Gender Discrimination; Positive Action Policy; Quotas.

¹ Mestre em Direito da Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

1. Introdução - Conselho de Administração e sua Composição

O Conselho de Administração ou Conselho Administrativo é um órgão de deliberação colegiada, obrigatório para as sociedades anônimas abertas e as de capital autorizado, conforme estabelecem os artigos 138 e seguintes da Lei n. 6.404/1976 – Lei das Sociedades por Ações.

A legislação brasileira confere ao Conselho um grande poder, pois é nele que se estabelecem as diretrizes da empresa, sendo que cabe ao Conselho a eleição e a destituição dos diretores da companhia; o poder de avaliar grandes contratos, relatórios e contas da companhia; escolher e destituir auditores, dentre outras atribuições de alto impacto para as companhias (ANGARITA, SICA e DONAGGIO, 2016, p. 7).

Em suma, o Conselho determina a contratação e a demissão de executivos, além de ratificar e controlar as decisões importantes da organização.¹ Dessa forma, um Conselho bem estruturado e ativo fornece segurança e transparência aos investidores da companhia e, por consequência, maior confiabilidade na divulgação das informações.

A Lei das SAs estabelece, dentre outros itens, a composição do Conselho de Administração com, no mínimo, três membros; esse número varia de acordo com o tamanho da companhia. Ocorre que a representatividade do gênero feminino nesses Conselhos é pequena, sendo tais cargos ocupados em grande maioria por homens.

O presente estudo considera o aumento gradativo da participação das mulheres em Conselhos. Todavia, atualmente o percentual ainda é baixo, em torno de 16%², levando-nos a

¹ Lei n. 6.404/1976. Art. 142. Compete ao conselho de administração:

- I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
- II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
- III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
- IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;
- V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
- VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
- VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

² A participação das mulheres em conselhos de administração subiu de 14% para 16% em comparação com 2021, segundo estudo inédito concluído pelo *ACI Institute*, da consultoria KPMG no Brasil.

Informação disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-mulher/2022/12/sobe-o-numero-de-mulheres-em-conselhos-de-administracao-no-brasil/>

questionar as razões que levam a essa presença desproporcionalmente masculina apesar de as mulheres chegarem a ocupar 54,3% dos postos de trabalho no país em 2019. A média anual recuou em 2021, passando para 51,6% devido, sobretudo, à Pandemia da Covid-19³.

Nesse contexto, o número cai para zero se a busca for por mulheres negras em Conselhos de Administração, uma provável consequência da menor participação desse grupo no mercado de trabalho formal e da alta taxa de desemprego frente aos demais grupos demográficos.⁴

Os dados supracitados evidenciam a dificuldade das mulheres para chegar a cargos de relevância dentro das companhias causada pelos fatores sociais/culturais sobre papéis de gênero.

Para detalhamento de tal cenário, nos próximos tópicos serão abordadas questões ligadas à possível origem dessa ausência de representantes do gênero feminino como conselheiras em corporações.

2. Divisão do trabalho pelo gênero

Até meados do século XIX, a mulher não tinha direito de ter emprego nem de ocupar cargos públicos, sua função se limitava aos cuidados da casa e da família. As diretrizes do Estado e a aceitação da sociedade em relação a essa restrição foi se alterando pouco a pouco. Entretanto, observa-se que, mesmo com o seu ingresso no mercado de trabalho, foi mantida a ideia de que a aptidão das mulheres estaria voltada para determinadas áreas de atuação. Assim, consolidou-se o conceito de que existiriam tipos de trabalhos adequados a um ou outro gênero.

Ainda nos dias de hoje, enquanto os homens são vistos como mais ‘propensão’ às carreiras com perspectivas profissionais promissoras e melhor remuneração, as mulheres ficam restritas às profissões menos prestigiadas no mercado de trabalho (humanidades e letras, por exemplo) (DE PAIVA, 2019, p 58).

De início, havia um consenso estabelecido de que as mulheres não teriam capacidade intelectual ou condições morais para assumirem cargos de liderança no mundo corporativo,

³ Disponível em <https://blogdoibre.fgv.br/posts/maternidade-e-participacao-feminina-no-mercado-de-trabalho>

⁴ O C-suite também permanece predominantemente masculino e branco, segundo o estudo. Apenas um em cada quatro líderes C-suite era mulher, sendo 1 em cada 20 uma mulher negra. “Apesar de ganhos modestos em representação na liderança sênior nos últimos oito anos, as mulheres – e especialmente as mulheres negras – ainda estão dramaticamente sub-representadas na América corporativa”. Texto disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-em-cargos-de-lideranca-estao-mais-propensas-a-desistir-aponta-estudo/>

acadêmico e político. Essa noção tendenciosa foi gradativamente substituída por outro raciocínio, o de que essa desvantagem das mulheres no mercado de trabalho seria uma ‘escolha’ ou ‘preferência’ pelos trabalhos menos relevantes em relação àqueles assumidos pelos homens para que elas pudessem, concomitantemente, se dedicar à vida pessoal com a criação dos filhos e administração familiar. Nesse tocante, cabe-nos questionar se se trata essencialmente de escolha ou preferência das mulheres pela administração da família em detrimento de seu crescimento profissional ou então de uma sólida opressão do sistema social vigente. Parece-nos que a segunda hipótese é que se aplica à situação das mulheres.

De todo modo, é evidente que esse contexto de origem estrutural é fator que desequilibra a distribuição de números entre as mulheres e os homens que ocupam cargos em posições estratégicas no meio empresarial e político, pois dá margem larga para que os homens invistam em suas carreiras em ascensão para os cargos de liderança, apoderando-se da lacuna deixada pelas mulheres que não permanecem no mercado de trabalho ou que não podem se dedicar integralmente às suas profissões.

De acordo com o estudo divulgado em 2022 pelo Fórum Econômico Mundial em seu *Global Gender Gap Index*, as mulheres ocupam apenas um terço dos cargos de liderança em empresas no mundo — a participação delas em postos de liderança subiu de 33% em 2016 para 37% em 2022. Em alguns setores, as mulheres representam quase a metade dos cargos de liderança, como em ONGs e associações (47%), educação (46%) e serviços pessoais e de bem-estar (45%). No outro extremo, há setores em que as mulheres estão em absoluta minoria, como tecnologia (24%), energia (20%) e infraestrutura (16%).⁵

A pesquisa do *Global Gender Gap Report* ainda mostrou que os nórdicos Finlândia, Noruega e Suécia são os três países com melhor classificação de paridade de gêneros, ao passo que o Brasil ocupa o 94º lugar no ranking de efetividade de igualdade dentre os 146 países avaliados.

Portanto, embora a diferença de gênero esteja presente na sociedade em geral, os dados variam no tempo e no espaço. Nos países em que a divisão sexual do trabalho tem sido debatida e combatida há mais tempo do que no Brasil, verifica-se uma menor diferença no percentual entre os cargos de destaque ocupados sob a perspectiva de gênero.

⁵ O *Global Gender Gap Index* se mostra como o mais abrangente estudo sobre desigualdade de gênero no mundo. Disponível em https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf

A par dos estudos, publicações e outras produções de relevância para enfrentamento do tema, há determinadas situações que ganham publicidade e atingem um largo número de pessoas, de modo a incrementar o debate sobre a discriminação sexual; mostram-se como relevante ferramenta para inspiração de outras mulheres e, ao mesmo tempo, possuem caráter educativo, de ampliação de perspectiva.

O caso 920 F.2d 967: Ann B. Hopkins v. Price Waterhouse, julgado pela Corte de Apelação dos Estados Unidos em 1990, tratou de discriminação sexual sofrida pela Sra. Hopkins que, não obstante ter desenvolvido uma carreira de sucesso em Escritório de Serviços Governamentais (OGS) como gerente sênior e ter sido muito bem avaliada por parceiros que a conheciam ao Comitê de Admissões da Price Waterhouse, teve negada a sua admissão como sócia nesta empresa porque teria atitudes muito ‘masculinas’. Ela teria sido aconselhada a *andar, falar e vestir-se de maneira mais feminina, usar maquiagem, pentear o cabelo e usar joias e a comportar-se de maneira menos agressiva*. A Corte norte-americana reconheceu que houve discriminação sexual, ordenou que a Price Waterhouse a admitisse na sociedade da empresa e pagasse a ela US\$371.000 em salários atrasados.⁶

Assim, a exigência de que a mulher tenha ‘características femininas’ para determinadas tarefas e ‘características masculinas’ para outras funções apenas serve para evidenciar que o estereótipo de gênero é uma barreira para que se atinja uma equiparação na ocupação de cargos de relevo no âmbito empresarial.

O caso Ann Hopkins confirma que o conflito trabalho *versus* família não é o único fator que atrasa ou mesmo bloqueia o crescimento profissional das mulheres e, por consequência, dá ensejo à sua sub-representatividade em cargos estratégicos e de liderança como em Conselhos de Administração.

As relações de gênero estão na base da organização da esfera produtiva, sendo que o atraso da ascensão das mulheres no mundo corporativo tem raízes patriarcais antigas, que permeiam as atitudes das pessoas quer de modo velado, quer de modo explícito, mas sempre com reflexo na diminuição da importância do trabalho da mulher. Por isso, o avanço no sentido da equiparação entre os gêneros é considerado lento.

Mesmo com a reconhecida mudança gradativa das imposições sociais que tendem ao afastamento das mulheres dos cargos de liderança, o levantamento *Global Gender Gap Index*

⁶ Disponível em <https://casetext.com/case/hopkins-v-price-waterhouse-3>

mostrou que, no ritmo atual de progresso, o mundo levará 132 anos para que haja uma paridade completa entre homens e mulheres. Ritmo este deveras lento, apontando para a necessidade de providências complementares pelo Estado e pelo setor privado, tal como será abordado nos tópicos seguintes.

3. Legislação e interpretação das leis

A intervenção do Estado por meio da edição de leis voltadas ao combate da situação de desigualdade das mulheres em relação aos homens é fator relevante para a diminuição do tempo necessário para inclusão delas em posições de destaque, com uma legislação voltada para a atenuação das diferenças de oportunidades concedidas para pessoas de gêneros diversos. Nesse contexto, adianta-se aqui o que será melhor abordado adiante: é o sistema de cotas que pode atenuar tal diferença.

No ano de 2010, a Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves propôs o Projeto de Lei do Senado - PLS n. 112/2010, que prevê o estabelecimento mínimo de 40% de participação de mulheres nos Conselhos de Administração das empresas públicas e sociedades de economia mista. Na justificativa do Projeto, a autora menciona ter ciência de que a proposta iria provocar ‘fortes reações’.⁷

Foi o que ocorreu. Diante da iminência de ter aprovada uma lei obrigando a manutenção de cota de 40% em conselhos de administração destinada às mulheres, o IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa editou carta intitulada “Fundamentos para discussão sobre cotas para mulheres nos conselhos no Brasil”, na qual chega a reconhecer a tendência crescente em outros países na adoção de cotas de participação das mulheres em conselhos de administração diante do baixo percentual de representatividade do gênero. No corpo da carta são listados os trabalhos com grande predominância feminina entre os profissionais com ensino

⁷ “Sabemos que nossa proposição vai provocar fortes reações, exatamente como ocorreu entre os noruegueses, que formam uma das sociedades mais igualitárias do planeta, registrando a presença feminina em 50% do gabinete do atual governo da Noruega. De acordo com matéria jornalística publicada no *New York Times* em março deste ano, dirigentes empresariais se alarmaram na época com a possibilidade e chegaram à deselegância de afirmar *que as empresas teriam de contratar ‘acompanhantes’ para cumprir a lei*. Contudo, passados sete anos da aprovação da medida, a parcela de mulheres diretoras nas cerca de 400 empresas afetadas já é superior a 40%, e elas preenchem mais de 25% das vagas dos conselhos nas 65 maiores empresas privadas do país. Para muitos, trata-se da medida mais ousada já tomada contra um dos obstáculos mais resistentes à igualdade de gêneros.”

superior completo nas áreas da saúde, educação e serviços domésticos e os trabalhos em que são desempenhados tradicionalmente pelos homens, ligados à indústria, serviços públicos, construção, transportes e comunicação.

E, ao final da carta consta que, diante de certa preferência dos sócios por elegerem aqueles que têm experiência em cargos na alta administração e na alta gestão e, tendo em vista que tais cargos estão ocupados por homens, somado ao fato de que as obrigações domésticas e familiares dificultam a participação feminina em redes de contato frequentadas por homens durante suas vidas profissionais, concluiu o IBGC que as cotas não seriam a melhor solução naquele momento.

Interessa aqui abordar que, mesmo tendo o IBGC se colocado publicamente contrário ao Projeto de Lei do Senado, a discussão ganhou corpo entre a sociedade e sobretudo entre as mulheres, de modo que o IBGC tomou medidas para o incremento do número de mulheres em conselhos, mesmo que de modo ainda tímido e pouco representativo frente à grande maioria masculina.⁸

É bastante comum encontrar críticos ao estabelecimento de cotas para as mulheres em Conselhos justificando sua posição com argumentos de diminuição da capacidade delas para tal função e que, assim, poderiam provocar prejuízos à companhia. Entretanto, há outros pontos não contabilizados por aqueles contrários às cotas, como os comprovados benefícios proporcionados às companhias que apoiam a diversidade de gêneros.

O estudo de Baum, Gafni e Lazar (2022, p 18), baseado em 660 empresas públicas com ações negociadas pela bolsa de Tel-Aviv durante o período de 13 anos – de 2005 a 2017 – mostra que, à medida em que a proporção de mulheres em Conselhos aumenta, o envolvimento das corporações ou de seus executivos em violações da lei diminui.⁹ Segundo apuraram os pesquisadores, mulheres tendem a ser mais preocupadas e comprometidas com as questões de performance social, equidade, transparência, justiça e colaboração, sendo que a presença das mulheres nos conselhos de administração traz uma melhora no engajamento comunitário,

⁸ O IBGC criou, em 2014, o Programa Diversidade em Conselho com a finalidade de incentivar a participação de mulheres em conselhos e informa que, desde então, 139 mulheres já participaram do Programa e, dentre elas, 64% (ou 89) assumiram cargos em conselhos ou comitês. Disponível em <https://www.ibgc.org.br/advocacy/diversidade>

⁹ “Women participate less in white-collar crime, have different motives for engaging in criminal behavior, commit crimes in different contexts and of different natures, and have different approaches and reactions to crime.” p. 18.

governança fortalecida e mais práticas voltadas ao meio ambiente Baum, Gafni e Lazar (2022, p. 42).

A despeito dos benefícios trazidos pela diversidade de gênero em Conselhos, a resistência à participação das mulheres em posição de liderança permanece forte, muito provavelmente na tentativa de manutenção do *status quo* de subordinação da mulher em relação ao homem, pois as justificativas para sustentar a contrariedade ao estabelecimento de cotas em Conselhos se baseiam em argumentos conformistas quanto ao papel pré-estabelecido para as mulheres.

4. A Teoria Feminista do Direito

Há fatores velados e pouco – ou nada – considerados usualmente, que reforçam a condição de inferioridade que as mulheres são colocadas no mercado de trabalho, um deles é o modo de construção dos textos normativos, permeados de conceitos que refletem a realidade dos homens.

Com efeito, a estrutura e termos utilizados na legislação é objeto de estudo que teve início nos Estados Unidos em meados de 1970, dando origem à Teoria Feminista do Direito que, resumidamente, busca compreender como as leis e outras instituições legais são influenciadas por perspectivas masculinas, deixando de considerar as vivências e experiências das mulheres.

Segundo essa Teoria, as leis devem ser elaboradas e interpretadas sem se afastar da condição da mulher em situações próprias dela, tais como gravidez, amamentação e menstruação. Apesar de existirem alguns dispositivos legais que dão tratamento diferenciado para homens e mulheres, nosso sistema normativo está repleto de leis elaboradas tendo como norte a realidade masculina.

Assim, ao estabelecer como conceito de ‘tempo integral’ a jornada de 40 horas de trabalho e como ‘tempo parcial’ a de 30 horas, a legislação trabalhista privilegia os interesses masculinos, uma vez que, por ter que cuidar da família, muitas mulheres precisam desempenhar suas funções em carga horária menor, o que acarreta menores salários, ainda que proporcionalmente considerados. Melhor seria se a jornada de 30 horas fosse denominada pela lei de ‘tempo integral’ e a de 40 horas nomeada como ‘extra’.

Nesse tocante, cumpre abordar o *princípio constitucional da igualdade ou da isonomia*, consagrado no art. 5º da Constituição Federal¹⁰, lembrando que o legislador constituinte cuidou de inserir outros dispositivos que fazem diferenciação entre homens e mulheres¹¹, dando aparência de equilíbrio no tratamento entre os gêneros, mas não necessariamente garantindo que as mulheres tenham as mesmas oportunidades que os homens.

As barreiras impostas às mulheres são evidentes ainda que se verifiquem tentativas da lei em abrandar tal diferença. O resultado de uma pesquisa coordenada por Machado e Pinho Neto, publicada em dezembro de 2016 pela FGV – Faculdade Getúlio Vargas revela que a probabilidade de emprego das mães no mercado de trabalho formal cai imediatamente após o período de proteção garantido pela licença-maternidade de quatro meses e, após 24 meses, quase metade das mulheres que usufruíram da licença está fora do mercado de trabalho.

Esse estudo mostra que, no Brasil, a licença de 120 dias não é suficiente para manter as mulheres no mercado de trabalho, havendo necessidade de ampliação desse período¹², bem como de expansão de rede de apoio para cuidados das crianças (creches e escolas). Significa isso dizer que, embora a lei contenha previsões voltadas para proteção das mulheres, existindo falhas que reforçam o abismo de oportunidades entre os gêneros.

Segundo a Teoria feminista do direito, além da necessidade de melhorias das leis para promover o real equilíbrio, deve ser alterada a estrutura do sistema para contemplar as experiências das mulheres e se evitar a utilização de linguagem impregnada por valores masculinos, tidos como termos ‘neutros’, tais como o uso de palavras masculinas para se referir a homens e mulheres em conjunto.

¹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

¹¹ Nossa Constituição Federal adotou aspectos formal e material quanto ao princípio da igualdade, pois, de acordo com o primeiro, todos são iguais perante a lei e o segundo indica que as diferenças devem ser respeitadas. Alguns exemplos da igualmente material: licença-gestação para a mulher com duração superior à licença-paternidade (art. 7º, incisos XVIII e XIX); prazo mais curto para a aposentadoria por tempo de serviço da mulher (art. 40, inciso III, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’).

¹² A Suécia é um dos países em que há pouca disparidade de oportunidades de trabalho entre homens e mulheres, não sem importância é o incentivo do governo para que as mães voltem a trabalhar após 480 dias de licença remunerada para cada casal com um novo bebê e reserva 90 dias para o pai para usar ou perder. Informação disponível em <https://apolitical.co/solution-articles/pt/parental-leave-policy-changed-way-sweden-see-fatherhood>

Basta lembrar que o nosso sistema jurídico utiliza a expressão ‘homem comum’ para se referir à média da população submetida ao ordenamento legal, sendo certo que, em verdade, tal remissão diz respeito ao homem branco heterossexual civilizado.

Por meio de uma visão mais ampla da diferenciação da realidade entre os gêneros, é possível melhor avaliar questões como assédio sexual, violência doméstica, igualdade de salários, direito reprodutivo etc. sob a ótica da legislação, daí a importância das proposições formuladas por essa vertente do Direito.

Em outras palavras, com fundamento na neutralidade e na objetividade, o legislador edita leis baseadas na experiência masculina dominante e, assim, ficam excluídos os que não se encaixam (em contraposição à objetividade e neutralidade desejadas). É por isso que o Estado não pode assumir uma posição neutra de passividade, sob pena de, acobertado por uma falsa impressão de equilíbrio e imparcialidade, seja a lei um relevante elemento de perpetuação do patriarcalismo.

5. Ritmo do aumento da representatividade de mulheres em Conselhos e a importância das ações afirmativas através das cotas

Vimos que os Conselhos de Administração são compostos por membros com experiência nas questões empresariais e conhecedores da gestão da sociedade. Vimos também que, no desenvolvimento de sua carreira, as mulheres se deparam com situações que as colocam em desvantagem em relação aos homens para fins de ascensão profissional, principalmente em questões ligadas aos cuidados com a família, tudo a partir da sociedade patriarcal em que vivemos, com a ‘liberação’ do homem para se dedicar a maior parte de seu tempo ao trabalho enquanto a mulher trabalha, e ao mesmo tempo, tem que tomar providências para a manutenção da casa e dos filhos.

Da situação resumida acima, depreende-se que a primeira barreira para as mulheres é imposta pela própria estrutura da sociedade, que acarreta a redução do número das possíveis candidatas com experiência para o cargo de conselheiras.

Para aquelas que conseguem se manter em atividade profissional, ainda encontram o fator ‘etarismo’, ou seja, a barreira imposta pela idade, colocando-as em franca desvantagem em relação aos homens, haja vista que o mundo corporativo usualmente dá respostas diferentes para os gêneros diante do envelhecimento do profissional dentro da empresa: enquanto o

homem executivo na casa dos 60 anos de idade tem alta probabilidade de integrar o conselho de administração, a mulher tem que lidar com a sua demissão ou aposentadoria.

Tal cenário resulta em um crescimento bastante lento do número de mulheres a ocupar cadeiras em conselhos administrativos.

E existem outras barreiras para as mulheres que são menos visíveis. Em pesquisa realizada com trabalhadores de tecnologia da informação, Kelan (2009, p. 2) observou uma situação desfavorável ao avanço do combate às diferenças, que se dá quando os funcionários têm ciência da discriminação de gênero e, ao mesmo tempo, afirmam que o ambiente de trabalho é neutro relativamente a homens e mulheres. Ocorre então a denominada *fadiga de gênero*, ou seja, os funcionários estão cansados de ver a discriminação de gênero e preferem ver um mundo no qual há igualdade, onde o gênero não mais importa.

Kelan (2009, p. 12) sugere que as desigualdades de gênero continuam a existir – tais como a expectativa de que o trabalhador ideal tenha características masculinas, ou mesmo pela própria definição de comportamento neutro frequentemente se basear no estereótipo masculino – porém camufladas por forte retórica de igualdade de gênero, o que faz com que se articulem experiências de discriminação em diferente forma.¹³ Desse modo, a fadiga de gênero se refere à circunstância em que a discriminação de gênero ainda é vista nos ambientes de trabalho, porém repudiada de certa forma onde há aparência de neutralidade para os gêneros.

Mas se não basta o simples encorajamento em empresas para que as pessoas com poder decisório conduzam seus atos acolhendo diferenças de gênero¹⁴, então como dar efetividade ao combate à discriminação de gênero?

A resposta vem da experiência vivida em outros países em que se constatou que a imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores de trabalho é um caminho eficaz para o combate à discriminação.¹⁵

¹³ Kelan aponta que a palavra discriminação tem conotação negativa e, assim, se nas empresas for perguntado diretamente sobre isso, primeiramente as pessoas se demonstram desconfortáveis com o tema e, em seguida, negarão a existência da discriminação porque não é um comportamento socialmente aceito. Para identificação da presença de discriminação entre os gêneros, indica Kelan, é preciso questionar as pessoas por via transversa.

¹⁴ Além das demais diferenças de cor, classe social e nacionalidade, que não são objeto deste estudo.

¹⁵ Em 27 de janeiro de 2011 era promulgada na França a lei Copé-Zimmermannlei, que estabeleceria uma cota de 40% de mulheres nos conselhos de administração de empresas listadas no CAC-40, o índice de referência da Bolsa de Valores de Paris. Dez anos depois, o país é o melhor aluno europeu. Com 44,6% de mulheres nos boards, a França está em primeiro lugar entre as nações engajadas na promoção da diversidade em conselhos de administração. Informação disponível em <https://ibgc.org.br/blog/cotas-mulheres-conselho-franca-10-anos>

Esse conceito moderno de ações afirmativas é tido como acelerador da equiparação de oportunidades entre os gêneros por mecanismos de intervenção estatal, em situação oposta à neutralidade e de mero expectador das diferenças entre os jurisdicionados – tal como se via no modelo primitivo do princípio da igualdade.

Joaquim Barbosa – primeiro negro a assumir uma cadeira de Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro – aborda o tema das políticas de ação afirmativa como eficaz caminho para diminuição das diferenças de oportunidades para os grupos em posição de subordinação (GOMES, 2001). Ressalta Joaquim Barbosa que o país pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas “ações afirmativas” foram os Estados Unidos da América inicialmente como meio para cuidar da marginalização social e econômica do negro na sociedade americana, estendendo-se para a realidade das mulheres, em combate ao que se denominou de *Glass Ceiling* (GOMES, p. 132, 2001).¹⁶

As ações afirmativas consistem, pois, em políticas públicas baseadas no princípio constitucional da igualdade material e são destinadas à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física (GOMES, 2001, p. 132). Não se limitam à destinação de cotas às classes discriminadas, trata-se de um conceito amplo com estabelecimento de metas e cronogramas para que se atinja um real equilíbrio de oportunidades aos grupos discriminados e menos favorecidos.¹⁷

Belmonte (2014, p. 109) explica que as ações afirmativas têm como principal objetivo a promoção de oportunidades iguais para pessoas que são alvo de discriminação e, para ser beneficiado, o indivíduo deve pertencer a um grupo discriminado e possuir determinadas qualificações. Transpondo esse conceito para o tema objeto deste estudo, deduz-se que para as mulheres serem beneficiadas por programas que lhes garantam postos em Conselhos de Administração, é necessário que elas deixem de ser indicadas a esses cargos essencialmente em razão de pertencerem ao sexo feminino.

¹⁶ “Glass Ceiling” é a expressão utilizada pelos norte-americanos para designar as barreiras artificiais e invisíveis que obstaculizam o acesso de negros e mulheres qualificados a posições de poder de prestígio, limitando-lhes o crescimento e o progresso individual. Em 1991, o Congresso promulgou o *Civil Rights Act*, que criou a “Glass Ceiling Commission”, composto por 21 membros com o objetivo de identificar as barreiras invisíveis e propor medidas hábeis a criar oportunidades de acesso de minorias a posições de comando e prestígio nas empresas.

¹⁷ São exemplos de políticas de ações afirmativas: bolsas de estudo, reserva de vagas prioritárias em programas de habitação, empréstimos, redistribuição de terras, preferência em contratos públicos etc.

No Brasil, com o objetivo de aumentar a representação das mulheres na política, a Lei 9.100/95 instituiu o percentual mínimo de 20% de mulheres candidatas às eleições municipais. Em seguida, a Lei 9.504/97 aumentou o percentual para 30%. Como consequência, além de aumentar em 111% o número de vereadoras eleitas em 1996, o estabelecimento de cotas mínimas de candidatas mulheres em eleições lançou debate em torno das ações afirmativas para outros campos além da política.

Não faltam críticas à implementação de ações afirmativas, uma vez que o combate à discriminação acarreta a redução de poder dos tradicionalmente beneficiados. Assim, o grupo dominante tende a se contrapor às políticas de ações afirmativas como tentativa de manutenção do *status quo*.¹⁸ E, via de consequência, um Estado neutro e passivo diante das diferenças de oportunidades advindas da discriminação, apenas perpetua a dominância de um grupo sobre os demais.

Para além de dar oportunidade de ascensão profissional às mulheres, as medidas de ação afirmativa promovem uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva calcados pelos costumes e pela tradição, de modo a mudar a ideia difundida pela história de supremacia do homem branco e, em contrapartida, de subordinação da mulher.

A política de cotas, assim, mais do que beneficiar a mulher que objetiva atingir uma posição em Conselhos, traz um forte caráter simbólico para outras mulheres que venham a se espelhar naquelas que alcançaram um posto de comando.

Um outro aspecto da política de cotas é que fica eliminada ou minimizada a necessidade de afirmação e desempenho das mulheres acima da média em relação aos homens para obter reconhecimento. Como se sabe, sem a intervenção política, relegadas à uma concorrência em condições desiguais, as mulheres são instadas a atingir um alto nível de excelência em suas funções, o que as leva também a um desgaste emocional (CARDOSO e HANASHIRO, 2016, v. 19, p. 85).¹⁹

A partir do estudo de Kanter (1994, p. 39), verifica-se a necessidade do estabelecimento de cotas efetivamente representativas para se evitar o “tokenismo”, ou seja, a inserção de

¹⁸ Como exemplo, têm-se os brancos egressos de escolas particulares que historicamente vêm sendo beneficiados pela admissão em universidades públicas brasileiras (com ensino de boa qualidade), que costumam tecer críticas ao sistema de cotas imposto pelo Estado.

¹⁹ “O desempenho superior é esperado de todos os executivos, mas para as mulheres isso é particularmente importante, e uma das razões para esse fato é que as pessoas não dão muita credibilidade à capacidade profissional das mulheres, então elas devem provar sua credibilidade a cada nova situação no trabalho.”

pequeno grupo de pessoas discriminadas “tokens” apenas para atender à regra imposta, o que acaba como uma confirmação da discriminação, pois um pequeno grupo frente à maioria não cotista restaria ainda subjugada e sem voz de comando.²⁰ Sendo assim, embora não haja consenso sobre qual seria o número de cotas ideal, sabe-se que, somente com um percentual efetivamente representativo de mulheres em cargos de destaque, pode-se atingir uma transformação dinâmica das relações sociais.

6. Conclusão

Os aspectos mencionados ao longo desse texto são elementos significativos para compreensão da posição das mulheres em suas carreiras, especificamente quanto às possibilidades de ascensão profissional e ocupação de cargos em Conselhos de Administração. É de grande importância o debate acerca das barreiras – nem sempre visíveis – que impedem as mulheres de ascenderem nas corporações, mesmo sendo qualificadas para tanto.

Espera-se que o Projeto de Lei 7179/2017²¹ seja aprovado em breve tempo para garantia da participação das mulheres em Conselhos de Administração, pois as cotas como política de ação positiva para desempenho tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, observados os números que possam dar efetiva representatividade às mulheres em cargos de poder, são o meio atualmente eficaz para diminuir a desigualdade entre os gêneros e para dar lugar à real transformação da sociedade, como meio para a quebra do *Glass Ceiling*.

7. Referências bibliográficas

ANGARITA Antonio, SICA Ligia Pinto, DONAGGIO Angela, *Os conselhos de administração são capazes de ser instância de deliberação e inovação das companhias no Brasil?*, disponível em

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29390/Texto_Consehos_Final%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consulta feita em 20/01/2023.

²⁰ Use of the term “token” for the minority member rather than “solo”, “solitary”, or “lone” highlights some special characteristics associated with that position. Tokens are not merely deviants or people who differ from other group members along any on dimension. They are people identified by ascribed characteristics (master statuses such as sex, race, religion, ethnic group, age, etc) or other characteristics that carry with them a set of assumptions about culture, status, and behavior highly salient for majority category members.

²¹ Trâmite do PL 7179/2017, aguardando aprovação na Câmara dos Deputados, consulta feita em 25/02/2023: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2126313>

BAUM Ido, GAFNI Dalit e LAZAR Ruthy Lowenstein. *Gender and corporate crime: do women on the board of directors reduce corporate bad behavior?* Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4045490, consulta feita em 20/02/2023.

BELMONTE, Renata Leal Conceição. *Quotas Para Mulheres em Conselhos de Administração das Empresas, à Luz da Teoria Feminista do Direito*. Tese de Doutorado FDUSP, 2014

CARDOSO Andreia e HANASHIRO Darcy Mitiko Mori. *Percepção masculina sobre as barreiras das mulheres executivas*. Mori. Publicação Pretexto, v. 19.

PAIVA, MARIANA MARZOQUE. *Produção Científica sobre Gênero em Orientação Profissional: uma análise das publicações da Revista Brasileira de Orientação Profissional*. Biblioteca Digital USP.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
https://www.academia.edu/729862/Gender_fatigue_The_ideological_dilemma_of_gender_neutrality_and_discrimination_in_organizations, consulta feita em 10/02/2023.

KANTER, Moss Rosebeth. *Some Effects of Proportions on Group Life: Skewed Sex Ratios and Responses to Token Women*. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Jose-Marques-16/publication/11792395_Being_Better_by_Being_Right_Subjective_Group_Dynamics_and_Derogation_of_In-Group_Deviants_When_Generic_Norms_Are_Undermined/links/0c96052a22424927a4000000/Being-Better-by-Being-Right-Subjective-Group-Dynamics-and-Derogation-of-In-Group-Deviants-When-Generic-Norms-Are-Undermined.pdf#page=54, consulta feita em 23/02/2023.

KELAN, E.K., Gender Fatigue – The Ideological Dilemma of Gender Neutrality and Discrimination in Organizations. Canadian Journal of Administrative Sciences.

MACHADO Cecília e PINHO NETO Valdemar, disponível em https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf, consulta feita em 07/02/2023.

La partecipazione femminile nelle bande criminali giovanili: un’
 opposizione alla socializzazione alla femminilità
 The female participation on youth criminal gangs: an opposition to
 socialization to femininity

Beatrice Ferrari¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Riassunto: Il presente articolo si propone a analizzare la partecipazione femminile nelle bande criminali giovanili. Cercasi di capire, più in dettaglio, se questo fenomeno è una opposizione alla “*socializzazione alla femminilità*” – concetto di Tamar Pitch, su quello che la società insegna e aspetta da una donna – e, come conseguenza, un modo criminale di emancipazione, oppure se corrisponde a un’altro modo di violenza di genere.

Espressioni chiave: Femminilità, Bande, Criminalità, Genere.

Summary: This article intends to analyse the female participation on youth criminal gangs. It aims to clarify, more specifically, if this phenomenon is an opposition to the “*socialization to femininity*” – a Tamar Pitch’s concept on what society teaches to and expect from a woman – and, in consequence, a criminal form of emancipation, or if it corresponds to another type of gender violence.

Key expressions: Femininity, Gangs, Criminality, Gender

1. Introduzione

In un contesto dove le giovani donne sono continuamente incentivate e, nei casi più estremi, obbligate ad essere femminili – cioè, fragili, vulnerabili, insicure – il loro

¹ Laureata in Giurisprudenza all’Universidade de São Paulo (USP), studentessa della lingua italiana, approvata nell’esame di Criminologia, Genere e Violenza all’Università di Bologna (UNIBO) nell’anno di 2022.



coinvolgimento in bande criminali giovanili sembra una grande opposizione al modello tradizionale cui loro sono costantemente sottoposte. Se la femminilità afferma che non si può essere assertive, violente, e, soprattutto, realizzare le stesse attività degli uomini, sembrerebbe, in un primo momento, che le ragazze coinvolte in questi gruppi criminali siano libere da un qualsiasi tipo di sistema oppressore. Ma come sono realmente i rapporti di queste ragazze nelle bande giovanili? Si potrebbe considerare questo fenomeno un modo criminale di emancipazione oppure un'altra realtà di sfruttamento, sessismo e sottomissione?

Per fare questa analisi, sono stati utilizzati testi scientifico-accademici sul concetto di femminilità, sul processo di socializzazione a cui le donne sono sottoposte e sulla partecipazione delle donne nelle bande criminali giovanili. I dati utilizzati riferiscono maggiormente allo scenario degli Stati Uniti e della Città del Capo, in Sudafrica, ma deve essere chiarire che la riflessione sul argomento deve essere ampia e concentrarsi sulla opposizione tra femminilità e criminalità giovanile femminile.

2. La socializzazione alla femminilità

“*Donna non si nasce, lo si diventa*”. La celebre frase scritta da Simone de Beauvoir nel 1949 rivelava già l'essenza della sua analisi e del concetto di femminilità, ancora oggi studiato da tante autrici. In poche parole, Beauvoir sostiene che a definire una donna non sia la sua natura biologica, ma la condizione sociale a cui lei è soggetta.

Susan Brownmiller, in un'altra profonda analisi sulla femminilità¹, ha riportato le caratteristiche più frequentemente collegate alle donne pubblicate in un saggio del 1970, conosciuto come Brovermand e Broverman². Erano considerate femminili la “*facilità al pianto*”, l'essere “*molto emotiva*”, l'essere “*facilmente influenzabile*”, l'essere “*incapace di separare i sentimenti dalla ragione*”, etc.³ L'autrice conclude che le caratteristiche menzionate nel saggio indicano una valutazione negativa del sesso femminile, collegata all'imaturità e a problemi di salute mentale:

¹ Nella opera *Femminilità*, traduta all'italiano in 1985

² BROVERMAN, Inge K.; BROVERMAN, Donald M.; et. al. *Sex-Role Stereotypes and Clinical Judgments of Mental Health*. In: *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, n. 34-1/1970

³ BROWNMILLER, Susan. *Femminilità*. Traduzione dall'inglese Anna Martina Brioni. Milano: Giangiaco Feltrinelli, prima edizione italiana, 1985, p. 187

[...] lo stereotipo della femminilità esprime una valutazione complessivamente negativa del sesso femminile e che molte delle cosiddette caratteristiche femminili sono in contrasto con la descrizione clinica della maturità e della salute mentale.⁴

L'immagine comportamentale femminile nell'immaginario collettivo, quindi, a quell'epoca, si era definita come una sensibilità esasperata in un corpo più fragile che ha bisogno di controllo e protezione.⁵

A questo punto, Tamar Pitch, già in 2002, ha coniato il termine “*socializzazione alla femminilità*”⁶. Questa socializzazione sarebbe il processo in cui, sotto tre aspetti, si determina l'esperienza femminile e si promuove l'adeguatezza delle donne alle caratteristiche sottolineate prima.

In primo luogo, questa socializzazione prescrive “*atteggiamenti e comportamenti in cui prevale l'evitazione dei rischi e la censura dell'aggressività*”⁷, creando la sensazione di vulnerabilità, debolezza del corpo e identità femminile. L'assunzione di rischi e l'aggressività sono visti tipicamente come comportamenti maschili, innaturali alla figura della donna.

In un secondo momento, la socializzazione è anche identificata come controllo sociale primario.⁸ Una volta più vulnerabili, deboli e conservatrici (nel senso di evitare i rischi), le ragazze ricevono maggiori responsabilità di cura e minori libertà individuali rispetto agli uomini. Anche il potere decisionario diventa maschile, mantenendo le donne subordinate.

Infine, il processo di socializzazione alla femminilità promuove anche una peculiare visione della devianza femminile, patologizzandola⁹. Le spiegazioni dei reati femminili storicamente si collegano a falsi presupposti biodeterministici e biopsicologici¹⁰, un'eredità della visione Lombrosiana, che è stata dominante per tutta la prima metà del novecento.¹¹

⁴ BROWNMILLER, 1985, p. 187

⁵ Basandosi sulla analisi di Brownmiller nell'opera *Femminilità* (BROWNMILLER, 1985, p. 188)

⁶ PITCH, Tamar. *Le differenze di genere*. In: BARBAGLI, Marzio; GATTI, Uberto. *La criminalità in Italia*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 179

⁷ PITCH, 2002, p. 179

⁸ PITCH, 2002, p. 179

⁹ PITCH, 2002, p. 179-180

¹⁰ PITCH, 2002, p. 172

¹¹ Come spiega Tamar Pitch, “*La scuola positiva (Lombroso, Ferrero) spiegava questo squilibrio con le caratteristiche biologiche e psicologiche delle donne: se le donne, complessivamente intese, sono <meno biologicamente evolute> degli uomini, tuttavia vi sono tra di loro meno <criminali nate> giacchè la selezione naturale ha eliminato tra loro le tendenze criminali, le donne <mascoline> non trovano partner sessuali con cui riprodursi*” (PITCH, 2002, p. 171)

Il risultato pratico di questo modello di creazione stereotipico nell'ambito delle scienze criminali è la collocazione delle donne di solito come vittime, e non come agenti; sia perchè infatti le donne soffrono violenze specifiche collegate a questo processo di *socializzazione alla femmineità*, sia perchè si crea una falsa impressione di debolezza e vulnerabilità che renderebbe impossibile l'attuazione dei reati femminili.

Lombardi, inoltre, studia la sensazione di insicurezza del genere femminile e porta alla discussione su come questa risulta da una costruzione sociale. Se da un lato c'è una dimensione oggettiva dell'insicurezza – cioè, ci sono reati in cui la vittima è più frequentemente una donna e reati che sono direttamente collegati al genere femminile –, c'è anche una dimensione soggettiva – dove si capisce che la sensazione di insicurezza è anche creata come modalità di controllo sociale.¹² L'insicurezza sperimentata dalle donne uscendo da casa, per esempio, non viene solo da un pericolo reale, ma anche da una forma di controllo che è usata dal patriarcato per non permettere il libero movimento e il contatto ampio delle donne con le influenze esterne.

Con questa breve spiegazione, si può cominciare a riflettere sull'argomento specifico di questo articolo: quanto emancipatorio può sembrare a una giovane donna, che si trova appena inserita in un modello culturale di questo tipo che la induce a sentirsi insicura¹³, partecipare a una banda criminale giovanile? Potrebbe essere questa considerata seriamente una emancipazione?

3. La partecipazione delle donne nelle bande giovanili e la percezione dai media e dalla società sul fenomeno

Il fenomeno delle bande criminali giovanili è stato studiato negli ultimi cento anni.¹⁴ Da 1927, con la ricerca *The Gang*¹⁵, si prova a capire le caratteristiche essenziali della formazione delle bande giovanili, e anche il ruolo che queste organizzazioni svolgono in determinati scenari socio-economici.

Più recentemente, James C. Howell ha proposto una definizione generale al fenomeno:

¹² LOMBARDI, Lia. *La violenza contro le donne, tra riproduzione e mutamento sociale*. In: Rivista Autonomie locali e servizi sociali, n. 2, 2016, Bologna: Il Mulino, versione digitale, p. 223

¹³ LOMBARDI, 2016, p. 221

¹⁴ MOYERSOEN, Joseph. *Le bande di giovani latino-americani: dalle origini del fenomeno al primo impatto con la giustizia minorile di Milano*. In: Rivista Minorigiustizia, n. 3, 2016, versione digitale, p. 130

¹⁵ LOMBARDI, 2016, p. 221

[...] un'associazione di pari costituitasi spontaneamente avente le seguenti caratteristiche: il nome di banda e simboli riconoscibili, un capo identificabile, un territorio geografico di riferimento, un regolare luogo d'incontro e azioni collettive per compiere attività illegali.¹⁶

Sarebbe, quindi, un prototipo di crimine organizzato, ma adolescenziale.¹⁷

In relazione alla partecipazione femminile, si è notata negli anni 90 un significativo aumento dell'interesse delle ragazze, generalmente di origine afro-latine, nel prendere parte attivamente a piccoli gruppi criminali organizzati (bande) svolgendo attività di tipo criminale notoriamente maschili, come portare armi e lottare con altre ragazze.¹⁸

Le ragioni della partecipazione delle ragazze sono le stesse che portano i ragazzi a partecipare di questi gruppi: povertà, assenza di lavoro, segregazione razziale, discriminazione, aggiunto alla poca influenza esercitata delle famiglie e scuole.¹⁹ Le bande sembrano offrire a queste giovani la possibilità di appartenere a un gruppo, di avere una famiglia.²⁰ Nel fenomeno femminile, però - come spiega Joan Moore dopo un'analisi delle bande di origine Latina negli Stati Uniti degli anni 90 - si può sottolineare una peculiarità: i ragazzi di qualche tipo di famiglia possono entrare nelle attività della banda, ma le ragazze spesso vengono da famiglie *cholo* - cioè famiglie non convenzionali e dirompenti che mantengono una frequente interazione con le bande e che non riescono a controllare i loro bambini.²¹ Secondo Mark Shaw e Luke Lee Skywalker, un altro fattore che si distacca è la presenza di violenza sessuale precedente al coinvolgimento delle ragazze in bande. In una ricerca di 2017, gli autori hanno concluso che la maggioranza delle ragazze coinvolte in bande nella Città del Capo, in Sudafrica, erano già state

¹⁶ MOYERSON, 2016, p. 131

¹⁷ HOWELL, J. C. Youth Gangs, U.S. National Institute of Justice, december 1997, APUD MOYERSON, 2016, p. 131

¹⁸ CHESNEY-LIND, Meda; PASKO, Lisa. *Girls, Gangs and Violence*. In: CHESNEY-LIND, Meda; PASKO, Lisa. *The Female Offender: Girls, Women and Crime*, seconda edizione, California: Sage Publications Inc., 2004, p. 33

¹⁹ VIGIL, James Diego. *Female Gang Members from East Los Angeles*. California: International Journal of Social Inquiry, v. 1, n. 1, 2008, p. 69

²⁰ Interpretazione delle conclusioni proposte da SHAW e SKYWALKER, 2017, p. 3

²¹ MOORE, Joan. *The Chola Life Course: Chicana Heroin Users and the Barrio Gang*. International Journal of the Addictions, 1994, p. 1118-1119

vittime di abusi sessuali prima, dentro la famiglia, perpetrati da “zii” – un termine generico per rappresentare persone associate alla famiglia - e altri.²²

Tuttavia, gli studi sulle bande giovanili dei grandi ghetti hanno continuato a indicare una presenza molto minore di bande giovanili femminili, con la conseguenza che, le ragazze, se coinvolte in bande, generalmente svolgono attività subordinate rispetto agli uomini, anche se le loro attività presentano lo stesso grado di aggressività e violenza.²³ Shaw e Skywalker affermano che la nozione che le ragazze sono solo vittime non si conferma dalle interviste realizzate da loro. Le donne sono state anche coinvolte in rapine, spaccio di droga e omicidio.²⁴

James Diego Vigil, già in 2008, afferma che ci sono tre tipi di bande femminili: ci sono le bande autonome, ci sono quelle ausiliari alle bande maschili, e ci sono quelle miste, che permettono partecipazione sia dei ragazzi, sia delle ragazze. Però, il ricercatore riconosce anche che la maggioranza delle bande femminili svolge attività di modo ausiliare o tangenzialmente associato alle attività maschili (*“The majority of female gangs are either auxiliaries, or tangential associates”*).²⁵

Nei *media*, invece, questo tipo di criminalità femminile è rappresentato come insolito, quasi affascinante. Questo può essere spiegato dal fatto che questi sono comportamenti che non si adattano al modello tradizionale, neanche nello *“stereotipo della devianza femminile”*²⁶. Anche quando i crimini sono simili a quelli realizzati da uomini, la percezione della società e la rappresentazione dei *media* è diversa. I titoli delle inchieste e degli articoli giornalistici provano questa visione, generalmente avvicinando la criminalità femminile all’infantilità, sia in opposizione, sia giustificando i comportamenti devianti. Come esempi, possono essere menzionati articoli degli anni 90 e inizio degli anni 2000: *“For Gold Earrings and Protection, More Girls Take the Road of Violence”*, da New York Times, 1991; *“Troubled Girls, Troubling*

²² SHAW, Mark; SKYWALKER, Luke Lee. *Gangs, violence and the role of women and girls: Emerging themes and policy and programme options drawn from interviews with female gang members in Cape Town*. The Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2017, p. 3-4

²³ PITCH, 2002, p. 181

²⁴ SHAW e SKYWALKER, 2017, p. 4: *“The notion, common in some of the descriptions of female gang members, that they are only vulnerable and exploited members of gangs, and not themselves active participants in violent gang crime, is contradicted by the interviews. Amongst other crimes, women reported involvement in robberies, drug dealing and murder.”*

²⁵ VIGIL, 2008, p. 52

²⁶ CHESNEY-LIND, Meda; PASKO, Lisa. *Girls, Gangs and Violence*. In: CHESNEY-LIND, Meda; PASKO, Lisa. *The Female Offender: Girls, Women and Crime*, seconda edizione, California: Sage Publications Inc., 2004, p. 34

Violence” da Philadelphia Inquirer, 1992; “*Sugar and Spice... Why Have Our Little Girls Turned Sour?*”, un editoriale da The Independent, 2008²⁷.

Inoltre, i media hanno anche descritto questo fenomeno in forma sensazionalista, promuovendo una nozione sbagliata di che il numero di reati commessi da donne è corrispondente al numero di reati commessi da uomini - affermazione che, al contrario, non è confermata dai dati. Esempio di questo approccio è il servizio “*Troubled Girls, Troubling Violence*” del giornale Philadelphia Inquirer, 1992. Nell’articolo giornalistico si diceva che la partecipazione delle ragazze nelle attività criminali stava iniziando ad avvicinarsi a quella dei ragazzi (“*While boys still account for the vast majority of juvenile crime, girls are starting to catch up*”²⁸), basando questa tesi su un unico reato commesso da una ragazza Afro-americana contro un’altra ragazza di classe media nella metropolitana degli Stati Uniti.²⁹ Importante sottolineare che la discriminazione razziale è anche fortemente presente nelle rappresentazione promosse dai media. Non a caso, il sistema penale americano è anche più attivo nella punizione di ragazze nere e ispaniche che nella punizione di ragazze bianche, secondo dati di Aprile 2019 forniti dal Federal Bureau of Investigation.³⁰

Si capisce, quindi, che ancora prevale una visione di “*Boys will be boys*” (principalmente quando si parla di reati minori e attività di bande giovanili) e una valutazione di “due pesi, due misure” davanti ai crimini realizzati da ragazze, perchè loro non solo sfidano la legge, ma anche il concetto di *socializzazione alla femminilità*. Infatti, è molto interessante notare che, negli anni 70’, è stata creata una nozione di che i movimenti femministi dall’epoca (*Women’s Rights Movement* oppure *Women’s Liberation Movement*) avevano creato un’aumento nei numeri di reati violenti realizzati da donne^{31,32}, avvicinando “l’inadeguatezza” di quelle donne (sotto la prospettiva del modello tradizionale di femminilità) alla criminalità.

Un altro punto è che la devianza femminile è più spesso rappresentata come patologia psichiatrica rispetto a quella maschile – come già affermato da Tamar Pitch -, o, per un altro

²⁷ Esempi di CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 33-37

²⁸ SANTIAGO, 1992, p. A1 APUD CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 36: “*While boys still account for the vast majority of juvenile crime, girls are starting to catch up*”.

²⁹ CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 36

³⁰ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, *Girls in the Juvenile Justice System*. US Department of Justice, 2019, p. 13

³¹ CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 33

³² Si deve menzionare, però, che questa nozione non si collegava direttamente al fenomeno di bande, ma alla criminalità di donne adulte e generalmente bianche.

verso, è più spesso psichiatrizzata di quanto non sia criminalizzata³³. Negli anni 60, per esempio, una corrente di ricerca molto influente affermava che la tensione premenstruale poteva essere considerata come concausa di incidenti, suicidi, ricoveri in ospedale psichiatrico e atti criminali.³⁴ Susan Brownmiller sostiene che questo si rivela particolarmente scioccante considerando che - secondo le statistiche disponibili all'epoca della sua analisi sulla femminilità - suicidi, atti criminali violenti e disturbi psichiatrici gravi sono da 4 a 9 volte più frequenti negli uomini³⁵, ma questi non vengono stigmatizzati come si fa con le donne.

Nella stessa direzione di quello affermato da Susan Brownmiller, i dati pubblicati dal Federal Bureau of Investigation (FBI) negli anni 1973, 1976, 1980, 1994, 1995 e 2002 sui crimini giovanili^{36 37} dimostravano che i ragazzi costituivano il 92% degli arresti per omicidi dolosi e omicidi colposi, il 90% degli arresti per rapina e il 76% degli arresti per aggressione aggravata. In una pubblicazione più recente, il Federal Bureau of Investigation ha rivelato che gli uomini hanno rappresentato l'80% degli arresti di giovani collegati a crimini violenti, il 92% di quegli collegati a omicidio e l'88% di quegli collegati a rapina nel 2020.^{38 39} Infatti, *“il crimine violento è prevalentemente un'impresa maschile”*.⁴⁰

Importante menzionare anche il tema dell'isteria, principale punto di analisi della psichiatria e psicoanalisi otto-novecentesco⁴¹, e che ancora si fa presente nella mentalità patriarcale. L'isteria era considerata una malattia mentale femminile, caratterizzata dalla irritabilità e dallo nervosismo e collegata dalla psichiatria dall'epoca alla emotività tipicamente femminile.⁴² Siccome spiega Emilia Musumeci, il “fondo isterico” è stato riproposto e spiegato su basi biologiche e scientifiche e anche utilizzato da dipingere il mondo femminile come un

³³ PITCH, 2002, p. 180

³⁴ BROWNMILLER, 1985, p. 192

³⁵ BROWNMILLER, 1985, p. 192

³⁶ Dati del FBI analizzati da Chesney-Lind e Pasko

³⁷ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, *Crime in the United States*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, 1973, 1976, 1980, 1994, 1995 e 2002, APUD CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 38

³⁸ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, Trends in Youth Arrests for Violent Crimes. Washington, DC: US Department of Justice, 2022, p. 1

³⁹ *“Males accounted for 80% of all youth arrests for violent crimes in 2020, but their share of murder (92%) and robbery (88%) arrests was much greater”* (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, 2022, p. 1)

⁴⁰ CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 38

⁴¹ MUSUMECI, Emilia. La donna delinquente tra isteria e infirmitas sexus. In: AZARA, Liliosa; TEDESCO, Luca. La donna delinquente e la prostituta, Roma: Viella, 2019, p. 62

⁴² MUSUMECI, 2019, p. 63

universo diviso tra angeli e demoni, cioè, donne normali-madre e donne delinquenti-prostitute.^{43 44}

Questa visione di “*etichettare*” (“*labeling*”) le donne tra buone o cattive ancora persiste nell’affrontamento alla criminalità femminile giovanili. In una ricerca di Eve Buzawa e Gerald Hotaling⁴⁵, è stato scoperto che le ragazze avevano meno possibilità di ricevere aiutta poliziale quando solicitata e che, invece, spesso le autorità prosseguivano a biasimarle per le violenze subite. Come esempio, menzionasi due casi dove figle sono state schiaffegiate dalle madri e hanno risposto alla violenza nello stesso modo, ma solo le figle sono stati arresti, mentre i genitori sono stati trattati come vittime.⁴⁶ Insomma, la devianza femminile, anche se in un contesto di difesa, è ancora vista come comportamento incorrigibili – cioè, si mantiene la nozione che alcune donne sono necessariamente delinquenti-prostitute.

Dunque, l’attività criminale delle ragazze e la partecipazione delle ragazze in bande, più che analizzata da un’ottica di Diritto Penale, è stata spesso dibatutta sui concetti tradizionali di femminilità e *gender roles*, con importante partecipazione dei media e dei presupposti biodeterministici e biopsicologici nel sostegno a questa corrente di pensiero.

4. La partecipazione femminile nelle bande può essere vista come una forma di emancipazione?

Come analizzato da Susan Brownmiller, storicamente, “la paura di non essere abbastanza femminile, nello stile o nell’animo, è stata usata contro le aspirazioni individuali e collettive delle donne”⁴⁷. Le possibilità creative e professionali delle donne, quindi, sono sempre state limitate dalla necessità di adeguarsi alla socializzazione della femminilità.

Consapevole di questo scenario, in un primo momento, la partecipazione femminile nelle bande può sembrare una forma di emancipazione, sfidando il sistema socio-culturale al cui le donne sono sottoposte. Sul pensiero di Simone de Beauvoir, se “la propensione della

⁴³ MUSUMECI, 2019, p. 70

⁴⁴ Su questo tema, ricordasi che la divisione tra *donne normale-madre* e *donne delinquente-prostitute* veniva proposta nell’opera di Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero (*La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*).

⁴⁵ Ricerca menzionata da CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 39

⁴⁶ BUZAWA, Eve S; HOTALING, Gerald T. *The Impact of Relationship Status, Gender, and Minor Status in the Police Response to Domestic Assaults*, *Journal Victims and Offenders*, 2006, p. 29, APUD CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 39

⁴⁷ BROWNMILLER, 1985, p. 211

donna al pianto deriva in larga misura dal fatto che la sua vita è costruita sul fondamento di una ribellione impotente⁴⁸, la presenza femminile in bande sarebbe la realizzazione massima di una ribellione (non più impotente, ma potente, reale e effettiva).

Tuttavia, ricerche più specifiche hanno dimostrato che la partecipazione femminile nelle bande giovanili è caratterizzata da subordinazione, violenza, controllo e sessismo. Le ragazze generalmente svolgono lavori ausiliari ai maschi⁴⁹ e lavori per la soddisfazione dei maschi.^{50 51}

Si mette in risalto lo sfruttamento sessuale presente nelle bande giovanili con partecipazione femminile. È stato dimostrato da una ricerca realizzata in California da Joan Moore e John Hagerdon il comportamento frequente di drogare le ragazze e promuovere sesso di gruppo.⁵² Cioè, la pratica dello stupro non solo succede dentro delle bande, ma è vista addirittura come un'abitudine, quasi con naturalezza. Allo stesso tempo, i pregiudizi collegati ai comportamenti sessuali delle donne sono profondamente presenti - principalmente nelle bande di origine Latina a causa degli stereotipi di genere e della dinamica patriarcale delle famiglie tradizionali e l'assorbimento di questi valori da parte delle bande.⁵³

Lo stesso è stato osservato da Shaw e Skywalker nella Città del Capo, dove racconti di sfruttamento sessuali e stupri dentro le bande sono stati rilevati comuni, con maggiore vulnerabilità delle ragazze e donne.⁵⁴ Nonostante, gli autori concludono che le ragazze non sono solo vittime di abusi sessuali, ma anche usano la sessualità come un modo di garantire

⁴⁸ Frasi dell'opera da Simone de Beauvoir (DE BEAUVOIR, Simone. *Il secondo sesso*. Milano: Il Saggiatore, 1979), APUD BROWNMILLER, 1985, p. 190

⁴⁹ CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 46

⁵⁰ Come notato da CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 47, in un'analisi della ricerca di MANN (MANN, C. *Female crime and delinquency*, Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1984, p. 45)

⁵¹ "Furthermore, they suggest that the role girls play in gangs is "to conceal and carry weapons for the boys, to provide sexual favors, and sometimes to fight against girls who were connected with enemy boys' gangs" (MANN, 1984, p. 45)

⁵² MOORE, Joan; JOHN, HAGEDORN. *What happens to the girls in the gang?* In: HUFF, R. C. *Gangs in America*, seconda edizione, California: Sage, 1995, APUD CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 48

⁵³ SELMINI, Rossella. *Women in Organized Crime*, versione digitale, Chicago: The University of Chicago, 2020, p. 15

⁵⁴ "Tales of rape and sexual abuse within the gangs were depressingly common across all the interviews. This is not to suggest that women and girls in gang environments are only victims – many concede that they joined gangs for the benefits that could be obtained and also that they offered sexual favours in part to obtain these – but that girls and young women were particularly vulnerable to sexual abuse in gang environments." (SHAW e SKYWALKER, 2017, p. 3)

l'appartenenza al gruppo⁵⁵ – cioè, la violenza non è solo quella più esplicita e concreta, ma anche culturale, nel senso che le ragazze percepiscono la possibilità di usare il loro corpo come “moneta” per ricevere benefici dentro al gruppo.

Comunque, anche quando le ragazze possiedono più indipendenza dei ragazzi, questo non significa propriamente una emancipazione. Analizzando le Vice Queens, una banda giovanile femminile ausiliare alla banda Vice Kings, si nota che le ragazze infatti sono state socializzate a essere indipendenti, assertive e ad assumere rischi, in risposta alla realtà di bassi stipendi della popolazione nera dell'epoca. Però, questo processo succedeva in forma violenta e subordinata, spostando alle donne la responsabilità di reagire a uomini abusivi e mettendole nella posizione di sexual partners o madre, ma mai riconosciute come spose.⁵⁶

A Città del Capo si è notato che, anche se criminale, il sistema rimane patriarcale e le donne non hanno possibilità di arrivare alla leadership gerarchica. Donne individuali riescono a influenzare in decisioni puntuali, quando sono considerate affidabili da alcuni uomini, però le ragazze, in generale, sono ancora escluse delle decisioni più importanti.⁵⁷ Insomma, come spiega Rossella Selmini “i mercati illegali replicano i modelli generali di dominanza maschile e stratificazione di genere.”⁵⁸

La tendenza, in realtà, è che sperienze di bande giovanili femminili autonome vengono soppresse dalle pressioni maschilisti. A questo punto, James Diego Vigil menziona la dichiarazione di una ragazza coinvolta in alcune bande a Los Angeles, in cui lei spiega che c'è stata una banda completamente femminile, ma questa non è durata a lungo.⁵⁹ Di modo simile, Chesney-Lind e Pasko menzionano la dichiarazione di un'altra ragazza, in cui lei rivela che i ragazzi membri di gruppi criminali giudicano le ragazze come “soft”.⁶⁰

⁵⁵ “This is not to suggest that women and girls in gang environments are only victims – many concede that they joined gangs for the benefits that could be obtained and also that they offered sexual favours in part to obtain these [...] Women barter their bodies to secure wider membership and/or acceptance in the gang, but at the same time are also targeted for sexual violence” (SHAW e SKYWALKER, 2017, p. 3)

⁵⁶ FISHMAN, L. T. *The Vice Queens: An ethnographic study of black female gang behavior*. In: KLEIN, MAXSON e MILLER. *The modern gang reader*, Los Angeles: Roxbury, 1995, APUD CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 49

⁵⁷ “While women perform the various roles that are outlined above, the system remains patriarchal, and women are largely unable to enter the leadership hierarchy. That does not mean that individual women are unable to influence the decision-making of gang bosses, but it seems clear from those we interviewed that they are excluded from the most important decisions taken by gangs.” (SHAW e SKYWALKER, 2017, p. 5)

⁵⁸ SELMINI, 2020, p. 10

⁵⁹ “There used to be this neighborhood that was all girls, but they didn't last that long” (VIGIL, 2008, p. 53)

⁶⁰ “If you got a all girls crew, um, they think you're “soft” and in the streets if you soft, it's all over. Fellas think girls is soft, like Rob, he think he got it better in his sh*t 'cause he's a fella, a man. It's wild, but fellas really

Come conseguenza si osserva una riproduzione della disuguaglianza anche nei mercati criminali. Quindi, la partecipazione femminile nelle bande, anche se sfida la tradizionale socializzazione alla femminilità di cui parla Tamar Pitch, non smette di promuovere una vittimizzazione delle ragazze. Le ragazze partecipanti a bande subiscono una quantità estensiva di violenza, sia praticata dalla famiglia, dai partner, da altre ragazze o dalle autorità⁶¹ - che molte volte rifiutano aiuto alle donne che denunciano e spesso abusano verbalmente di loro⁶² - , in interazioni generalmente determinate dal sessismo. Le ragazze nelle bande non sono solo agenti di reati o solo vittime. In realtà, queste donne occupano le due posizioni allo stesso tempo, ora sotto sfruttamento, ora praticanti di reati.

5. Conclusione

Anche se le attività svolte dalle ragazze nelle bande rappresentano un'opposizione alla *socializzazione alla femminilità* – in altre parole, non corrispondono al modello tradizionale di comportamento a cui le donne sono sottoposte – i rapporti dentro di questi gruppi criminali adolescenziali sono pieni di sfruttamento, sessismo e sottomissione. Il mercato sostiene la dominanza degli uomini sulle donne, anche quando queste svolgono le stesse attività criminali e utilizzano lo stesso livello di violenza. La criminalità giovanile femminile, in questo contesto, è molto più ausiliare e servile, con la soppressione delle poche sperienze veramente autonome.

A questo punto, diversamente da quello rappresentato dei media (generalmente sensazionalisti e contaminati dagli stereotipi di genere), il fenomeno della criminalità femminile giovanili non deve essere vista come affascinante oppure come una forma di emancipazione. Neanche si deve patologizzare la criminalità femminile con presupposti biodeterministici e biopsicologici, corrente di pensieri che si fonda sulla teoria Lombrosiana. In realtà, questo fenomeno deve essere studiato da una prospettiva critica e consapevole delle pressioni subite dalle giovani donne. Si capisce, in questo scenario, che nelle bande criminali giovanili con presenza femminile, i ruoli di vittime e agenti si confondono in quanto mentre le donne

hate seeing girls getting off. Now, some fellas respect the power of girls, but most just want us in the sack." (CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 46)

⁶¹ CHESNEY-LIND e PASKO, 2004, p. 50

⁶² Interpretazione delle conclusioni da Shaw e Skywalker: "*Sexual violence appears to be the norm and even in some cases where women reported to the police, they were turned away or verbally abused by the very authorities from whom they sought recourse.*" (SHAW e SKYWALKER, 2017, p. 4)

reclamano una posizione di controllo e potere attraverso la criminalità, i modelli di dominanza maschile si replicano costantemente in modo da limitare, vittimizzare e sfruttare le donne.

6. Bibliografia

BROWNMILLER, Susan. *Femminilità*. Traduzione dall'inglese Anna Martina Brioni. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, prima edizione italiana, 1985.

BROVERMAND, Inge K.; BROVERMAN, Donald M.; et. al. *Sex-Role Stereotypes and Clinical Judgments of Mental Health*. In: *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, n. 34-1/1970.

BUZAWA, Eve S; HOTALING, Gerald T. *The Impact of Relationship Status, Gender, and Minor Status in the Police Response to Domestic Assaults*, *Journal Victims and Offenders*, 2006.

CHESNEY-LIND, Meda; PASKO, Lisa. *Girls, Gangs and Violence*. In: CHESNEY-LIND e PASKO, Meda e Lisa. *The Female Offender: Girls, Women and Crime*, seconda edizione, California: Sage Publications Inc., 2004, pp. 33-50.

DE BEAUVOIR, Simone. *Il secondo sesso*. Milano: Il Saggiatore, 1979.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, *Crime in the United States*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, 1973, 1976, 1980, 1994, 1995 e 2002.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, *Girls in the Juvenile Justice System*. U.S. Department of Justice, 2019. Disponibile in: <https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/pubs/251486.pdf>. Accessato in 26.02.2023.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, *Trends in Youth Arrests for Violent Crimes*. Washington, DC: US Department of Justice, 2022. Disponibile in: <https://ojjdp.ojp.gov/publications/trends-in-youth-arrests.pdf>. Accessato in 26.02.2023.



FISHMAN, L. T. *The Vice Queens: An ethnographic study of black female gang behavior*. In: KLEIN, MAXSON e MILLER. *The modern gang reader*, Los Angeles: Roxbury, 1995, pp. 83–92.

HOWELL, J. C. *Youth Gangs*, U.S. National Institute of Justice, december 1997.

LOMBARDI, Lia. *La violenza contro le donne, tra riproduzione e mutamento sociale*. In: *Rivista Autonomie locali e servizi sociali*, n. 2/2016, Bologna: Il Mulino, versione digitale, pp. 211-234. Disponibile in: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1447/84639>. Accessato in 16.07.2022

MANN, C. *Female crime and delinquency*, Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1984.

MOORE, Joan; HAGEDORN, John. *What happens to the girls in the gang?* In: HUFF, R. C. *Gangs in America*, seconda edizione, California: Sage, 1995, pp. 205–220. Disponibile in: https://www.researchgate.net/publication/237103077_Female_Gangs_A_Focus_on_Research Accessato in 20.07.2022

MOORE, Joan. *The Chola Life Course: Chicana Heroin Users and the Barrio Gang*. *International Journal of the Addictions*, 1994, pp. 1115-1126. Disponibile in: <https://doi.org/10.3109/10826089409047932>. Accessato in: 20.07.2022

MOYERSON, Joseph. *Le bande di giovani latino-americani: dalle origini del fenomeno al primo impatto con la giustizia minorile di Milano*. In: *Rivista Minorigiustizia*, n. 3/2016, versione digitale, pp. 130-140. Disponibile in: <https://access-torrossa-com.ezproxy.unibo.it/en/catalog/readonline/3319253#> Accessato in 19.07.2022

MUSUMECI, Emilia. *La donna delinquente tra isteria e infirmitas sexus*. In: AZARA, Liliosa; TEDESCO, Luca. *La donna delinquente e la prostituta*, Roma: Viella, 2019, pp. 51-70.

PITCH, Tamar. *Le differenze di genere*. In: BARBAGLI, Marzio; GATTI, Uberto. *La criminalità in Italia*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 171-183.

SANTIAGO, D. *Random victims of vengeance show teen crime: Troubled girls, troubling violence*. In: Philadelphia Inquirer, 23 febbraio 1992, p. A1.

SELMINI, Rossella. *Women in Organized Crime*, versione digitale, Chicago: The University of Chicago, 2020. Disponibile in: <http://hdl.handle.net/11585/764546>. Accessato in 20.07.2022.

SHAW, Mark; SKYWALKER, Luke Lee. *Gangs, violence and the role of women and girls: Emerging themes and policy and programme options drawn from interviews with female gang members in Cape Town*. The Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2017. Disponibile in: https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2017/04/TGIATOC-Gangs_-_violence-and-the-role-of-women-and-girls-1837-web.pdf. Accessato in 27.02.2023.

VIGIL, James Diego. *Female Gang Members from East Los Angeles*. California: International Journal of Social Inquiry, v. 1, n. 1, 2008, pp. 47-74.

Gênero, preconceito e o crime de colarinho branco

Gender and prejudice in white collar crime

Claudia Cristina Barrilari¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Analisa-se os motivos pelos quais a participação das mulheres nos crimes de colarinho branco difere da participação dos homens. A criminologia tem estudos que indicam alguns possíveis fatores baseados em diferenças de gênero, contudo há que se destacar a carga de preconceito que ainda incide para a sub-representação feminina nos espaços de poder no mundo corporativo.

Palavras-chave: Crime de colarinho branco – “teto de vidro” – diferenças de gênero - preconceito.

Abstract: The reasons why women's involvement in white-collar crimes differs from men's participation is analyzed. Criminology has studies that indicate some possible factors based on gender differences, but the load of prejudice that still focuses on female sub-representation in power spaces in the corporate world must be highlighted.

Keywords: White-collar crime – glass ceiling – gender gap- prejudice.

1. Introdução

Se os estudos de Sutherland já representaram, no contexto da investigação criminológica, uma abordagem original na identificação e compreensão das atividades criminosas praticadas por pessoas de respeitabilidade e alto status social no curso de suas

¹ Doutora em Direito Penal pela USP; Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, Professora convidada do IDP e do IBMEC; Advogada criminal.

atividades profissionais, o que não se dirá dos estudos que, poucas décadas à frente de Sutherland, procuram compreender o papel da mulher nesse mesmo contexto.

Um ponto inquestionável quando se trata de investigações de gênero é a quase sempre invisibilidade e a pouca representatividade da mulher nos espaços de poder. Em relação aos crimes de colarinho de branco e, conseqüentemente, crimes praticados no desempenho da atividade profissional, esse dado adquire especial relevância. A teoria proposta por Sutherland fala de uma organização diferencial e da aprendizagem dos valores criminais assentada nos processos de comunicação que envolve certas pessoas em posições de poder no âmbito profissional.¹ A questão é compreender se as mulheres, quando em posições equivalentes, são atingidas da mesma forma, ou, por outro lado, há alguns fatores próprios ao gênero que restringem o envolvimento das mulheres que atingem postos de comando nas corporações. O tema, além de inovador entre nós, tem como paradigma autores americanos e, em consequência, as atividades corporativas nesse país desenvolvida.

Simpson e Benson entendem que as oportunidades para a prática do crime de colarinho branco variam de acordo com o gênero, classe social e raça. Em relação ao gênero, mencionam a expressão “teto de vidro”, para denominar as barreiras enfrentadas pelas mulheres quando assumem postos em níveis apicais nas corporações.² Alguns dos possíveis fatores que explicam esse “teto de vidro” e as dificuldades impostas às mulheres para romper essa barreira estrutural de modo a propiciar uma igualdade em escala no acesso aos postos de comando podem, por via distinta, justificar os motivos que dificultam as práticas desconformes por parte das mulheres.

Em última análise as mulheres têm restrições com práticas desconformes porque as condições socioculturais acionam freios inibitórios que preservam os espaços conquistados? As

¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7ª ed. São Paulo: RT Thomson Reuters, 2018, p. 180.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. 1º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

² “In 1991, the Department of Labor put together a group called the Glass Ceiling Commission to study the problem of women in business. The commission’s report issued in 1995 found that in spite of more women moving into the labor force and in spite of substantial advances in educational attainment by women (e.g., women held more than half the master’s degrees awarded), 95 percent of senior managers were male. A decade later, little had changed. According to data reported in *The Economist* a few years ago, women are still largely frozen out of the top management positions. In 2005, for instance, only 8 percent of top managers, were women.” BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *Understanding White-Collar Crime. An Opportunity Perspective*. 2ª ed. New York: Routledge, 2015, p. 205. No mesmo sentido Mary Dodge, para quem as razões pelas quais mais homens do que mulheres cometem crimes, em especial do colarinho branco, envolvem razões complexas e que podem incluir fatores sociais, ambientais, biológicos ou psicológicos. DODGE, Mary. Gender Constructions. In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. New York: Oxford University Press, 2016, p. 200.

barreiras impostas às mulheres quase sempre têm assento em uma estrutura social preconceituosa, que rotula de maneira negativa a mulher, com pesos e medidas diferentes atribuídos em face do gênero. Desse modo, o grau de discriminação e preconceito ainda imposto à mulher no ambiente profissional parece ter maior peso do que estereótipos de gênero que diminuem o potencial da mulher de ocupar cargos de liderança e agirem de modo equivalente - para o bem ou para o mal - aos homens.

2. Para além de uma visão androcêntrica do direito.

Inicialmente, cabe ponderar que a criminologia, por sua própria natureza, é território de fronteiras confusas e transdisciplinar³, além de realizar uma reflexão racional de determinada estrutura social. Além disso, cabe observar que a escassa produção científica da criminologia econômica de gênero vem sendo desenvolvida predominantemente nos Estados Unidos, de modo a demandar uma certa “filtragem” no sentido de identificar vieses que podem não ter adequação à nossa sociedade corporativa por razões estruturais e culturais próprias, dada as características próprias da sociedade brasileira, cujo patriarcado e paternalismo em relação ao gênero representam amarras ainda longe de serem totalmente rompidas. A preocupação com o recebimento das teorias dos centros hegemônicos é um importante alerta de Vera Malaguti para a construção crítica do discurso criminológico nacional.⁴

Assim, é possível se pensar em modelos que destaquem o simbolismo do gênero, mas que também introduzam ou possibilitem uma reflexão crítica do ponto de vista da luta emancipatória das mulheres.

Para Baratta, a construção social do gênero e não a diferença biológica de sexo é a base para a análise crítica da divisão social de trabalho entre homens e mulheres na sociedade moderna, da atribuição de papéis diferenciados – sobre ou subordinado – aos gêneros nas esferas de produção e política através da separação entre o público e o privado. Sob esse contexto, as qualidades que são atribuídas as mulheres tem mais importância do que a diferença biológica em si.⁵

³ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 15.

⁴ *Op. cit.*

⁵ BARATTA, Alessandro. El Paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. In: *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos. 2000.

Essa percepção tem notável importância quando se pretende desqualificar a atribuição de papéis desiguais que são atribuídos em função do gênero. Com efeito, atribui-se às mulheres um papel subordinado, na medida em que, em uma sociedade e em certas culturas, a posse de certas qualidades e o acesso a certos postos são tomados como naturalmente ligados a um determinado sexo.

Essa conexão ideológica e não "natural" (ontológica) entre os dois sexos determina a distribuição de recursos e a posição vantajosa de um dos gêneros. Portanto, a luta pela igualdade de gênero deve ter como objetivo estratégico a "desconstrução" dessa ligação ideológica, bem como uma reconstrução social de gênero que supere as dicotomias artificiais que estão na base do modelo androcêntrico de ciência e poder masculino. O círculo vicioso da desigualdade não se tornará o círculo vicioso de igualdade sem que a relação simbólica seja estabelecida, social e culturalmente, entre as esferas funcionais.⁶

Isso não afasta a possibilidade de se identificar uma possível zona de consenso no paradigma criminológico como parece ser a estruturação dos conceitos dominantes do direito a partir do prisma masculino.⁷ A partir desse primeiro ponto de vista, o tema traz à tona a necessidade de se analisar criticamente o crime de colarinho branco sob o aspecto do gênero quando praticados por mulheres. Essa construção, para ser inovadora, exige um amparo feminista para ampliar o escopo para além de uma análise criminológica conservadora, ou seja, que afaste a presumida visão neutra e supostamente universal que, na realidade, tem como alicerce um posicionamento androcêntrico.⁸

⁶ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 41.

⁷ Embora se conteste a relevância prática desse importante dado discriminador, como Brooks: "Radical criminology can thus be challenged and viewed as circular; repression is caused by capitalism whilst capitalism is explained by repression. An early critique from Rock (1973: 103) suggested that radical criminology was the 'romanticism that views all criminals as primitive innocents ... engaged in inarticulate political conflict with institutional authority'. Burke (2001) has claimed that as a theoretical approach it failed to provide an adequate definition of crime and deviance; crime was either the outcome of pathological behaviour or simply behaviour that breaks the law, and that the only achievement of radical criminology was to politicize traditional criminology. Regardless of these above views, Criminology of Corruption however, a conclusive limitation of all conflict explanations is that they were focussed on men and as Jagger (1983: 78) noted 'mystified social reality, and legitimates the continued oppression of women', and is 'another ideology of male domination'. These radical and critical views made an important contribution to criminological study, but its practical relevance and use it still contested." BROOKS, Graham. *Criminology of Corruption: Theoretical Approaches*. London: Palgrave Macmillan, 2016, p. 158.

⁸ Paradigmática a crítica ao padrão androcêntrico da ciência moderna a análise de Sandra Harding: "Não há dúvida de que a crítica feminista das ciências naturais e sociais identificou e descreveu uma ciência mal-conduzida - isto é, uma ciência distorcida pela visão masculina preconcebida na elaboração da problemática, nas teorias, nos conceitos, nos métodos de investigação, nas observações e interpretações dos resultados'.

Tal compreensão é necessária para reconstruir um novo modelo que repense ou desconstrua o modelo androcêntrico da ciência, como propõe Baratta.⁹ As lutas emancipatórias das mulheres devem estar presentes para que esse novo modelo não se centre apenas em posições desiguais de subordinação ou de discriminação em função do gênero.

De certa forma, há uma similitude de ideias com os estudos de Elena Larrauri quando procura avançar a análise criminológica da violência contra a mulher para além da tradicional concepção que a relaciona com a desigualdade, subordinação e discriminação da mulher. A preocupação da autora recai sobre a simplificação da concepção que restringe as causas da violência contra a mulher pelo simples fato de que a violência ocorre “por ser mulher”, atribuindo à desigualdade estrutural em que se encontra a mulher o principal elemento justificador. Com isso, relega-se a segundo plano a análise do contexto social e cultural mais amplo de dominação patriarcal das variáveis de gênero.¹⁰

Assim, é possível se pensar em modelos que destaquem o simbolismo do gênero, mas que também introduzam ou possibilitem uma reflexão crítica do ponto de vista da luta emancipatória das mulheres.

3. Crimes de colarinho branco e gênero

A predominância de homens em praticamente todas as formas de crimes é um dado empiricamente atestado nas investigações criminológicas, segundo Gottschalk. Entretanto, a lacuna de dados empíricos em relação ao gênero não é uniforme e varia em função de características próprias masculinas a exemplo de crimes que envolvem violência, como assassinato ou roubo, enquanto as mulheres cometem crimes de menor ofensa, como furto em

Existem fatos da realidade, afirmam essas autoras, mas a ciência androcêntrica não os pode localizar. A identificação e eliminação da visão masculina através da estrita adesão aos métodos científicos permite-nos configurar um quadro objetivo, destituído de gênero (e, nesse sentido, não-valorativo) da natureza e da vida social. A pesquisa feminista não representa a substituição da lealdade a um gênero pela lealdade a outro - a troca de um subjetivismo pelo outro - mas a transcendência de todo gênero, o que, portanto, aumenta a objetividade.” HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. Trad. de Vera Andrade. *Estudos Feministas*, 7 1/1993, p. 13.

Em sentido equivalente, “No que se refere à criminologia, sob o prisma epistemológico do *standpoint*, parece-me que a assunção do paradigma feminista significa uma subversão da forma de produzir conhecimento, até então, dado sob parâmetros epistemológicos distanciados das experiências das mulheres, e da compreensão do sistema sexo-gênero.” MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158.

⁹ BARATTA, Alessandro. El paradigma del género..., p. 41

¹⁰ LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta. 2018, p. 15.

lojas. A diferença de gênero no crime se estende a ofensas de colarinho branco, o que aparentemente persiste até os dias atuais. Gottschalk menciona um estudo de gênero dos acusados nos escândalos financeiros da Enron e do período pós-Enron nos Estados Unidos, apontando que apenas 7% dos indivíduos envolvidos eram mulheres. Variação também presente nos crimes de colarinho branco. Por exemplo, um estudo de pessoas condenadas no sistema de justiça federal dos EUA constatou que as mulheres compreendiam menos de 5% dos crimes de antitruste e do mercado de valores mobiliários, crimes fiscais e de corrupção, mas quase metade dos crimes de fraude bancária.¹¹

Há certa reserva com a ideia de que a definição baseada no infrator como referencial criminológico do crime do colarinho branco se justifica apenas pelas discriminações e pelas dificuldades que são impostas às mulheres para ocupar cargos de alto escalão nas corporações. A realidade fenomênica parece evidenciar que, independentemente das condições socioculturais, o acesso da mulher aos postos de decisão no mundo corporativo é mais restrito. Esse fator parece justificar a ideia de que há elementos mais profundos, para além da igualdade de condições para o exercício dos cargos em altas esferas profissionais.

Uma importante análise realizada pelo Fórum Econômico Mundial baseada em uma metodologia que integra estatísticas de organizações internacionais e pesquisas realizadas com executivos trouxe dados relevantes no Relatório de 2022, o *Global Gender Gap Report*¹², e indica que apesar dos avanços das mulheres nas últimas décadas em relação a ocupação de mais postos de trabalho, inclusive em posições de liderança, os ventos contrários continuam presentes e se fazem sentir em relação às expectativas da sociedade, às políticas do empregador,

¹¹ GOTTCHALK, Peter. Gender and Crime: Convenience for Pink-Collar Offenders. In *Deviant Behavior*, 2020, p. 2.

“Os infratores do colarinho branco são tipicamente homens instruídos em posições de poder, engajados em esquemas financeiros não violentos. Colar rosa, termo cunhado por Kathleen Daly (1989), descreve o envolvimento feminino em fraudes fiduciárias e geralmente se refere a esquemas de baixo nível, como peculato. Os homens que cometem fraudes financeiras raramente, ou nunca, são rotulados como criminosos de colarinho rosa. Em 2007, Perri e Litchenwald introduziram o termo crime de colarinho vermelho como um rótulo para criminosos de colarinho branco que empregam meios violentos para ocultar atos fraudulentos. (Perri e Litchenwald 2007, 2008; Brody e Kiehl 2010). No geral, a lista de crimes do colarinho branco é extensa, e categorizá-los como não violentos ou cometidos exclusivamente por homens parece temerário e excludente; esta abordagem também ignora a interseção de gênero e raça (Simpson 1991; Simpson e Elis 1995). Além disso, os estudiosos do crime do colarinho branco há muito reconhecem a possível natureza violenta de alguns crimes, o que diminui a necessidade de conceituar atos como colarinhos vermelhos. (Friedrichs 2010)”. (tradução nossa). DODGE, Mary. Gender Constructions... op. cit., p. 202.

¹² <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2022/>

ao ambiente legal e à disponibilidade de infraestrutura assistencial. São fatores que continuam limitando as possibilidades de crescimento nas carreiras profissionais.

Tanto é assim que o Relatório, utilizando dados desde 2006 quando da primeira edição da coleta de dados, fez uma projeção a partir do equacionamento dos avanços em termos do mapeamento dos progressos a cada ano para concluir que a paridade de gênero, no ritmo dos avanços atuais, levará 132 anos para se alcançar. “No geral, a paridade de gênero melhorou em três subíndices desde a primeira edição. Os resultados de 2022 se traduzem em um ganho geral de 3,8% pontos desde a primeira edição do relatório em 2006. Se o progresso em direção à paridade de gênero ocorrer no mesmo ritmo observado entre 2006 e 2022, a diferença global de gênero é projetada para acabar em 132 anos.”¹³

Segundo Eagly e Karau a popularidade do conceito de teto de vidro pode derivar da pouca presença de mulheres em cargos importantes, apesar da igualdade ou quase igualdade dos sexos em muitos outros indicadores, de acordo com o que sugerem as estatísticas. De acordo com os dados por eles apresentados, nos Estados Unidos as mulheres representam 46% de todos os trabalhadores e 45% em ocupações executivas, administrativas e gerenciais; as mulheres possuem 51% dos diplomas de bacharel e 45% dos graus avançados. Em contraste, as estatísticas dos principais cargos de liderança mostram a desigualdade: as mulheres constituem 4% dos cinco diretores mais bem pagos nas empresas da Fortune 500 e 0,4% dos CEOs. As explicações para essa baixa representação de mulheres em cargos de liderança tradicionalmente se apoiavam na ideia da falta de qualificação. Esta escassez de mulheres tem sido atribuída a uma variedade de causas, incluindo as responsabilidades familiares das mulheres e estereótipos baseados em crenças de que as mulheres têm menos motivações e condições de alcançar o sucesso em posições elevadas. Entretanto, é fundamental avaliar se o preconceito é uma das causas da raridade de mulheres em cargos de liderança. Em geral, o preconceito pode surgir das relações que as pessoas percebem entre as características dos membros de um grupo social.¹⁴

De acordo com Benson e Sally, há estudos que sugerem que a diferença de gênero no cometimento de crimes de colarinho branco é mais do que uma mera oportunidade.

¹³ Report, p. 13.

¹⁴ EAGLY, A. H.; KARAU, S. Role congruity theory of prejudice toward female leaders. *Psychological Review*. 109(3) July, 2002:573-598. DOI:[10.1037/0033-295X.109.3.573](https://doi.org/10.1037/0033-295X.109.3.573), p. 573.

Apesar dos inúmeros escritos sobre este tópico, e dos muitos pontos de vista diferentes, há fatores diferentes do que simplesmente questões de oportunidade. A própria diferença com que homens e mulheres veem as oportunidades para cargos de colarinho branco, diferenças de percepção por motivações variadas, como, por exemplo, o fato de que mulheres em cargos de alta gerência – em virtude de sua singularidade - são mais visíveis para os outros do que os homens quando em cargos equivalentes. Elas são provavelmente observadas com mais atenção do que os homens nessas posições, são tidas como menos "confiáveis" para participar de atividades ilícitas e, portanto, são mais propensas a “entregar o jogo” quando ocorrer uma ilegalidade do que seus colegas homens.

Por outro lado, há, nesse contexto, quem atribua à mulher um componente de maior adequação para “posições de confiança e segurança” do que os homens porque são mais socializadas, têm mais autocontrole e um padrão de integridade mais consistente. Seria uma concepção de moralidade diferente da masculina. Sendo assim, isso afetaria muitas facetas do crime, como a vontade e a motivação das mulheres de se envolverem em comportamentos ilegais bem como suas reações diante de comportamentos desviantes.¹⁵

As teorias feministas enfatizam o efeito das relações de poder de gênero e estruturas de gênero e papéis na criminalidade feminina. De fato, um dos principais focos da perspectiva feminista é a desigualdade. Esta estrutura examina as diferenças de gênero em relação às normas e aos comportamentos de gênero, desenvolvimento moral, controle social, diferenças físicas e a própria sexualidade. Ela analisa a socialização de mulheres e homens em papéis e padrões de masculinidade e feminilidade e a maneira como elas moldam o nível de participação no crime, motivação para cometer crimes, acesso a oportunidades criminais e características do delito. É um paradigma baseado em normas, identidades, arranjos, instituições e relações pelas quais a dicotomia sexual humana é transformada em algo física e socialmente diferente.¹⁶

Segundo essa concepção, são quatro elementos-chave que moldam a infração feminina e afetam homens e mulheres diferentemente no que diz respeito à motivação e capacidade para cometer crimes. A primeira é como a construção de gênero impede as mulheres de cometerem crimes ao mesmo tempo em que encoraja os homens a serem mais ofensivos. A segunda refere-

¹⁵ BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. Understanding White-Collar Crime, p. 217.

¹⁶ LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. Gender and Corporate Crime. Do Women on the Board of Directors Reduce Corporate Bad Behavior? In *Michigan Journal of Gender & Law*, 2022. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4045490>, p. 18.

se às diferenças no contexto da ofensa, particularmente no que diz respeito a ofensas graves, nas quais as diferenças de gênero dominam. A terceira diz respeito aos motivos e aos caminhos que levam ao crime, que são diferentes para homens e mulheres. O quarto explora até que ponto as diferenças de gênero no crime derivam de fatores biológicos e diferenças reprodutivas, além de razões sociais e históricas.¹⁷

A análise feminista do crime corporativo explica a baixa representação das mulheres e as diferenças nos tipos de crimes cometidos e ainda mais contextualiza a motivação das mulheres para se envolverem no crime. Um dos principais focos da perspectiva feminista é a natureza desigual do mercado de trabalho e a inferioridade embutida das mulheres no local de trabalho. Esse argumento lembra a afirmação de Dodge e a perspectiva da oportunidade na medida em que aponta para as condições social, econômica e legalmente inferiores das mulheres no mercado de trabalho.¹⁸

Essa parece ser a percepção de Dally, quando aponta um sexismo na visão do homem em relação as mulheres em atividades corporativas, o que influi no afastamento das mulheres dos grupos iminentemente masculinos. Os homens não gostam de ter mulheres como parceiras do crime; eles não confiam nas mulheres nem pensam que elas têm capacidade para tanto. Essa suposta “ética masculina” no mundo corporativo é relacionada com a ideia de que os homens têm um grau maior de ambição além de ocuparem espaços superiores dentro das estruturas de gestão corporativa. Essa ética de sucesso e conquista a todo custo pode impulsionar mais homens do que mulheres que estão nos escalões médios e gerenciais para a prática de crimes corporativos. São ideias relacionadas à percepção de que há uma “moralidade positiva” nas mulheres que ocupam cargos corporativos mais preocupadas com questões de responsabilidade social em comparação com homens em cargos corporativos semelhantes.¹⁹

¹⁷ Outra abordagem teórica argumenta que o crime de colarinho branco feminino é diferente do crime praticado pelos homens em quase todos os aspectos. As mulheres participam menos do crime do colarinho branco, têm diferentes motivos para se envolver em comportamento criminoso, para cometer crimes em diferentes contextos e de diferentes naturezas, e têm diferentes abordagens e reações ao crime. Essa abordagem teórica é enraizada na criminologia feminista que se concentra nas relações sociais de poder, na desigualdade, na natureza da força de trabalho e nos papéis sociais e familiares de gênero e na maneira como eles moldam padrões criminógenos e o pensamento das mulheres. Essas teorias diferem na abordagem da ofensa feminina. Algumas teorias se concentram nas diferentes vozes e valores que as mulheres possuem. Considerando que outras teorias enfatizam a estrutura social mais ampla e seu efeito sobre as escolhas das mulheres. Outras abordagens teóricas para o crime corporativo feminino incluem teorias de ética e moralidade, suas inter-relações com o gênero e o efeito sobre a violação da lei pelas mulheres. *Idem*, p. 18

¹⁸ DODGE, Mary. Gender Constructions, op. cit.

¹⁹ DALY, Kathleen. Gender and Varieties of White-Collar Crime. In *Criminology*. Vol. 27, 1989, p. 772 e segs.

Outro fator, já destacado, se relaciona com diferentes formas de supervisão em relação às mulheres nas corporações, o que leva a uma menor possibilidade de participação feminina, como as mulheres contam com maior supervisão em seus empregos, suas oportunidades de se envolver em crimes de colarinho branco são mais restritas.²⁰

Nesse contexto, um outro elemento relevante é a história mais curta das mulheres em redes coletivas de apoio no trabalho, os laços sociais são mais fortes para os homens do que para as mulheres e, portanto, o crime, como uma atividade de grupo é mais provável e viável para os homens.

Para Brooks, a procura por respostas do prisma criminológico para a diferença de gênero em relação aos crimes de colarinho branco também diz respeito à diferente formação familiar em relação ao gênero, de modo que o controle social primário exercido pela família influencia as diferentes posturas entre homens e mulheres. O equilíbrio de poder entre os pais influencia o tipo e a substância da parentalidade que é fornecida e, conseqüentemente, a probabilidade de os filhos recorrerem ao crime. Esse equilíbrio de poder foi usado para explicar a diferença nas taxas de infração entre homens e mulheres, com as famílias patriarcais exercendo mais controle sobre meninas/mulheres do que sobre meninos/homens jovens. Assim, os meninos eram encorajados a correr riscos que mais tarde, em algumas circunstâncias, poderiam levar ao crime.²¹

Determinadas características e distinções no que se relaciona a prática de crimes corporativos pelas mulheres sugerem a revisitação da teoria da oportunidade de modo a se concluir que as diferenças estruturais baseadas no gênero, particularmente a sub-representação das mulheres em cargos mais elevados, geram menor acesso para as mulheres às oportunidades do crime de colarinho branco. As evidências revelam que mesmo quando as mulheres têm mais acesso a dados internos, incentivos financeiros ou oportunidades de rede, a participação das mulheres em crimes de colarinho branco não aumenta. O fortalecimento do papel das mulheres nas empresas não acarretou uma mudança no comportamento delituoso dentro da corporação. Uma possível explicação é que essa “solidão de gênero” (“gendered loneliness”) para as

²⁰ Idem.

²¹ BROOKS, Graham. *Criminology of Corruption: Theoretical Approaches...*, p. 133.

mulheres que ocupam posições apicais dentro das empresas possam levá-las a ser mais desconfiadas, de modo a terem um comportamento mais conforme (“compliant behavior”).²²

Parece haver, em algumas dessas análises, uma carga de preconceito de gênero, como sintetizam Eagly e Karau quando propõem a teoria da congruência dos papéis de gênero e dos papéis de liderança, apontando certa discriminação a partir de percepções de incongruência no papel da mulher nos cargos de liderança, ou seja, de expectativas menos favoráveis em relação às mulheres, relacionadas a questões de gênero.

Existe um potencial de preconceito quando os observadores sociais mantêm um estereótipo sobre um grupo social que é incongruente com os atributos que se pensa serem necessários para o sucesso em certas classes de papéis sociais. Quando um membro do grupo estereotipado e um papel social incongruente se unem na mente do observador, essa inconsistência diminui a avaliação do membro do grupo como um ocupante real ou potencial do papel. Em geral, o preconceito contra líderes femininos decorre da incongruência que muitas pessoas percebem entre as características das mulheres e os requisitos dos papéis de liderança.²³

A partir da constatação de evidências de que homens e mulheres em cargos de liderança acabam por ter atuação semelhante, há uma paradoxal avaliação negativa das características dessas mulheres, assim, ao pensar em líderes femininas, as pessoas combinariam suas expectativas divergentes sobre líderes mulheres, enquanto ao pensar em líderes masculinos, as pessoas combinariam expectativas positivas.²⁴

Em certa medida, há uma carga de preconceito em diferentes perspectivas: como o crime e a violência estão associados à masculinidade, a sociedade considera as mulheres que se envolvem em crimes como “duplamente desviantes” desafiando tanto a lei quanto seu papel de gênero.²⁵

²² LOWENSTEIN, Ruthy L.; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. Gender and Corporate Crime..., p. 39.

²³ EAGLY, A. H.; KARAU, S. Role congruity theory of prejudice toward female leaders. *Op. cit.* pp. 573-574.

²⁴ *Idem*, p. 575

²⁵ DENNO, Deborah W. Gender, Crime, and the Criminal Law Defenses. In: *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 85, 1994, p. 8.

4. Conclusão

A compreensão do quanto os estereótipos de gênero como um todo continuam sendo um fator de manutenção de desigualdade tem a função de combater um preconceito latente na sociedade acerca do papel da mulher nos espaços de poder e de liderança.

Meritocracia, oportunidade, condições pessoais ligadas a características de gênero camuflam uma sociedade estruturada em bases patriarcais que, em realidade, contribuem para a invisibilidade dos fatores que impedem as mulheres de alcançar um espaço de respeito e equivalência.

Investigar as causas que levam menos mulheres ao cometimento de condutas desviantes quando em posições de liderança no mundo corporativo, perpassa pela análise do quanto a carga de preconceito incide na formação de laços mais frágeis em relação à mulher que, além de explicar a sub-representação das mulheres em cargos mais elevados, contribuem para a manutenção de um *status quo* androgênico, injusto, desigual e sexista.

5. Referências

BARATTA, Alessandro. El Paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. In: Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal. Buenos Aires: Editorial Biblos. 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. Understanding White-Collar Crime. An Opportunity Perspective. 2rd ed. New York: Routledge, 2015.

BROOKS, Graham. Criminology of Corruption: Theoretical Approaches. London: Palgrave Macmillan, 2016.

DALY, Kathleen. Gender and Varieties of White-Collar Crime. In Criminology. Vol. 27. N. 4, 1989.

DENNO, Deborah W. Gender, Crime, and the Criminal Law Defenses. In: Journal of Criminal Law & Criminology, v. 85, 1994.

DODGE, Mary. Gender Constructions. In The Oxford Handbook of White-Collar Crime. VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. New York: Oxford University Press, 2016.

EAGLY, A. H.; KARAU, S. Role congruity theory of prejudice toward female leaders. Psychological Review. 109(3) July, 2002:573-598. DOI:[10.1037/0033-295X.109.3.573](https://doi.org/10.1037/0033-295X.109.3.573).

GOTTCHALK, Peter. Gender and Crime: Convenience for Pink-Collar Offenders. In Deviant Behavior, 2020.

HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. Trad. de Vera Andrade. Estudos Feministas, 7 1/1993.

LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid. Editorial Trotta. 2018.

LOWENSTEIN LAZAR, Ruthy; BAUM, Ido; GAFNI, Dalit. Gender and Corporate Crime: Do Women on the Board of Directors Reduce Corporate Bad Behavior? In: Michigan Journal of Gender & Law, 2022. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4045490>.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHECAIRA. Sérgio Salomão. Criminologia. 7ª ed. São Paulo: RT Thomson Reuters, 2018.

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.



A solidão das mulheres no sistema carcerário: da invisibilidade ao abandono

The loneliness of women in the prison system: from invisibility to abandonment

Carolina Souza Neris¹

Isabela Oliveira de Santana²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo o estudo da atual conjuntura que envolve as mulheres no sistema carcerário, de forma que irá abordar a solidão que as acometem dentro do cárcere. Para isso, serão analisados os fatores socioculturais que contribuem para o crescimento da população feminina no cárcere, buscando identificar a realidade pela qual são submetidas, comparando-a com a dos homens, bem como, a questão da desigualdade social, que representa o desencadeador do problema e os reflexos psicológicos vividos por essas mulheres.

Palavras-Chave: Sistema carcerário; Mulheres; Solidão; Realidade; desigualdade.

Abstract: This article aims to study the current situation that involves women in the prison system, so that it will address the loneliness that affects them in prison. For this, the sociocultural factors that contribute to the growth of the female population in prison will be analyzed, seeking to identify the reality through which they are subjected, comparing it with that of men, as well as the issue of social inequality, which represents the trigger of the problem and the psychological consequences experienced by these women.

Keywords: Prison System; Women; Loneliness; Reality; Inequality.

¹ Advogada Criminalista, Pós Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador e Pós Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo Introcrim e CEI.

² Advogada Criminalista; Especialista em Direito Público pela Legale Educacional; Pós graduanda em Direito Penal e Processo Penal; Membro do Grupo de Pesquisa “Feminismos e Processo Penal” do Instituto Baiano de Direito Processual Penal.

1. Introdução

As experiências vividas no cárcere têm impacto sobre as mulheres de forma diferente e mais intensa, em comparação aos homens. Isso porque além da violência institucional sofrida, com violações de direitos básicos e fundamentais, as internas também sofrem com o abandono familiar.

Grande parte das invenções são criadas por homens para homens. A prisão, local onde são alocados os indesejados, não seria diferente, dado que a sua base é puramente patriarcal. O sistema impõe que as mulheres sejam criadas para serem recatadas e do lar, sendo a delinquência um comportamento atípico da natureza feminina.

À vista disso, as penitenciárias femininas nada mais são do que esdruxulas adaptações do sistema penitenciário masculino. Além do sofrimento do encarceramento, as mulheres ainda lidam com a falta de materiais básicos à sua higiene, abandono dos companheiros e familiares, para aquelas que são mães a tristeza de estarem longe do convívio dos filhos, dentre outros fatores.

Sendo assim, é imprescindível a análise dos fatores determinantes para um número cada vez maior de mulheres nas instituições prisionais e, para isso, é necessário também compreendermos o contexto social ao qual estão submetidas, bem como a legislação penal e a sua aplicabilidade em contraponto à realidade vivenciada no cárcere.

Para tanto, ante a complexidade do tema abordado, bem como o seu reflexo nas questões voltadas à garantia dos direitos humanos e fundamentais, impõe-se uma análise mais ampla e crítica do que está por trás das mazelas vividas nas penitenciárias, bem como, dos grandes percussores da situação e os possíveis caminhos para a melhoria deste cenário para que soluções sejam idealizadas e futuramente aplicadas na prática.

2. Contexto histórico das mulheres no sistema carcerário

Considerando o fato de que a nossa sociedade é pautada sobre a lógica machista e patriarcal, por óbvio, tais princípios sempre refletiram nos mais diversos âmbitos, o que não seria diferente com as instituições prisionais.

Primeiro porque a presença de mulheres nestes espaços era algo inimaginável por muito tempo, já que sequer poderiam trabalhar ou assumir qualquer postura ativa no âmbito social. E, pelo simples fato de que homens e mulheres ocupavam posições sociais completamente distintas, onde às mulheres apenas era dada a posição de dona de casa, sem que pudessem tomar decisões sobre a própria vida sem a autorização dos maridos, enquanto estes dominavam setores da economia e política.

Diante deste contexto, o cárcere costumava ser habitado predominantemente por homens e, sendo assim, não é difícil concluir que tais estabelecimentos prisionais foram pensados e construídos por homens para homens. De forma que o Estado não se preocupava com o assunto.

Cumpram ainda destacar a forte influência da religião na sociedade civil, vez que costumava nortear os comportamentos visando a moral e bons costumes que colocava as mulheres em posição de subalternidade e submissão perante os homens, fortalecendo a ideia de inferioridade.

Dito isso, as poucas ocorrências que envolviam as mulheres, baseavam-se em questões envolvendo valores morais, com a quebra dos padrões de comportamento impostos para as mulheres. O que não chegava nem perto de qualquer formalidade carcerária.

Sabe-se que a prisão tornou-se a principal resposta penológica somente no século XIX. Antes desse período, a prisão era utilizada somente para custódia até que o sentenciado fosse submetido publicamente ao castigo corporal. (FREITAS, p. 7, 2013).

Notória é a diferença entre as criações das Penitenciárias masculina e feminina, porque a Casa de Correção do Rio de Janeiro, a primeira penitenciária masculina brasileira foi inaugurada em 1850 (MAIA, NETO, COSTA e BRETAS, p. 34, 2012), enquanto que a primeira penitenciária feminina do Brasil, só foi fundada cerca de oitenta e sete anos depois. (CURY E MENEGAZ, 2017, p. 04).

Diferente do local destinado aos homens, os primeiros presídios femininos tinham o objetivo de reeducar as internas. Como nos dias atuais, as mulheres eram vistas como seres frágeis, por isso, ao invés da aplicação da pena habitual eram realizadas oficinas domésticas (costura, bordados e artesanatos), assim destaca Cury e Menegaz (2017, p. 04 e 05):

Os trabalhos dentro dos cárceres nessa época também se assemelhavam, os principais eram afazeres manuais, como a costura, bordado e o artesanato, mas eram vistos como trabalhos de lazer. As outras tarefas desenvolvidas pelas presas seriam

para que elas exercessem na vida livre que teriam, esses eram os trabalhos domésticos, como lavar, passar, cozinhar, trabalhos vistos como tarefas femininas por excelência.

Apenas com o passar dos anos e após muita luta, as mulheres começaram a conquistar espaços e posições sociais, buscando minimizar cada vez mais as diferenças em relação aos homens, e tais conquistas também passaram a refletir no âmbito criminal.

A partir de 1930, as discussões acerca da situação das mulheres no cárcere passaram a se fazer mais presentes, dividindo opiniões entre os diretores das instituições, médicos e penalogistas acerca de melhores condições para o alojamento das detentas (KARPOWICZ, 2016, p. 1).

Mesmo após a conquista do voto feminino, as penitenciárias femininas tinham o caráter voltado para a reeducação, uma vez que era um ser criado para reproduzir e cuidar do lar. Assim, nos primeiros anos as penitenciárias femininas eram administradas por freiras. Artur (2009, p. 03) descreve o Presídio de Mulheres, em São Paulo, inaugurado em 1942:

Ora, o “Presídio de Mulheres” em sua edificação não foi construído com a função prisional-penal. Foi construído para cumprir a função de residência. E é esse espaço de residência que, em 1942, vai receber o nome e ser adaptado à “função” de “Presídio de Mulheres”. O trato direto com as presas ficou, desde seus primeiros anos, a cargo das freiras da Congregação do Bom Pastor d’Angers, não de agentes penitenciários nem de agentes policiais.

Todavia, apenas em 1984 que a Lei de Execução Penal foi aprovada pelo Presidente da República da época, João Figueiredo, trazendo previsões significativas, uma vez que determinou que os estabelecimentos fossem salubres e que mulheres e homens cumprissem suas penas em locais separados (FREITAS, 2013, p. 2).

Mais tarde, as Leis nº 11.942/09 e nº 12.121/09 trouxeram inovações à LEP, determinando, dentre outros, que os presídios femininos contassem com berçários e que os profissionais atuantes nos interiores das instituições fossem do sexo feminino, como forma de garantir maior segurança para as detentas.

Atualmente, a situação é alarmante, haja vista o crescimento desenfreado de mulheres encarceradas no Brasil que seguem sendo tratadas como seres invisíveis, mas, agora, com novas modulações. Os desafios de hoje são outros, já que apesar dos inúmeros avanços obtidos, as estruturas das instituições prisionais e os profissionais que atuam nesses espaços seguem despreparados para receber mulheres.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (2022), a população de mulheres presas no Brasil, somente entre janeiro a junho de 2022, corresponde a 28.699 mil. Números que não param de crescer e fazem com que o Brasil ocupe o ranking do país com a terceira maior população encarcerada do mundo, totalizando 42.694 mulheres.

Entre as mulheres encarceradas, 63,5% são negras, 47,3% são jovens e 51,9% possuem o ensino fundamental incompleto e, de acordo com dados coletados em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça a partir do registro no CadÚnico, constatou-se que a renda familiar mensal per capita das mulheres presas era de R\$ 40,00, enquanto a de mulheres não encarceradas era de R\$ 100,00 (MENA, 2022).

O resultado deste aumento no número de mulheres ingressando no sistema carcerário é a pífia tentativa de adaptação de um espaço predominantemente masculino, evidenciando o total descaso e despreparo do Estado quanto a essa questão, uma vez que a solução vai muito além de apenas pintar os muros de rosa.

É preciso acompanhar a evolução social de forma efetiva, enxergando essas detentas como mulheres presas, considerando as suas especificidades de gênero, em prol de moldar as estruturas prisionais e não somente as tratar como não-homens.

3. Fatores que contribuem para o crescimento da população feminina no cárcere

Inicialmente, há que se considerar também o fato de que as mulheres passaram a ocupar mais espaços, conquistando o direito de trabalhar fora, votarem e ser votadas. E, hoje, à medida que tais conquistas avançam no sentido de diminuir as diferenças existentes entre homem e mulher, seus reflexos também são percebidos no cenário criminal.

Indubitável que a maioria das internas integrantes do sistema prisional são jovens, solteiras, possuem filhos, têm baixo nível de escolaridade e renda familiar precária (LIMA, PEREIRA NETO, AMARANTE, DIAS, FERREIRA FILHA 2013, p. 447). A história, geralmente, é repetida. Elas não possuem bons vínculos familiares, nem renda suficiente para sustentar a família, engravidam na adolescência:

A menina que engravida com quinze anos e abandona a escola para cuidar do bebe compromete seu futuro, o do filho, e empobrece os pais, obrigados a sustentar mais uma criança, já que a responsabilidade dos homens com a paternidade indesejada é próxima de zero. (VARELLA, 2017, p.51)

O Brasil, apesar de ser rico em recursos naturais, tem uma das piores distribuições de renda do mundo, onde grande parte da riqueza do país está concentrada nas mãos da minoria da população, a qual detém maior poder aquisitivo. Enquanto para a maioria, sobra uma mínima parcela de riqueza.

Tal fato por si só é capaz de gerar uma série de omissões, já que a grande massa da população não tem acesso aos direitos fundamentais do ser humano, como por exemplo, educação de qualidade, saúde, moradia, e o ingresso à marginalidade surge como uma oportunidade de melhoria de vida para aqueles que vivem as margens da sociedade e que, além de todas as omissões enfrentadas, também não contam com uma estrutura familiar sólida.

Neste sentido, fica claro que a vulnerabilidade social é destaque no sistema prisional, visto que muitas mulheres já viviam à margem da sociedade na vida pregressa ao cárcere. E, sendo assim, fazem parte da classe marginalizada da sociedade, que não tem os seus direitos fundamentais respeitados.

Para as mulheres que estão inseridas nessa realidade, o ingresso na vida criminosa se potencializa ainda mais, isso porque que toda a sua trajetória representa um grande ciclo com diversos fatores que muito contribuem para tanto. É comum que essas mulheres cresçam sem a presença da figura paterna, e com isso já carregam o peso de conviver com a dúvida da negação daquele afeto (DAVIM; LIMA, 2016, p. 139-142).

Por outro lado, destaca-se que, segundo o Levantamento da Consultoria IDados, realizado com base nos números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 34,4 milhões de mulheres são responsáveis financeiramente pelos domicílios. Com isso, observa-se que na busca para suprir as necessidades do seu lar, muitas mães se tornam ausentes quase que por tempo integral, ocasionando certo desamparo afetivo aos filhos.

Neste aspecto, há uma enorme tendência de todo este ciclo seguir se repetindo: A mulher cresce desamparada financeiramente e emocionalmente, forma família cada vez mais cedo e repetindo a mesma estrutura da sua família de origem (DAVIM; LIMA, 2016).

E então, as possibilidades são diversas, uma vez que reproduzindo a história vivenciada pela mãe, a mulher pode ingressar na criminalidade como forma de manter os filhos, já que a desigualdade de salários é um fator extremamente cruel que afeta grande parte das mulheres.

Ademais, não podemos ignorar o fato de que o ingresso na vida delitiva pela mulher, muitas vezes, ocorre por influência do companheiro, já inserido em práticas criminosas. O que

não é difícil nas regiões mais periféricas do país, onde estão centralizados os focos de criminalidade (DAVIM; LIMA, 2016).

Por todo histórico de ausência de base familiar, as mulheres tendem a assumir relacionamentos sérios cada vez mais cedo, como uma espécie de tentativa inconsciente de suprir necessidades afetivas e materiais, fazendo com que se envolvam sem se importar com as possíveis práticas delitivas realizadas pelos parceiros.

Neste sentido, fica mais uma vez evidente a influência direta de toda estrutura machista da sociedade, fazendo com que se sustente a ideia da mulher como sendo sexo frágil e tal premissa constitui uma vantagem no crime, já que podem burlar com mais facilidade as barreiras de segurança, estando excluídas do radar de suspeitas.

Infelizmente, a sociedade normaliza a prisão de mulheres pretas e pobres, isto porque apenas mulheres de uma classe social mais alta estampam os jornais e causam comoção nacional quando praticam um delito. Melo (2022, p.178) adverte que a civilização de uma sociedade pode ser avaliada pelo tratamento oferecido aos encarcerados.

É necessário pontuar que o sistema foi criado para eliminar os indesejáveis e um dos métodos de exclusão mais eficazes atualmente é o encarceramento, que, por sua vez, não passa de uma tortura nada velada.

4. Crimes de maior incidência feminina

Apesar do número de mulheres envolvidas em condutas criminosas crescerem muito nos últimos anos, essas mulheres acabam se concentrando nos mesmos tipos penais, os quais só reforçam, na verdade, toda a estrutura social de que tratamos, a qual potencializa o ingresso delas na marginalidade.

Por muito tempo as mulheres protagonizaram as condutas criminosas mais relacionadas com a condição de mulher, de certa forma, pela imagem de dócil e frágil que foi construída em cima da figura feminina. Sendo facilmente associadas aos crimes de aborto, infanticídio e aos ditos crimes passionais.

Com o passar dos anos, observou-se uma grande ruptura deste cenário e as possibilidades se modularam às diversas situações as quais as mulheres estão submetidas. Hoje, não é incomum que, ao se encontrar em situação de vulnerabilidade social, precisando sustentar

a família, os filhos, sozinha, enfrentando as mais diversas dificuldades, enxergam no crime uma oportunidade para mudar de vida.

Os dados do INFOPEN divulgados em 2017 demonstram que, em 2016, 62% das mulheres encarceradas estavam cumprindo pena devido ao envolvimento com o tráfico de entorpecentes, sendo o tipo penal que atualmente lidera os casos nas prisões femininas, seguido do roubo, com 11%, e o furto, com 9%. Nesta linha de pensamento Drauzio Varella, discorre (2017. P. 137):

O envolvimento com o tráfico fez explodir o aprisionamento de mulheres brasileiras: crescimento de 567% no período de 2000 a 2014. Nesses quatorze anos, a população carcerária feminina no país aumentou de 5.600 para 37 mil. (VARELLA, 2017, p. 137).

Da análise dos dados mencionados, podemos extrair que há um ciclo que interliga o tráfico de drogas e os crimes contra o patrimônio, trazendo à tona a grande falha do Estado quanto a proteção dos direitos humanos.

Consoante os dados informados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2017) o delito mais cometido pelas mulheres é relacionado a Lei 11.343/2006. Desta forma, Melo (2022, p.45) narra que a interminável guerra às drogas contribui para o aumento da massa carcerária:

Na política empreendida pelo Estado no combate ao tráfico de entorpecentes, a título de guerra às drogas, vale tudo: aumento indevido de penas, enrijecimento dos regimes, restrições de direitos... e ano após ano, desde que esta política global foi implementada no Brasil, só tivemos como resultado, a rigor, o encarceramento em massa da população negra, o fortalecimento do crime organizado, a falência do Estado no gerenciamento do sistema prisional e as sucessivas falhas nas políticas de segurança pública, e, como resultado mais expressivo de todos estes fatores, a superlotação da população carcerária.

Varella (2017, p. 141) aponta que, ao contrário do que se acredita, muitas dessas mulheres não são traficantes profissionais, grande parte delas são movidas por razões nobres, que obviamente não justificam, mas esclarecem muita coisa.

Trata-se de mulheres comuns: mães, esposas, filhas, irmãs, que por ceder aos clamores dos condenados por quem têm afetividade, acabam sendo traídas pelo medo e inexperiência ao tentar entrar nos presídios, levando drogas.

Ademais, considerando todo o contexto de vivências que são marcadas pelo abandono e descaso em todos os âmbitos, muitas mulheres nutrem o sentimento de querer sentir-se útil e produtiva, ocupando, ainda que ilusoriamente, posições de poder.

5. Das experiências vividas no cárcere - diferenças entre homens e mulheres

O Estado é omissivo e isso contribuiu para a péssima experiência durante a execução da pena, em que pese ter o dever de garantir condições mínimas para que as detentas possam cumprir suas penas de forma que tenham respeitados os seus direitos fundamentais, conforme versa nossa Constituição Federal.

Ao analisarmos a questão das penas, podemos lembrar o período que ficou conhecido como a Era das Trevas vivido durante a Idade Média, onde a prática de crimes era punida sem a intervenção do Estado, e, por isso, quem praticasse ato delitivo estava à mercê da noção de justiça de cada indivíduo, uma vez que esta era feita com as próprias mãos e, sendo assim, os criminosos eram submetidos a diversas formas de torturas.

Mais tarde, mais precisamente durante o período do iluminismo, o pensador Cesare Beccaria revolucionou o direito penal e a sua forma de punir, ao publicar sua obra *Dos Delitos e das Penas*, onde criticou e questionou o cenário punitivo da época, que mais tarde tornou-se o que nos rege hoje.

Tal questão passou a se pautar por uma nova lógica e hoje, o Brasil adota as Teorias Ecléticas ou Mistas da pena, que buscam um equilíbrio na aplicação da punição, visando diminuir a intervenção do direito penal, sendo ele a *ultima ratio*, já que só deve ser aplicado na falta de outro instituto que solucione a questão, bem como a garantia da dignidade da pessoa humana, para que o indivíduo encarcerado seja recuperado e possa conviver em sociedade sem retornar a vida criminosa.

Neste sentido, a Lei de Execuções Penais preconiza que: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

Mas, a realidade que se opera na prática costuma ser bem distante deste ideal, isso porque, após a prática do delito, um processo é instaurado e é neste exato momento que o sujeito

perde a sua identidade e passa a ser um número, o artigo do crime cometido. Neste sentido, LIMA, PEREIRA NETO, AMARANTE, DIAS, FERREIRA FILHA (2013, p. 01) acentuam:

A morte civil, a substituição do convívio familiar, o vazio de ordem emocional e material, e a ausência da autonomia caracterizam o significado do cárcere. (...) É preciso que a prisão se comporte para além do caráter punitivo e proporcione cuidados especializados à mulher encarcerada.

O grande embate que se trava diante de tais premissas, abarca o seguinte questionamento: como receber e tratar mulheres num espaço construído e pensado para receber homens presumivelmente violentos?

A legislação não é omissa quanto a isso, ao contrário, o direito pátrio, seja por meio de dispositivos, seja pela doutrina ou pelos princípios, preconiza a ideia de que deve haver meios de proteção e garantias aos direitos e individuais e a condição especial da mulher, sem que tais medidas representem algum tipo de discriminação.

Neste sentido, as mulheres devem cumprir pena em estabelecimento próprio, de maneira que sejam observados os direitos e deveres inerentes a sua condição pessoal. Todavia, o Estado não tem se mostrado preocupado com essa situação e todo o arcabouço de normas vigentes, que ainda é pouco diante da complexidade da questão, é ignorado.

Ao contrário do que prevê a Lei de Execuções Penais, os dados colhidos pelo IFOPEN em 2016 revelam que 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, enquanto que ao público feminino destinam-se apenas 7% e 17% são caracterizados como mistos, ou seja, estabelecimentos que são originariamente masculinos, mas têm algumas celas para comportar mulheres.

Desta forma, esbarramos no ponto central da questão: a regra tem sido a tentativa frustrada de adaptação dos estabelecimentos prisionais para receber mulheres. E, se já é difícil encontrar estabelecimentos específicos para mulheres, encontrar um que comporte a estrutura necessária capaz de atender as especificidades das detentas, se torna uma missão praticamente impossível.

Nesta lógica, as mulheres que adentram ao sistema carcerário acabam sendo tratadas como homens, ou, no máximo, como não-homens, já que via de regra os aspectos gerais da criminalidade masculina são copiados.

Existe previsão na Lei de Execuções Penais para que as detentas sejam alocadas em celas individuais, com dormitórios, sanitário e lavatório em salubridade. Mas, com o grande

problema da superlotação que atinge os presídios brasileiros, a realidade está cada vez mais distante da teoria.

Assim, um dos grandes males dentro do cárcere é a ausência de qualquer garantia de saúde, já que estamos falando de diversas pessoas ocupando um mesmo espaço, em quantidade muito superior àquela recomendada para as estruturas.

E, assim, sem considerar o fato de que as apenadas precisam de assistência médica específica, de forma que seja garantido o espaço para as suas individualidades, o Estado as trata de forma generalizada.

Em 2012 foi publicado pelo CNJ o Mutirão Carcerário, onde foi constatado que em algumas penitenciárias de São Paulo as detentas utilizam miolo de pão como absorvente íntimo, diante da escassez de objetos de higiene, além de conviver com a má alimentação, chegando a identificar fezes de rato na comida.

Mulheres grávidas ou as que já são mães, geralmente, ocupam o mesmo espaço que as presas comuns, sendo levadas ao hospital no momento do parto, quando, na verdade, deveriam contar com um espaço específico para elas, bem como creches para abrigar as crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, na falta de algum familiar que possa cuidar delas, o que não é comum de acontecer.

Nestas circunstâncias a visita de um familiar, que é algo raro nas penitenciárias femininas, representa um amparo não só emocional e psicológico, mas também a garantia de uma estadia um pouco melhor, tendo em vista que é a família que costuma levar objetos de higiene íntima e demais utensílios básicos de cuidado. Referente a escassez das visitas às internas, Varella (2017, p. 39) destaca: “Filas são pequenas, com o mesmo predomínio de mulheres e crianças; a minoria masculina é construída por homens mais velhos geralmente pais e avôs.”

E, apesar de todo avanço no contexto social em relação as mulheres na Constituição Federal referente a igualdade entre os gêneros no que tange ao gozo dos mesmos direitos e obrigações, ainda há um longo caminho a ser percorrido, tendo em vista o fato de que todo o estereótipo engessado na sociedade civil é reproduzido nas instituições prisionais, e o pior: com o aval do Estado.

Pra começar, as medidas de punição aplicadas às mulheres costumam ser mais severas do que aquelas aplicadas aos homens. A começar pela limitação e quase proibição das visitas

íntimas nas penitenciárias feminina, as quais ajudam no estreitamento dos laços extramuros, sem contar que também se trata de uma questão de saúde pública. Varella (2017, p.39) explica:

As visitas íntimas são essenciais para a manutenção dos vínculos afetivos com os companheiros e para impedir a desagregação familiar. Isolar a mulher na cadeia por anos consecutivos causa distúrbios de comportamento, transtornos psiquiátricos e dificulta a ressocialização.

Destaca-se que, quanto a isso, a Lei de Execuções Penais se restringiu apenas aos homens, e só mais tarde estendeu a prerrogativa das visitas íntimas às mulheres, homossexuais e menores infratores.

Um dos argumentos para o controle de visitas íntimas para as mulheres é pautado numa suposta tentativa de controle de natalidade, fazendo com que as penitenciárias femininas analisem com muito mais rigor uma prática que é extremamente comum nos presídios masculinos.

Ao impedir o direito a visita íntima, o Estado também retira dessas mulheres o direito a sua sexualidade, e, conseqüentemente está negando a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, no que se refere aos trabalhos ofertados para as detentas, percebe-se que estas sempre são alocadas em funções que se assemelham com as domésticas, como serviços de limpeza e corte e costura, que normalmente são pouco remunerados e menos valorizados no mercado.

Os homens, por sua vez, costumam praticar esportes nos pátios das instituições prisionais, enquanto que para as detentas o esporte é visto como algo banal, por uma visão limitada e ultrapassada de que a prática desportiva pertence ao carcerário masculino apenas, e, por isso, dificilmente se vislumbra esforços para viabilizar essas atividades nos presídios femininos.

Isso se deve porque as mulheres ainda são vistas como a exceção num cárcere completamente masculinizado, e, isso, contribui para a uma maior invisibilidade, além de fortalecer uma estrutura que as deixa em posição de inferioridade comparada aos homens.

Sendo assim, as experiências vividas no cárcere tendem a ser marcadas por angústias e frustrações que envolvem questões muito mais complexas, sendo a segregação da liberdade apenas o início de uma série de privações.

A separação entre mães e filhos é um fator que também concorre para a deterioração da saúde mental da interna, pois além do sofrimento vivenciado na perspectiva carcerária, ainda há a preocupação com as atuais condições e futuro dos filhos. Neste aspecto Varella (2017, p.45) destaca:

Nem sei quantas mulheres atendi em estado de choque pela perda de um filho adolescente, morto troca de tiros com a polícia ou assassinados por desentendimentos na rotina do crime. (...)A mulher, ao contrário, sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporária, será irreparável, porque se ressentirão da ausência de cuidados maternos, serão maltratadas por familiares e estranhos, poderão enveredar pelo caminho das drogas e do crime, e ela não os verá crescer, a dor mais pungente. (VARELLA, 2017, p.45)

A situação ainda é mais traumática para aquelas que ingressam no presídio grávidas. Porque, na maioria dos casos, quando o bebê completa 6 (seis) meses, (na falta da creche, que dificilmente é encontrada) obrigatoriamente ele é retirado do convívio com a mãe e entregue aos familiares.

Com isso, o sentimento de abandono se torna cada vez mais forte, e, por isso, é muito comum que se sintam deprimidas por se encontrarem sozinhas, sem nenhuma ou pouca amizade na instituição, passando por transtornos que representam um processo conhecido como “dessocialização”.

Desta forma, ocorre uma ruptura com o meio externo, com total alteração da rotina de forma repentina, já que dentro do cárcere elas são afastadas do seu ciclo de convivência, bem como deixam de lado os seus sonhos e expectativas para o futuro, gerando assim, um sentimento de impotência.

Diante de tantas agressões, se faz necessário a atuação dos profissionais de psicologia, em prol de auxiliar visando o conhecimento da totalidade de cada uma, para que possam desenvolver seu trabalho de forma ética e coesa, sem a exclusiva manipulação de remédios, como é de costume, fazendo com que as detentas que apresentam algum tipo de transtorno fiquem dopadas.

6. Considerações finais

Em que pese haja enorme distanciamento entre o que é previsto pela legislação pátria e o que se opera na prática, apenas a mudança legislativa, por si só, não é suficiente para a garantia dos direitos humanos que são violados diariamente.

Fulcral salientar que a exclusão social é o ponto comum entre os homens e mulheres que integram a massa carcerária. Todavia, conforme todo exposto, os desafios enfrentados pelas mulheres ultrapassam os muros das instituições prisionais, fazendo-as conviver com um cenário de completo abandono, incluindo a falta de assistência à saúde.

O abandono e a insalubridade dos presídios femininos brasileiros são uma transgressão as garantias constitucionais, e mais: caracterizam-se como uma espécie de tortura. Infelizmente, o sistema pretende afastar do seio social aqueles que por ventura praticaram um ilícito penal e não coincidentemente estas pessoas, na sua maioria, pertencem a uma camada menos abastada da sociedade. A coisificação dos internos e exclusão interferem diretamente na reinserção do indivíduo à sociedade.

Na atual configuração da sociedade ainda há uma noção de que as mulheres são frágeis e inferiores aos homens. Esta concepção também interfere na relação entre os gêneros e, conseqüentemente, torna mais complicado o cumprimento de pena vez que as gestões, geralmente, seguem um caráter patriarcal. É fundamental tratarmos os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A realidade da mulher encarcerada é marcada pelo completo abandono, não só do Estado e dos seus familiares e companheiros, como também da sua própria identidade, já que a vivência dentro do cárcere faz com que tenham marcas para o resto da vida, marcas que vão muito além da pele maltratada.

Sendo assim, o Estado necessita ter um olhar mais empático sobre as mulheres que integram o sistema carcerário brasileiro, principalmente no que tange a assistência médica e acolhimento. A melhora no tratamento conferido àquelas que estão privadas da liberdade é essencial para a reinserção ao seio da sua comunidade.

7. Referências Bibliográficas

ARTUR, Angela Teixeira. **“Presídio de Mulheres”**: as origens e os primeiros anos de estabelecimento. São Paulo, 1930-1950. Disponível em: < https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548772192_1635d32f7239cd3bcf643523baabdd02.pdf>. Acesso em 26 de fev. de 2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001. 128p.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24/02/2023.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 25/02/2023.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. Atualização – Junho de 2022, p. 2. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 25/02/2023.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: Considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. 2009.

CURY, Jessica Santiago; MENEGAZ, Mariana Lima. **Mulher e o Cárcere: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social**. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-enviar.pdf. Acesso em 26 de fev. de 2023.

DAVIM, Brenda Karolina. LIMA, Cátia Santos. **Criminalidade Feminina - Desestabilidade familiar e as várias faces do abandono**. *Revista Transgressões: ciências criminais em debate*, 139-142. 2016.

FREITAS, Cláudia Regina. **O Cárcere Feminino: Do Surgimento às Recentes Modificações**. p. 2. 2013.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES (ICPS). **World Prison Brief**. Disponível em: < <https://www.prisonstudies.org/>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

KARPOWICZ, Débora Soares. **Prisões Femininas no Brasil: Possibilidades de Pesquisa e de Fontes**. *XIII Encontro Estadual de História da ANPUH RS*, 1. 2016.

LIMA, G. M. B.; PEREIRA NETO, A. F.; AMARANTE, P. D. C.; DIAS, M. D.; FERREIRA FILHA, M. O. **Mulheres no cárcere: significados e práticas cotidianas de enfrentamento com ênfase na resiliência**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/jwF9hQQFwGH8mKWQwJjjW5H/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 26 de fev. de 2023.

MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flavio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das Prisões no Brasil – Vol I**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2012.

MELO, Marcos. **O hóspede do inferno: retrato sombrio das mazelas de duas prisões**. São Paulo: Garimpo editorial, 2022.

MENA, Fernanda. **Brasil passa a Rússia e vira 3º país com mais mulheres presas no mundo**. Folha de S. Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/10/brasil-passa-a-russia-e-vira-3o-pais-com-mais-mulheres-presas-no-mundo.shtml>>. Acesso em: 25/02/2023.

SILVA, Iranilton Trajano da. **Uma breve análise histórica e legal sobre o encarceramento feminino no Brasil**. Boletim Jurídico, 2014.

VARELLA. Dráuzio. **Prisioneiras**. 2017. Ed. 1º. Editora: Companhia das Letras, Cortesia.

Do direito ao trabalho a mulheres vítimas de violência doméstica The right to work for women in situation of domestic violence

Ana Cecília de Oliveira Bitarães¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a importância do direito ao trabalho digno para mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Na introdução foi feita uma análise da condição da mulher como “o outro” da sociedade, a partir da teorização de Simone de Beauvoir. Em seguida, foram analisados motivos pelos quais as mulheres enfrentam dificuldades para entrar no mercado de trabalho. Posteriormente, foi feita uma análise jurídica dos direitos assegurados na lei maria da penha. Enfim, analisou-se a importância da garantia ao direito fundamental ao trabalho digno em contextos de violência doméstica, trazendo características e exemplos de atuações dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

Palavras-chave: Direito fundamental ao trabalho; Violência contra mulher; cuidado; igualdade de gênero.

Abstract: This article aims to demonstrate the importance of the right to decent work for women in situations of domestic and family violence. In the introduction, an analysis was made of the condition of women as “the other” in society, based on the theory of Simone de Beauvoir. Then, the reasons why women face difficulties to enter the labor market were analyzed. Subsequently, a legal analysis of the rights guaranteed in the Maria da Penha law was made. Finally, the importance of guaranteeing the fundamental right to decent work in contexts of domestic violence was analyzed, bringing characteristics and examples of actions by the executive, legislative and judicial branches.

¹ Mestra em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito da Graduação da Faculdade Pitágoras/Anhanguera de Belo Horizonte. Pesquisadora do Observatório Trabalhista no STF (UNB). Advogada. Autora de artigos científicos e do livro “Por uma lente de cuidados”, pela Editora D’Plácido.

Key Words: Fundamental right to work; Violence against women; Care; gender equality.

1. Introdução: arquitetura social - mulheres como o outro

O curso da humanidade foi marcado por inserir as mulheres em posições subalternas, precárias e invisíveis. Conquistaram o direito a voto no Brasil apenas em 1932; percebem salários menores que os homens, ainda que mais qualificadas e, talvez a mais alarmante das circunstâncias: são vítimas de feminicídios, agressões verbais, físicas e financeiras de seus próprios companheiros e familiares.

Esse triste diagnóstico pode ter lastro explicativo com as concepções trazidas por Simone de Beauvoir. Para a filósofa, a construção das estruturas sociais ocorreu a partir do homem, sendo as mulheres “o outro da sociedade”, em posições inferiores e distantes de espaços de protagonismo. Nesse sentido, Beauvoir (2016, p. 13): *“a mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro”*.

Para além de “o outro”, cabe também a análise de Lerner (2019, p. 269), da formação de uma “hegemonia dos homens sobre o sistema de símbolos”, por duas formas: (i) as mulheres foram privadas do acesso à educação e (ii) os homens exerceriam o monopólio das próprias definições simbólicas.

Assim, essas duas formas implicaram no monopólio das definições simbólicas, sob a ótica masculina, dado que os homens no curso da história foram os detentores do conhecimento.

No entanto, as mulheres foram privadas de construir suas próprias definições, inclusive de conceitos sobre si mesmas, advinda pelos símbolos. Lerner (2019, p. 269) reforça que é pela linguagem simbólica que os seres humanos se humanizam, uma vez que, em oposição aos animais, os seres humanos alteram o meio e suas formas, de forma a tentar levar sentido à própria existência.

Importante mencionar que o grupo “das mulheres”, inclui uma multiplicidade de aspectos, tais como cultura, religião, cor, condição financeira, orientação sexual, que levam a contextos diferentes para justificativa e pesquisa de dados e análise de políticas públicas.

Para Grada Kilomba (2012, p. 56), inclusive, houve uma grande diferença no curso histórico das mulheres brancas em relação às mulheres negras, sendo estas vistas como “o outro

do outro”, por ocuparem espaços de ainda maior violência, precariedade no trabalho e invisibilidade.

Dentre toda essa estrutura simbólica de dominação e inferioridade, o silêncio pode ser tido por um dos maiores elementos presentes nessa estruturação, sendo “*o silêncio, portanto, das minorias, dos outros, é substância para domínio, ocultação e desprotagonização de lutas e reivindicações de melhores condições de vida*” (BITARÃES, 2022, P. 43).

Além dessas explicações teóricas, reflexos do mundo do trabalho podem também explicitar esses negativos desvios.

O recebimento de renda pela mulher é imprescindível para aquisição de independência financeira, implicando em uma maior possibilidade de escolhas, retirando-se de ambientes hostis e agressivos.

Desse modo, é importante analisar medidas de proteção para além das elencadas no capítulo II da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. É preciso assegurar que a vítima tenha condições de superar agressões vivenciadas, que tenha uma vida com acesso à renda, que possam verbalizar os acontecimentos sofridos e que consigam, em paridade de armas, dialogar e não se sujeitar a violências, sendo de suma importância articular também políticas de conscientização da tipificação de abusos e limites aos homens, minimizando-se a “cultura do estupro”¹.

2. Dificuldades para entrada das mulheres no mercado de trabalho: obstáculos das responsabilidades de cuidado, da dependência financeira, consequências da violência doméstica e imagens de gênero

As mulheres se veem em constantes dificuldades para ingressar e permanecer no mercado de trabalho. Essas dificuldades estariam, em sua maior parte, em razão (i) da vida extralaboral, ou seja, das responsabilidades socialmente atribuídas às mulheres de cuidado em seus lares (BITARÃES, 2022), bem como (ii) das imagens de gênero da mulher no mercado de trabalho, vistas ainda como uma mão de obra secundária (ABRAMO, 2007).

¹ “Conjunto de violências simbólicas que viabilizam a legitimação, a tolerância e o estímulo à violação sexual” (SOUZA, 2017, p.13).

Quanto a (i) vida extralaboral, as mulheres são responsabilizadas por atividades de cuidar física e emocionalmente dos filhos, familiares idosos, familiares doentes, para além do trabalho produtivo, implicando em duplas jornadas de trabalho.

Ser cuidado pode ser entendido como um direito àqueles que necessitam. Entretanto, o que se observa é uma injusta distribuição social de quem exercerá essa atividade. Para a perspectiva do “*social care*”, o bem-estar social só seria alcançado se o cuidado fosse socialmente organizado, alcançado um novo pacto social (BORDERÍAS, 2011, p. 42). Embora esta experiência esteja distante da realidade brasileira, o direito a cuidados é questão profunda e emergencial a ser inserida nos debates legislativos, acadêmicos e para com a comunidade.

Já para o “*Care Diamond*”, ainda, estado, mercado, famílias e organizações comunitárias, deveriam ser como quatro pontas de um diamante. Essas quatro pontas devem-se interagir para distribuição justa do cuidado. Importante ressaltar que essa teoria deve se adaptar a padrões e realidades diversos, se atentando a variações a cada país, regiões, culturas ou grupos sociais (HIRATA; GUIMARÃES, 2020, P. 41).

Nesse sentido, a Constituição Federal da República de 1988, em art. 227 traz essa repartição dos deveres de responsabilidades no cuidado das crianças, adolescentes e jovens, entre a família, o estado e a sociedade:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Desse modo, para se articular e repensar a desvalorização e a divisão social dos cuidados, é preciso trazer ao debate o cuidado como direito, distribuindo-o de forma justa à sociedade. Essa distribuição deve se calcar nos tripés do diamante de cuidados citado, envolvendo para além de seus agentes, hoje invisíveis, vulnerabilizados, o estado, o mercado, as famílias e as organizações comunitárias, traçando políticas públicas e planejamentos efetivos.

A vida extralaboral, além de poder prejudicar as mulheres pela carga de trabalho expressiva relacionadas às atividades de cuidado, ainda pode ter outro fator agravante prejudicial: problemas familiares de enfrentamento de violências domésticas e submissão ao próprio algoz que comete os danos.

Camila de Bona, em análise do livro “*Development as Freedom*” de Amartya Sen, nos ensina que mulheres em situação de violência doméstica, dependentes economicamente do agressor, estão com suas “liberdades substantivas” tolhidas pela violência sofrida, uma vez que suas condições pessoais, tais quais saúde física e psicológica, estão minadas, obstaculizando o desenvolvimento da “liberdade substantiva” (BONA, 2019, P. 49).

Para que as “liberdades substantivas” sejam novamente asseguradas, é preciso pensar no exercício de instrumentos que possam ser meios assecuratórios das referidas “liberdades instrumentais”. Dentre esses instrumentos, oportunidades e proteções sociais são exponenciais para alcançar a “liberdade substantiva” dos sujeitos (BONA, 2019, P. 49).

Importante mencionar que apenas aferir renda não é suficiente para o desenvolvimento pleno das capacidades humanas dos sujeitos. O desenvolvimento pleno seria a partir do desenvolvimento de uma “condição de agente”, saindo de uma condição passiva, alcançando liberdade (BONA, 2019, P. 49).

Salienta-se que os danos causados por violências no âmbito doméstico não se restringem às vítimas, mas toda sociedade. A potencialidade de se presenciar atos de violência, principalmente em face de crianças, pode gerar em uma “*espiral de agressões e de vinganças recíprocas*” (CERQUEIRA et al, 2019, p.7), podendo vir a gerar inúmeras outras vítimas, inclusive fatais, sendo primordial o planejamento ao combate à violência doméstica.

Nessa direção, tratando a questão da violência doméstica como pública, a Constituição da República do Brasil assim dispõe: “*Art. 226. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*” (BRASIL, 1988).

No gráfico a seguir, é possível perceber que “*entre as mulheres que sofreram agressão física em 2009, 43% (465.985) estavam em sua residência na ocasião; no caso dos homens, apenas 12,3% (177.634) estavam na própria residência*” (CERQUEIRA et al, 2019). Analisando variáveis como local e tipo de agressor, sendo este o cônjuge, ex-cônjuge, ou ainda um parente, as agressões ocorrem com maior frequência em casa.

TABELA 6
Distribuição percentual de mulheres de 10 anos ou mais de idade que foram vítimas de agressão física, por local da agressão, segundo raça/cor do agredido e identidade do agressor, Brasil, 2009

Cor/Raça	Agressor	Própria residência	Residência de terceiros	Local público ⁽¹⁾	Outros	Total
Total	Total	43,0	6,3	48,9	1,8	100,0
	Cônjuge/Ex-cônjuge	81,5	7,3	10,9	0,4	100,0
	Parente	77,7	11,5	10,5	0,3	100,0
	Pessoa conhecida	28,9	7,5	60,1	3,5	100,0
	Pessoa desconhecida	11,9	1,9	84,9	1,4	100,0
	Policial/Segurança privada	27,0	9,8	55,3	7,8	100,0
Branca	Total	41,7	5,0	51,6	1,7	100,0
	Cônjuge/Ex-cônjuge	86,3	5,6	7,9	0,2	100,0
	Parente	81,5	11,5	6,6	0,3	100,0
	Pessoa conhecida	26,3	6,2	63,6	3,9	100,0
	Pessoa desconhecida	11,0	1,4	86,2	1,5	100,0
	Policial/Segurança privada	34,0	6,8	59,2	.	100,0
Negra	Total	44,1	7,3	46,7	1,8	100,0
	Cônjuge/Ex-cônjuge	78,0	8,4	13,0	0,6	100,0
	Parente	75,1	11,5	13,1	0,3	100,0
	Pessoa conhecida	30,6	8,4	57,8	3,3	100,0
	Pessoa desconhecida	12,8	2,4	83,5	1,3	100,0
	Policial/Segurança privada	18,2	13,7	50,3	17,8	100,0

Fonte: IBGE/Pnad – Suplemento Vitimização e Justiça – disponíveis em Ipea/ Retrato das desigualdades de gênero e raça

Nota: (1) Equivale à soma das categorias estabelecimento comercial, estabelecimento de ensino, via pública, transporte coletivo e ginásio.

Analisando o perfil do agressor, observa-se que maior parte das agressões às mulheres são cometidas por pessoas de seu vínculo social, ainda que cometidas em local público (CERQUEIRA, *et al*, 2015, P. 17).

TABELA 7
Distribuição percentual de mulheres de 10 anos ou mais de idade que foram vítimas de agressão física, por identidade do agressor, segundo raça/cor do agredido e local da agressão, Brasil, 2009

Cor/Raça	Agressor	Própria residência	Residência de terceiros	Local público ⁽¹⁾	Outros	Total
Total	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
	Cônjuge/Ex-cônjuge	49,1	29,9	5,8	5,8	25,9
	Parente	20,4	20,7	2,4	1,8	11,3
	Pessoa conhecida	21,6	38,5	39,5	63,1	32,1
	Pessoa desconhecida	8,0	8,6	50,6	22,6	29,1
	Policial/Segurança privada	0,9	2,3	1,7	6,6	1,5
Branca	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
	Cônjuge/Ex-cônjuge	50,8	27,8	3,7	2,4	24,5
	Parente	20,4	24,2	1,3	2,0	10,5
	Pessoa conhecida	18,2	36,0	35,4	65,4	28,8
	Pessoa desconhecida	9,0	9,4	57,3	30,2	34,3
	Policial/Segurança privada	1,6	2,6	2,2	.	1,9
Negra	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
	Cônjuge/Ex-cônjuge	47,8	31,0	7,5	8,2	27,0
	Parente	20,3	18,8	3,4	1,7	11,9
	Pessoa conhecida	24,1	39,8	43,0	61,5	34,8
	Pessoa desconhecida	7,3	8,2	44,9	17,2	25,1
	Policial/Segurança privada	0,5	2,2	1,3	11,3	1,2

Fonte: IBGE/Pnad – Suplemento Vitimização e Justiça – disponíveis em Ipea/ Retrato das desigualdades de gênero e raça

Nota: ¹ Equivale à soma das categorias estabelecimento comercial, estabelecimento de ensino, via pública, transporte coletivo e ginásio.

Toda essa situação implica em criar um grande teto de vidro que impede a ascensão profissional das mulheres, vivendo do e para o lar, sem reconhecimento, em meio, muitas das vezes, a hostilidades e agressões.

A teoria do teto de vidro, “*glass ceiling*”, diz respeito a uma barreira, transparente, aparentemente invisível, que impede a ascensão profissional das mulheres, mantendo-as abaixo deste teto, em posições hierarquicamente inferiores dentro de grandes empresas (TEODORO, 2017, P. 7). A barreira, formada justamente por influências ocultas e culturais, são vinculadas aos contextos familiares de má divisão dos cuidados e agressões contra mulheres, que implicam em consequências danosas às mulheres.

É importante traçar, ainda, representações sociais com o perfil dos agressores. A partir de depoimentos, Vannucia Karla de Medeiros Nóbrega, João Mário Pessoa Júnior, Ellany Gurgel Cosme do Nascimento e Francisco Arnaldo Nunes de Miranda em “Renúncia, violência e denúncia: representações sociais do homem agressor sob a ótica da mulher agredida” traçaram esse perfil nas etapas que envolvem o fim de um ciclo de agressão contra as mulheres: a) o aprisionamento da mulher; b) significações da violência e, enfim, a c) a ruptura do ciclo violento -às que conseguem chegar ao fim deste ciclo. Sobre essas etapas, interessante analisar os discursos, que contém grande carga simbólica. A começar pelo aprisionamento da mulher:

“Durante 5 anos de casamento vivi para cuidar da casa, da nossa filha, dele, e ainda trabalhar fora. E nem podia administrar meu próprio dinheiro, era ele quem dizia o que fazer. Minha vida se resumia a isso. Fui me consumindo, uma sensação de esgotamento tão grande, não sentia mais prazer em ser casada.”

“Ele dizia: “Cala a boca, senão você apanha (enfática). Você está errada, o certo aqui sou eu (enfática)”. Todo relacionamento tem que haver respeito, coisa que ele não tem por mim. Acho que eu não me amava pra ser tão submissa assim.”

“Ele dizia: “Você tem que fazer suas obrigações de esposa, você é minha mulher (enfática).” Era como se eu fosse um objeto, uma propriedade dele.”

“Jamais eu poderia dizer um não (enfática): Não, eu não quero ter relações com você! Isso já era motivo para ser agredida (NÓBREGA et al, 2019, p. 2661).”

O aprisionamento da mulher, portanto, é fase angustiante a qual a vítima se distancia de pessoas de seu convívio, isolando-se e permanecendo ainda mais próxima de seus parceiros, que em certos casos, tornam-se algoz da relação amorosa. Em seguida, para os autores, é importante analisar as significações da violência, representadas nos discursos a seguir. Para os autores, o companheiro idealizado passa à condição de agressor:

“Violência para mim é soco, tapas, porradas, bofetes. Ele só me deu uma, eu fiquei paralisada, pasma. Fui à DEAM e fiz a denúncia.”

“Violência é uma impunidade contra a mulher, porque, além de ser frágil, a mulher não tem força contra um homem.”

“Por exemplo, ele me chamou de prostituta, dizendo que eu tinha um caso com outro homem porque faz um ano que não tenho mais nada com ele. E isso machuca (choro).”

“Violência, para mim, pode ser uma agressão tanto física quanto verbal. Às vezes um homem não agride uma mulher com uma faca, mas agride com uma palavra, uma difamação, e isso é uma grande violência.”

“Essa falta de liberdade de expressão, de não poder expressar o que eu estava sentindo, fosse alegria ou tristeza, nem mesmo as próprias vontades, usufruir do meu próprio dinheiro, era violência e infelizmente eu não conseguia enxergar ou reconhecer. Só fui entender, de fato, o que eu vivia em casa, quando comecei a trabalhar no CRMC, através dos estudos, participando das discussões, da convivência com outras mulheres [...]”

“Pra começar, eu nunca tinha tido um relacionamento, sempre fui muito de estudar, sendo esta minha primeira experiência. Criei expectativas, sonhei com o relacionamento, com a construção que se iniciava. Então, quando as agressões começaram, foi um impacto muito grande para mim. Ao ver esse mundo diferente, a primeira coisa que eu pensava era em acabar com minha vida.”

“Hoje eu o vejo como um monstro, um carrasco. Assim como se fosse um nazista que me levasse para um campo de concentração e ficasse me ferindo, me obrigando a fazer coisas que eu não quero.”

“Essa pessoa significa para mim perigo, eu não confio mais nele (NÓBREGA et al, 2019, p. 2662).”

Em um terceiro momento, há a ruptura do ciclo da violência, com a aceitação da condição em que estão, a tentativa de sair desse ciclo e a busca por ajuda, tal como:

“Vivi momentos de tristeza e sofrimento, perdi a cor. Cansada, resolvi começar de novo escrevendo uma nova história. Não foi assim que sonhei com um casamento e com uma família, suportei além das forças, agora eu vou denunciar, dizer: chega! (enfática).”

“Eu não aguento mais estar apanhando e meu filho vendo. Eu tenho um filho que não pediu para vir ao mundo, mas, também, não posso submetê-lo a uma vida de sacrifício e sofrimento.”

“Eu convivi com ele durante 3 anos e todo esse tempo eu sofri violência, aguentei calada até quando eu engravidei, foi então que resolvi denunciar, dar um basta naquela situação. Eu vou tentar ter outra vida com meu filho que vai nascer.”

“Sonho com uma casa feliz, ajeitadinha, com todas as minhas coisas no lugar. Desejo paz para viver em família com meus filhos. Certeza que com fé em Deus eu vou conseguir. (Selma) Com fé em Deus eu sei que posso. Eu e meus filhos vamos ser muito felizes ainda. (Nina) Já estou estudando, aprendi a dirigir, hoje tenho meu trabalho e vivo minha vida intensamente. Ah! (risos), quero arranjar uma pessoa para mim também.”

“É até estranho olhar para ele hoje e ver que não sinto nenhum tipo de sentimento. Nem raiva, nem amor. Hoje para mim ele não significa nada. É alguém sem valor (NÓBREGA et al, 2019, p. 2663).”

Desse modo, o retrato da violência contra a mulher perpassa a questões que envolvem toda a sociedade, prejudicando famílias, filhos que assistem, mulheres que perdem sua dignidade, oportunidades profissionais e sociais.

Nesse sentido, como oportunidade e proteção social, o direito ao trabalho desponta como primordial a assegurar a dita “liberdade substantiva” e proteção a dignidade da pessoa humana àquelas que estão em situação de violência doméstica.

Já a segunda dificuldade das mulheres diz respeito às imagens de gênero das mulheres (ii). Sobre imagens de gênero, essas seriam estereótipos, verificadas desde as primeiras etapas da socialização até a inserção no mercado de trabalho.

As mulheres, infelizmente, ainda são ligadas a imagens de gênero associadas ao trabalho reprodutivo, ao ambiente doméstico e à maternidade, que não são bem-vistos pelo mercado produtivo. Desse modo, há distintas imagens de gêneros no mercado de trabalho entre mulheres e homens, tornando, conseqüentemente, desigual a entrada, ascensão e permanência nos postos de trabalho entre os gêneros (ABRAMO, 2010, P. 12).

Nesse sentido, forma-se dentro do mercado de trabalho “territórios femininos” e “territórios masculinos”, em que o gênero é levado em conta para hierarquizar trabalhos, a partir da formação das imagens de gênero respectivas (ABRAMO, 2010, p. 69-73; BITARÃES, 2019, P.149).

A hierarquia atribuída às mulheres é, ainda, secundária. A razão para tanto seria pela imagem de gênero da mulher ainda muito vinculada ao ambiente doméstico, que seria mais “cara” pelas questões da maternidade - que são financiadas, em sua maioria, pelo sistema de previdência social - sem estudos concretos a respeito, criando-se o imaginário da mão de obra feminina como secundária, sem evidências concretas para consolidação dessa opinião (ABRAMO, 2010, p. 69-73).

Por todas as dificuldades expostas, desde a injusta divisão de cuidados, privação de seu desenvolvimento pessoal de mulheres dependentes economicamente de seus companheiros, estigmas e a situação de violência doméstica, observa-se que é necessário repensar políticas assecuratórias de renda e trabalho às mulheres. Principalmente àquelas em situação delicada de violência doméstica.

A questão da violência doméstica demonstra a necessidade de se repensar dinâmicas relacionadas ao tema. É importante pensar em formas de se retirar as mulheres do âmbito privado e inserindo-as cada vez mais no âmbito público, garantindo aparatos estatais para conter a violência, como também para distribuir renda e incentivar a participação de mais mulheres no mercado de trabalho.

3. Lei Maria da Penha - importância e desafios para combate à violência contra mulher

A Lei 11.340 de 2006 trouxe profundas rupturas na sociedade, buscando tratar de forma global o problema da violência doméstica, e não apenas em uma ótica punitivista.

Dentre essas formas, ampliou-se os instrumentos para viabilizar a proteção, acolhimento emergencial da vítima, de forma isolada de seu agressor, além de assistência social (CERQUEIRA et al, 2019, p.7).

Importante mencionar que os tipos de violência rechaçados pela Lei Maria da Penha, compõem atos, praticados de forma isolada ou cumulativa, envolvendo a violência física, moral, psicológica, patrimonial e sexual, ampliando as possibilidades de proteção para combate desses danos.

Até a sanção da lei, os crimes praticados em âmbito doméstico eram julgados a partir da Lei dos Juizados Especiais, Lei n. 9099, como de menor potencial ofensivo, com rito simplificado, possibilidade de negociação das ofensas a valores patrimoniais. Com o novo texto legal, aos crimes praticados nesse sentido, não cabe a aplicação, tal qual art. 41 da lei:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A celeridade, simplificação, são características importantes que devem estar presentes em um processo que tenha por objeto agressões em âmbito doméstico. Nesse sentido, embora não seja aplicada a Lei n. 9099, existem Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que são regidos pelas “*normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei*”, tal como estabelecido em Art. 13 da lei em questão.

Contudo, é importante também pensar em políticas públicas para além da contenção, mas também de possibilidades de ampliação da autonomia das mulheres, afastando-se da condição de subordinação em seus lares.

Importante refletir que a subordinação das mulheres com relação a seus cônjuges era inclusive amparada pela lei. A ilustrar, apenas em 1995 houve revogação do Art. 35 do Código de Processo Penal, que previa: “*A mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele*” (BRASIL, 1941).

Desse modo, observa-se que são recentes os debates sobre igualdade de gênero; estratégias para combater feminicídios e crimes cometidos contra a mulher; garantia da divisão justa de cuidados e assegurar autonomia financeira, social e pessoal das mulheres.

Como alternativa a tópicos supracitados, este artigo desponta o direito fundamental ao trabalho como possível garantidor da autonomia, renda e bem-estar das mulheres, que será tratado no próximo tópico.

4. Direito ao trabalho como ferramenta emancipatória à autonomia das mulheres

O Direito ao Trabalho é direito fundamental assegurado na Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Esse direito, disposto em Art. 6º, deve ser garantido de forma compatível aos pilares do Estado Democrático de Direito e ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Embora o constituinte tenha disposto como direito social o trabalho com a redação do Art. 6º², há uma perceptível preferência do constituinte que seja assegurado às pessoas o direito a uma “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa*”.

O direito ao trabalho digno às mulheres, principalmente àquelas em situação de violência doméstica, é protegido no Art. 3º da Lei 11.340 de 2006, tal qual (grifos nossos):

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia,

² “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, **ao trabalho**, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput (BRASIL, 2006).

Para preservar a integridade física e psicológica das mulheres, em Art. 9º, §2º, II da Lei Maria da Penha, judicialmente o magistrado poderá assegurar a preservação do vínculo de emprego, quando precisar afastar-se do local de trabalho, em até 06 (seis) meses:

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

(...)

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (BRASIL, 2006).

Além do artigo citado, o Art. 8º da mesma Lei propõe um conjunto articulado de ações estatais para coibir a violência doméstica e familiar, com integração operacional que tem por diretrizes o trabalho:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, **trabalho** e habitação (BRASIL, 2006)

Em razão das inúmeras consequências sociais, listadas anteriormente neste artigo, a respeito da violência doméstica e familiar, o Constituinte de 1988 trata a temática como “questão de estado”, cabendo a ele criar mecanismos para coibir a violência no Âmbito das relações, a saber:

Art. 226. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações

Embora sejam de grande importância para a preservação da integridade física, renda e emprego das mulheres os dispositivos elencados, é importante, para que se realmente garanta o direito ao trabalho digno por essas mulheres, que haja uma proteção de outros direitos, uma vez que o direito ao trabalho tem “caráter multidimensional”.

Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida explicam o caráter multidimensional do Direito ao trabalho:

a) na sua dimensão individual, o direito ao trabalho, como previsto na Constituição, contempla o direito: de **acesso a um posto de trabalho** (art. 6º); à **educação e formação para o trabalho** (arts. 205, 214, IV, e 227, §3º, I a III); de **não ser dispensado de forma discriminatória** (art. 7º, I); à manutenção do posto de trabalho alcançado nas situações estabelecidas pela ordem jurídica (arts. 8º, VIII, e 10, II, b, do ADCT); de não se sujeitar à sindicalização ou à não sindicalização como condição para a contratação (art. 8º, V); de não discriminação em matéria de admissão ou permanência no emprego (arts. 3º, IV, 5º, XLI, 7º, XX e XXX); à proteção contra a dispensa discriminatória ou sem justa causa (art. 7º, I) e a dispensa antissindical (art. 8º) (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 118)

Assim, conforme ensinam os autores, o direito ao trabalho digno não diz respeito apenas a acessar determinado posto de trabalho. O direito ao trabalho envolve um grande complexo de garantias e direitos para que se tenha adequada e nivelada condições para entrada no mercado de trabalho - a partir do aprimoramento da educação e formação para o trabalho- como também o direito a se manter no trabalho, em uma relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Sendo o direito ao trabalho digno um direito fundamental, carrega-se, portanto, características próprias dos direitos fundamentais, tais quais: (a) universais e absolutos; (b) historicidade; (c) inalienabilidade/ indisponibilidade; (d) constitucionalização; (e) vinculação dos poderes públicos; (f) aplicabilidade imediata (MENDES; BRANCO, 2018, p. 244-249).

Dentre essas características, cumpre salientar a respeito da (e) vinculação dos poderes públicos e da (f) aplicabilidade imediata.

A vinculação dos poderes públicos (f), diz respeito a obrigação dos poderes executivo, legislativo e judiciário de zelarem pela aplicabilidade dos direitos fundamentais, uma vez que o poder constituinte cria os poderes constituídos, que devem seguir todos os ditames constitucionais.

A citar possibilidades e cumprimentos da aplicabilidade do direito fundamental ao trabalho digno pelos três poderes, com o escopo de acesso a trabalho pelas mulheres vítimas de

violência doméstica e familiar, têm-se, com relação ao poder legislativo, a nova lei de licitações, nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

O novo texto legal prevê a possibilidade de editais de licitações exigirem que haja percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação constituído por mulheres vítimas de violência doméstica. Além disso, prevê que para critérios de desempate entre licitantes, pode-se optar por propostas que disponham sobre desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho.

Quanto a ações do poder executivo, é necessário sempre se repensar políticas públicas voltadas às especificidades locais. Bona (2019, p. 113), em análise de programas de trabalho e renda, comenta que grande parte deles foram feitos sem mapeamentos que permitissem traçar o perfil das mulheres que participavam, bem como que catalogasse os resultados das políticas públicas.

Para a autora, entretanto, programas que estimulam o fomento da qualificação profissional, perpassam, ainda, por discussões para educação e formação ao trabalho, que estimulam aprendizados, melhora da autoestima e empoderamento a partir dos conhecimentos obtidos (BONA, 2019, p. 114).

Enfim, com relação ao Poder Judiciário, observa-se que, pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como as previsões relacionadas, cabe ao magistrado zelar pela proteção ao trabalho às vítimas de violência doméstica. No caso a seguir, o TST fixou competência da justiça do trabalho para julgar a licitude da negativa da empregadora em negar pedido de transferência do local de trabalho, em razão de situação de violência contra a mulher:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST E INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CAUSA DE PEDIR REMOTA. SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. LEI MARIA DA PENHA. CAUSA DE PEDIR IMEDIATA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE TRANSFERÊNCIA NEGADO PELA EMPREGADORA. DEMANDA ORIUNDA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Cinge-se a discussão acerca da competência material desta Justiça especializada para julgar o pleito formulado pela reclamante, a qual, por motivo de estar sofrendo situação de violência doméstica e familiar, requereu à reclamada, administrativamente, sua transferência para outra localidade. Tal solicitação administrativa "foi negada pela EBSERH, sob os argumentos de ausência de cadastro de reserva e inadequação aos critérios de movimentação previstos na norma interna nº 06/2015 da Empresa". Assim, ao

contrário do que alega a agravante, a demanda movida pela reclamante contra a sua empregadora não decorre diretamente da situação por aquela vivenciada, de agressões e violência doméstica e familiar. Em verdade, tais agressões são o motivo remoto da causa de pedir, sendo que a causa petendi imediata da demanda "está exatamente sobre o pedido administrativo de transferência, o qual foi indeferido pela reclamada". O artigo 114, inciso I, da Constituição Federal dispõe que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "as ações oriundas da relação de trabalho". Na situação em apreço, conforme referido, a discussão decorre diretamente da relação de trabalho havida entre as partes, pois o pedido administrativo realizado pela reclamante, de transferência do local de trabalho, lhe foi negado. Esclarece-se que a questão ora tratada não se confunde com as hipóteses previstas no artigo 9º, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 11.340/2006, sendo aquelas hipóteses, sim, de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, ou supletivamente, das varas criminais. Isso porque, naquelas hipóteses, em sendo a vítima servidora pública, pode o juiz da ação determinar sua remoção, ou sendo empregada, o afastamento do local do trabalho e manutenção do vínculo de emprego. Ou seja, trata-se de hipótese legal de suspensão do liame empregatício por ordem judicial, sem a percepção de remuneração. Contudo, não é este o pleito realizado no caso em análise. Ademais, a pretensão envolve a licitude ou a ilicitude do ato diretamente praticado, realizada pela reclamada, qual seja sua negativa do pedido administrativo de transferência. Pelo exposto, correta a decisão regional em que se reconheceu a competência desta Justiça especializada, não havendo que se falar em violação dos artigos 114, inciso I, da Constituição Federal e 9º, § 2º, incisos I e II, 14 e 33 da Lei nº 11.340/2006. Agravo de instrumento desprovido" (BRASIL, 2018).

Desse modo, é de suma importância que os três poderes, vinculados a assegurar direitos fundamentais, atuem de forma a garantir o direito ao trabalho, principalmente ao trabalho digno às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, escopo deste artigo. Garantindo-se trabalho digno, garante-se renda, autoestima, autonomia e qualidade de vida, devendo o poder público desenvolver cada vez mais medidas nesse sentido.

5. Conclusão

O presente artigo buscou analisar motivos que prejudicam a entrada e permanência das mulheres no mercado de trabalho.

Foram apontados como principais fatores aqueles relacionados a vida extralaboral em âmbito doméstico, ao qual as mulheres são responsabilizadas por tarefas de cuidado, minando tempos do trabalho produtivo; vivências, dentro do próprio lar, de hostilidades e agressões, físicas, psicológicas, bem como imagens estereotipadas de gênero que prejudicam esse acesso.

Para assegurar a entrada e permanência das mulheres no mercado de trabalho, especialmente às vítimas de violência doméstica e familiar, este artigo propõe a proteção ao

direito fundamental ao trabalho digno. A proteção a esse direito pode ser precursora da autonomia financeira, empoderamento e garantia da autoestima dessas mulheres, livrando-as de ambientes domésticos hostis e de submissão.

Em sendo o direito ao trabalho digno um direito fundamental, observa-se que a sua aplicabilidade é imediata. Assim, é substancial a garantia do direito ao trabalho, munido do complexo de garantias contra dispensas discriminatórias, acesso à educação e formação para o trabalho, para que seja, efetivamente, meio de garantia da autonomia das mulheres nessas condições.

6. Referências Bibliográficas

ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária? 2007**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 20 de agosto de 2007.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do trabalho e constituição: A constitucionalização do Direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BITARÃES, Ana Cecília de Oliveira. **Por uma Lente de cuidados**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022.

BITARÃES, Ana Cecília de Oliveira; SANTOS, Michel Carlos Rocha. Da condição da mulher em contexto de precarização da mão de obra. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 65, n. 99, p. 139-163, jan./jun. 2019.

BONA, CAMILA. **Dependência econômica e violência doméstica: o duplo grau de vulnerabilidade das mulheres e as políticas públicas de trabalho e renda**. Dissertação para obtenção do título de mestre pela UNESC. Criciúma, 2019.

BORDERÍAS, Cristina; CARRASCO, Cristina; TORNS, Teresa. **El trabajo de cuidados: antecedentes históricos y debates actuales**. In: El trabajo de cuidados: Historia, Teoría y políticas. Madrid: Catarata. 2011.

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n. 608-59.2017.5.10.0014, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, Diário Eletrônico da Justiça do trabalho: 14/12/2018.

CERQUEIRA, Daniel, et al. **Avaliando a efetividade da lei maria da penha**. N. 2048. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, 2015.

GUIMARÃES, Nadya Araújo. **A Emergência do Cuidado: Nomear, Reconhecer, Obscurecer**. In: GUIMARÃES, Nadya Araújo; HIRATA, Helena Sumiko. O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades. Cotia: São Paulo. Ateliê Editorial, 2020.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: Episódios de racismo cotidiano**. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Série IDP **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. Edição do Kindle.



NÓBREGA, Vannucia Karla de Medeiros *et al.* **Renúncia, violência e denúncia:** representações sociais do homem agressor sob a ótica da mulher agredida. *Ciência, saúde coletiva*. n. 24. V. 7. 2019. [DOI://doi.org/10.1590/1413-81232018247.16342017](https://doi.org/10.1590/1413-81232018247.16342017)

SOUZA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n1p9>

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro**. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; VIANA, Márcio Túlio, Almeida, Cleber Lúcio de; Nogueira, Sabrina Colares. (Org.). V Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2017, v. 1.

Das feiticeiras aos monstros: a punição da mulher criminosa na perspectiva de gênero e o julgamento de Pauline Nyiramasuhuko

From witches to monsters: the punishment of criminal women from the gender perspective and the judgment of Pauline Nyiramasuhuko

Fernanda Ravazzano L. Baqueiro¹

Flávia Grazielle da Silva Araújo²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este artigo tem por finalidade discutir o tratamento dispensado à mulher criminosa sob a perspectiva de gênero, debruçando-se, especificamente, sobre o julgamento do Tribunal Penal Internacional de Ruanda no caso de Pauline Nyiramasuhuko. Dessa forma, busca refletir sobre a seguinte pergunta orientadora: historicamente, o gênero feminino é utilizado como argumento para se punir, agravar ou mesmo atenuar a pena? Para tanto, através do uso do método hipotético-dedutivo, a partir de uma abordagem qualitativa de revisão bibliográfica e jurisprudencial, se irá analisar a construção histórica da punição da mulher, a disposição de seus corpos pelas instâncias oficiais das diferentes formas de Estado, conferindo enfoque na influência do patriarcado, para, em seguida, se debruçar especificamente sobre o julgamento de Pauline Nyiramasuhuko pelo TPIR e o uso de argumentos de gênero para fundamentar a punição (ou sua impossibilidade), bem como a incidência de eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes. Não obstante, interessará ainda permear a discussão com leituras da criminologia feminista, destacando sua importância para o debate, e, inclusive, a consideração do estupro como crime de genocídio, *pari passu* ao próprio julgamento de Pauline pelo TPIR.

¹ Doutora e Mestra em Direito Público pela UFBA – Universidade Federal da Bahia, Pós-doutorado em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (Espanha), Pós-Doutoranda em *Criminal Compliance* pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro; professora do Mestrado e Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania da UCSal. Professora do Mestrado e da graduação em Direito da UCSal. Conselheira Estadual da Ordem dos advogados do Brasil, Seção Bahia (gestão 2019-2021; 2022-atual). Presidente da Comissão de Ciências Criminais da OAB-Ba. Fundadora do Instituto *Compliance* Bahia (ICBAHIA). Diretora do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Associada da ABRACRIM (Associação Brasileira de Advogados Criminalistas). Membro do CPJM (Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance professor João Marcello de Araújo Jr.). Advogada sócia do Escritório Thomas Bacellar Advogados Associados.

² Mestra em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Pós-graduada em Direito Civil pelos cursos JusPODIVM. Advogada e professora.

Palavras-chave: mulher e crime; perspectiva de gênero; genocídio em Ruanda; TPIR; estupro.

Abstract: This article aims to discuss the treatment given to female criminals from a gender perspective, focusing specifically on the judgment of the International Criminal Court of Rwanda in the case of Pauline Nyiramasuhuko. In this way, it seeks to reflect on the following guiding question: historically, is the female gender used as an argument to punish, aggravate or even mitigate the penalty? Therefore, through the use of the hypothetical-deductive method, from a qualitative approach of bibliographical and jurisprudential review, the historical construction of the punishment of women will be analyzed, the disposition of their bodies by the official instances of the different forms of State, checking focus on the influence of patriarchy, then specifically on the trial of Pauline Nyiramasuhuko by the ICTR and the use of gender arguments to justify the punishment (or its impossibility), as well as the incidence of any aggravating or mitigating circumstances. Nevertheless, it will still be interesting to permeate the discussion with readings of feminist criminology, highlighting its importance for the debate, and even the consideration of rape as a crime of genocide, *pari passu* to Pauline's own trial by the ICTR.

Keywords: woman and crime; gender perspective; genocide in Rwanda; TPIR; rape.

1. Introdução

O presente estudo irá se debruçar sobre a discussão acerca do crime e gênero, especificamente, o uso do gênero feminino como fundamento para se punir, agravar a pena ou atenuar a pena. Para tanto, busca-se analisar o julgamento da Ministra da Família e Assuntos da Mulher do governo interino de Ruanda, Pauline Nyiramasuhuko, primeira mulher condenada internacionalmente pelo crime de estupro pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Através do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, a presente pesquisa realizará uma revisão bibliográfica, com uso de livros e artigos nacionais e internacionais, analisará também a jurisprudência do TPIR, por meio de uma abordagem qualitativa, objetivando refletir sobre o uso dos argumentos de gênero para punir, justificar um crime e mesmo a influenciar na dosimetria da pena.

Pretende-se, portanto, no primeiro capítulo questionar a objetificação do corpo feminino pelo patriarcado, com a conseqüente subjugação aos estereótipos definidos na sociedade como

a serem ocupados pela mulher, taxando-as de “feiticeiras” ou mesmo “monstros” quando fogem do padrão desejado. Não obstante, a sujeição da mulher ao quanto imposto pelo homem, com a consequente definição da forma pela qual ela pode viver, e mesmo morrer, será fruto deste tópico, analisando-se ainda brevemente a síndrome de Potifar. Para tanto, serão utilizados referências da criminologia feminista, como Bell Hooks, Saffiotti, Angela Davis e Simone de Beauvoir.

Em um segundo momento será abordado o genocídio em Ruanda e os dois principais temas que permeiam o julgamento realizado pelo TPIR: a condenação da primeira mulher internacionalmente pelo crime de estupro, analisando-se o discurso utilizado pela acusação, defesa, testemunhas e mesmo julgadores, buscando-se perquirir se houve influência dos argumentos que se referem aos estereótipos do gênero feminino para a própria configuração do crime, inclusive a possível incidência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como, se verificará a consideração do crime de estupro como forma de genocídio.

Neste sentido, serão analisados textos históricos, pesquisas empíricas e os acórdãos do julgamento de Pauline Nyiramasuhuko, a fim de retomar a pergunta problema desta pesquisa, buscando constatar se, de fato, houve o uso de argumentos de gênero para a discussão dos crimes perpetrados.

2. As feiticeiras e os monstros: a figura da mulher nos estudos da criminologia

Passa-se, neste primeiro capítulo de conteúdo, a estudar os padrões de comportamento elaborados para a ocupação feminina e a influência do patriarcado na construção dos estereótipos, bem como o tratamento dispensado à mulher quando ousa rompê-los.

2.1 A subjugação feminina instrumentalizada pelo patriarcado

A estrutura social está calcada em uma lógica predominantemente masculina, em que os homens detêm poder e privilégios. Trata-se de um complexo sistema de discriminação, opressão e reificação do gênero feminino, tratado como propriedade, não sujeito de direitos, embora cercado de deveres. Há, pois, uma hierarquização desta estrutura, onde o homem branco ocupa o vértice desta pirâmide. Em todo o mundo, fala-se nas discrepâncias salariais, na

diferença no acesso à educação, limitação do direito ambulatorial, a violência e tantas outras formas de opressão impostas ao gênero feminino¹.

O termo patriarcado é utilizado pelo movimento feminista sob um viés político e estrutural, assim entendido como uma organização de poder na qual o homem impõe diretrizes e regras de dominação, por meio de um aparato estatal e ideológico que fundamenta a manutenção da subjugação feminina. Nas palavras de Bell Hooks:

Eu queria que tivessem uma resposta para a pergunta “o que é feminismo?” que não fosse ligada nem a medo nem a fantasia. Queria que tivessem esta simples definição para ler repetidas vezes e saber que: “Feminismo é um movimento para acabar com sexismo, exploração sexista e opressão.” Adoro essa definição, que apresentei pela primeira vez há mais de dez anos em meu livro *Feminist Theory: From Margin to Center*. ** Adoro porque afirma de maneira muito clara que o movimento não tem a ver com ser anti-homem. Deixa claro que o problema é o sexismo. E essa clareza nos ajuda a lembrar que todos nós, mulheres e homens, temos sido socializados desde o nascimento para aceitar pensamentos e ações sexistas. Como consequência, mulheres podem ser tão sexistas quanto homens. Isso não desculpa ou justifica a dominação masculina; isso significa que seria inocência e equívoco de pensadoras feministas simplificar o feminismo e enxergá-lo como se fosse um movimento de mulher contra homem. Para acabar com o patriarcado (outra maneira de nomear o sexismo institucionalizado), precisamos deixar claro que todos nós participamos da disseminação do sexismo, até mudarmos a consciência e o coração; até desapegarmos de pensamentos e ações sexistas e substituí-los por pensamentos e ações feministas.

Homens, como um grupo, são quem mais se beneficiaram e se beneficiam do patriarcado, do pressuposto de que são superiores às mulheres e deveriam nos controlar. Mas esses benefícios tinham um preço. Em troca de todas as delícias que os homens recebem do patriarcado, é exigido que dominem as mulheres, que nos explorem e oprimam, fazendo uso de violência, se precisarem, para manter o patriarcado intacto. A maioria dos homens acha difícil ser patriarca. A maioria dos homens fica perturbada pelo ódio e pelo medo de mulher e pela violência de homens contra mulheres, até mesmo os homens que disseminam essa violência se sentem assim. Mas eles têm medo de abrir mão dos benefícios. Eles não têm certeza sobre o que vai acontecer com o mundo que eles já conhecem tão bem, se o patriarcado mudar. Então acham mais fácil apoiar passivamente a dominação masculina, mesmo quando sabem, no fundo, que estão errados. Repetidas vezes, homens me falam que não têm a menor ideia de o que feministas querem. Acredito neles. Acredito na capacidade que eles têm de mudar e crescer. E acredito que, se soubessem mais sobre feminismo, não

¹ Convém trazer à lume as críticas conceituais em torno da palavra “gênero”. De acordo com Joan Scott, a utilização do mencionado termo passou a ser difundida entre feministas americanas com o objetivo de afastar o determinismo biológico advindo da expressão “diferença sexual”. A autora entende que as mulheres, ao preferirem o termo gênero, buscam uma aceitação academicista ao estudo feminista. Neste sentido, assevera: “o uso do termo ‘gênero’ visa sugerir a erudição e a seriedade de um trabalho, pois ‘gênero’ tem uma conotação mais objetiva e neutra do que ‘mulheres’. ‘Gênero’ parece se ajustar à terminologia científica das ciências sociais, dissociando-se, assim, da política (supostamente ruidosa) do feminismo”. (SCOTT, 1990, p. 75).

teriam mais medo dele, porque encontrariam no movimento feminista esperança para sua própria libertação das amarras do patriarcado. (HOOKS, 2018, p.10).

A ingerência da dominação masculina ocorre, pois, por meio de uma complexa estrutura social que impõe os direcionamentos a serem seguidos pelos cidadãos desde o seu nascimento. Via de consequência, o exercício contínuo destas diretrizes acarreta uma naturalização dos esquemas de poder. Em outras palavras, é possível afirmar que a lógica de imposição dos valores sexistas ocorre de forma automatizada, estando arraigada no subconsciente coletivo como algo normal, inerente à condição humana.

A educação, a religiosidade, a cultura, o ordenamento jurídico, entre outros fatores de poder, são instrumentos imprescindíveis para a manutenção desta dinâmica, reverberando ideologias dominantes que se propõem a justificar a existência de privilégios usufruídos por determinados grupos em detrimento de outros. Deste modo, constrói-se, no imaginário coletivo, a concepção de que a organização social decorre da inerente capacidade masculina em exercer o poder, em contraposição à falta de aptidão feminina para tanto.

Os instrumentos utilizados para a perpetuação desta lógica sofreram alterações ao longo do tempo. Apenas a título de exemplo, durante a Idade Média, período em que a Igreja Católica exercia o controle das instituições políticas, a dominação masculina exercida pelo patriarcado, era justificada com base em argumentos religiosos, nos quais a mulher era vista como responsável pelo declínio da humanidade. Já durante o sec. XIX, período fortemente marcado pela ascensão da racionalidade científica, enquanto linha de pensamento apta a explicar todos os fenômenos sociais e biológicos que regiam a sociedade, a subjugação feminina passou a ser justificada como uma condição biológica, inerente à sua natureza.

Portanto, as diferenças biológicas existentes entre homens e mulheres foram largamente utilizadas como justificativas científicas para a imposição da dominação masculina, sedimentando-se, de forma impositiva e hierarquizada, a divisão do trabalho e das funções sociais exercidas por ambos os gêneros. A mulher foi privada do acesso à educação e ao mercado de trabalho, competindo-lhe, tão somente, o papel de esposa e dona de casa. Gerda Lerner discorre acerca do tema no seguinte sentido:

[...]defensores científicos do patriarcado justificavam a definição de mulheres pelo papel materno e pela exclusão de oportunidades econômicas e educacionais como algo necessário para a sobrevivência da espécie. Era por causa da constituição biológica e da função materna que mulheres eram consideradas inadequadas para a educação superior e muitas atividades vocacionais. Menstruação, menopausa e até gravidez

eram vistas como debilitantes, doenças ou condições anormais, que incapacitavam as mulheres e as tornavam de fato inferiores. (LERNER. 2019. p 45).

A construção de papéis e performances de gênero foram enraizadas na Idade Média, e toda aquela que não obedecesse às regras sociais impostas, eram severamente punidas sob a alegação de prática de bruxarias. A Santa Inquisição atuou, então, como um aparelho de repressão feminino implementado pela igreja. Jean-Michell Sallman (SALLMAN. 2002. p 42) assinala que, na França, 82% dos condenados por feitiçaria eram mulheres; na Inglaterra, esse número chega a 91%. O autor aponta, ainda, taxas semelhantes em toda a Europa.

A figura da feiticeira foi construída no imaginário coletivo, passando a ser objeto de pavor e ódio entre a população. O perfil físico dessas mulheres poderia variar de acordo com as circunstâncias e as características das pessoas a quem se desejava punir. Deste modo, “bruxas” poderiam ser anciãs (detentoras de conhecimentos medicinais), jovens (acusadas de sedução, adultério, corrupção), e até mesmo crianças. De acordo com pesquisadores, um ponto em comum a ser notado dentre essas vítimas, é o seu conhecimento, prestígio social ou poder de influência. Acerca do tema, Zordan afirma que *“Toda expressão de poder por parte de mulheres desembocava em punição”*. (ZORDAN, 2005).

Neste período, no ano de 1486 o clérigo dominicano *Heinrich Kramer (2015)* divulga o seu livro *“O martelo das feiticeiras”*, cujo conteúdo narra, de maneira altamente fantasiosa, formas de identificar bruxas, as atrocidades que estas poderiam cometer, e formas de puni-las. Este livro é um importante documento histórico, à medida que explicita a estrutura misógina construída durante a era medieval. Ademais, trata-se da primeira obra escrita a propor o sigilo e a isenção punitiva daqueles que denunciasses práticas consideradas demoníacas, o que possibilitou um alastramento dessas denúncias. Na obra, podemos encontrar fantasias como *“As bruxas, pelos poderes do diabo, transformam os homens em feras - essa a sua principal forma de transmutação”*, entre outras.

Partindo-se de uma perspectiva socioeconômica, o estudo do machismo, e da divisão performática das categorias de gênero, perpassa por uma análise do início da acumulação de capital no sistema capitalista. A transição da Idade Média para a Moderna trouxe, consigo, uma série de mudanças nas estruturas feudais. Deste modo, o processo de centralização de poder, e a gradativa transição de uma economia agrícola autossuficiente para uma economia de mercado, foram marcos importantes para a ascensão do Estado burguês.

A Revolução Francesa, e a sedimentação de um modelo econômico baseado nos ideais iluministas, teve o condão de colocar em xeque o absolutismo monárquico bem como a construção ideológica e política ancorada em ideais teocráticos. Filósofos e pensadores (a exemplo de Montesquieu, Rousseau, John Locke e Adam Smith) propunham novas formas de estruturação social, baseadas na premissa de limitação do poder e igualdade entre a população.

Simone de Beauvoir teve discussões acerca da natureza universalista concebida ao gênero masculino. De acordo com a autora, o homem ocupa a posição social de paradigma, todo aquele que não obedece às marcações sociais que o definem são considerados “outro”. A autora assevera que “o *homem representa o positivo e o neutro, a ponto de dizermos ‘os homens’ para designar os seres humanos*” (BEAUVOIR. 2000. p. 209).

Portanto, a definição de ser humano sob uma ótica universalista acaba por reproduzir inúmeras opressões, uma vez que há, na estrutura social, um regramento normativo que entende humanidade como homem, branco, heterossexual, detentor de poder econômico, o que acarreta, via de consequência, a invisibilidade de qualquer pessoa que não cumpra a esta padronização.

Frise-se, contudo, que a segmentação das funções sociais, exercidas em razão do gênero, não apenas privou as mulheres do acesso à instrumentos que lhes garantisse uma visibilidade política como, também, desvalorizou a importância de suas atribuições dentro desta dinâmica social, de forma que a tarefa educacional e de administração das atividades domésticas sofreram um paulatino processo de menosprezo e invisibilidade.

Com a ascensão do sistema capitalista, e a consequente mercantilização do processo produtivo, alastrou-se, ainda mais, o menosprezo das funções atribuídas ao gênero feminino, uma vez que estas não eram voltadas ao mercado de consumo, não tendo conteúdo econômico diretamente aferido.

Historiadores afirmam que a divisão social do trabalho remonta a épocas pré-históricas. No que concerne ao sistema feudal, por exemplo, era comum homens cuidarem da agricultura e mulheres serem responsáveis pela produção de manufaturas e utensílios necessários à rotina familiar. Deste modo, a divisão de atividades sempre foi comum desde as sociedades pré-capitalistas, contudo, com o advento da era industrial houve uma hierarquização dessas tarefas, o que acarretou no processo de subvalorização das atividades domésticas. Acerca do tema, convém trazer à baila explanação de Angela Davis:

Na verdade, o lugar da mulher sempre foi em casa, mas durante a era pré-industrial a própria economia centrava-se na casa e nas terras cultiváveis ao seu redor. Enquanto homens lavravam o solo (frequentemente com a ajuda da esposa), mulheres eram manufadoras, fazendo tecidos, roupas, velas, roupa, sabão e praticamente tudo que era necessário para a família. O lugar das mulheres era mesmo em casa – mas não apenas porque elas pariam e criavam as crianças ou porque atendiam às necessidades do marido. Elas eram trabalhadoras produtivas no contexto da economia doméstica, e seu trabalho não era menos respeitado do que o dos seus companheiros (DAVIS. 2016. p. 45).

Nestes termos, embora o patriarcado se manifeste em todos os setores da vida social – mormente no que tange à vida privada das mulheres, onde há uma prevalência da dominação masculina exercida por maridos e pais – não é possível afirmar que a base desta dominação se origine e estructure no âmago das relações familiares. Na realidade, a estrutura familiar é o reflexo da imposição dos fundamentos machistas ao qual a sociedade está politicamente ancorada.

A concepção do patriarcado extrapola uma perspectiva meramente privatista, tratando-se, pois, de um conceito essencialmente político, que perpassa por todas as esferas sociais, a exemplo da cultura, educação, religiosidade, sistema jurídico etc. Tal definição é de extrema importância para que esta dominação masculina seja concebida como fruto de uma organização de poder, aqui entendido enquanto coligação de indivíduos que mantém certa ordem estruturante com base na manutenção de seus interesses. Deste modo, entende-se que “*A diferença sexual é convertida em diferença política, passando a se exprimir ou em liberdade ou em sujeição. Sendo o patriarcado uma forma de expressão do poder político*”. (SAFFIOTI. 2019. p 57-58).

É neste sentido que se mantém as estruturas de poder sobre os corpos femininos, estando sempre a mulher subjugada ao prazer masculino.

2.2 A mulher feiticeira, a síndrome de Potifar e a figura do monstro

Não obstante, como visto no tópico anterior, a mulher é subjugada historicamente, competindo a ela ocupar sempre o papel do “sexo frágil”, que precisa de “cuidados” do homem forte, que irá salvá-la de seu destino. Na confecção dos personagens, tem-se sempre a mulher subalterna, que se mantém pura e serve ao homem; este, por outro lado, exerce o papel de herói, desbravador, forte que irá impor a ela sua vontade, para o seu “próprio bem”.

Dessa forma, a mulher quando ousa questionar o papel que lhe é atribuído é taxada de “louca” ou mesmo “monstra”. Se ela é vítima de um crime, notadamente sexual, sua palavra é questionada, não lhe é atribuída qualquer credibilidade, ou mesmo é taxada de “feiticeira”, por ter envolvido o homem com suas mentiras, atraindo-o para o crime. Se é autora de delitos, é um ser perverso, monstro, fugindo do padrão feminino.

Com efeito, quando há qualquer fator que ponha em ameaça a perpetuação da estrutura de dominação, a violência é utilizada como instrumento de intimidação e coerção. Desta forma, o patriarcado enraizou, na mentalidade masculina, uma concepção objetificada do gênero feminino, entendendo-o como ser humano de categoria inferior, cuja função primordial é a de satisfazer os interesses egóicos do homem. A violência física e simbólica é, então, cotidianamente perpetrada contra mulheres como modo de ratificar a conjuntura sociopolítica que as subjuga.

A utilização da violência torna-se, então, um mecanismo de manutenção, ou reafirmação, do poder. Tal mecanismo se consubstancia nas mais diversas esferas sociais, uma vez que a estrutura política é construída com base em hierarquias, onde imperam situações de privilégios e subjugações. Desta forma, a violência de gênero é entendida como mais uma dentre tantas outras violências utilizadas por aqueles que compõe as estruturas de poder.

A culpabilização da mulher pela violência ao qual foi submetida é fruto de um sistema de controles que impõem regras de conduta ao comportamento feminino. Tais regras estão embutidas em diversos mecanismos de manipulação social que se manifestam automaticamente no imaginário coletivo, a fim de satisfazer a manutenção dos privilégios de gênero usufruídos pelo homem. Heleieth Saffioti dispõe sobre o tema no seguinte sentido

Aliás, as mulheres são culpabilizadas por quase tudo que não dá certo. Se ela é estuprada, a culpa é dela, porque sua saia era muito curta ou seu decote ousado. (...). Se a educação dos filhos do casal resulta positivamente, o pai é formidável; se algo dá errado, a mãe não soube educá-los. Mais uma vez, a vítima sabe, racionalmente, não ter culpa alguma, mas, emocionalmente, é inevitável que se culpabilize.

Benedict tem mesmo razão: pelo menos para as mulheres, a civilização ocidental é a civilização da culpa. (SAFFIOTI. 2019. p. 67).

Embora o gênero feminino tenha passado por inúmeros processos emancipatórios e de autodeterminação, a exemplo da inserção no mercado de trabalho e em universidades, a estrutura de poder ainda é eminentemente patriarcal, em que os privilégios e as oportunidades

são destinados a homens brancos. Neste cenário, as mulheres são constantemente submetidas ao descrédito, no que concerne às suas capacidades.

Os instrumentos de manutenção de poder e *status quo* se manifestam em diversas esferas, fomentando o controle e a pressão sobre corpos femininos. A religiosidade, então, exerce forte influência sobre o imaginário coletivo, mormente no que concerne às regras de conduta a serem seguidas pelas mulheres. Neste sentido, percebe-se a permanência da concepção da mulher sob um ponto de vista dicotômico, ora tratada como ser pecaminoso, responsável pela “expulsão de Adão do paraíso”, ora tratada como ser celestial, reflexo da figura de Maria, mãe de Jesus Cristo.

Cria-se, assim, uma entidade ao redor da figura feminina, enraizando-se a ideia de castidade, não sexualidade, instinto maternal. A formação religiosa cristã contribui para a difusão uma visão antagônica acerca das performances do gênero feminino que, vezes é visto como objeto de pecado, vezes é visto como ser puro, destinado à concepção. Tal antagonismo, porém, encontra, na objetificação feminina, um ponto em comum, ou seja, em ambas as visões a mulher é tratada como não sujeito de direitos.

A concepção da mulher enquanto ser ardil e pecaminoso, é largamente utilizada como subterfúgio para eximir o homem das responsabilidades sobre as violências cotidianamente perpetradas contra o gênero feminino. Desta maneira, a deturpação do comportamento da vítima é largamente difundida como estratégia de defesa para inocentar os acusados da violência de gênero. As roupas, o comportamento, a autonomia sobre o próprio corpo, a independência financeira, a liberdade sexual feminina etc. são argumentos negativamente utilizados a fim de diminuir a reputação da vítima, conferindo ao agressor o papel infantilizado de seduzido, traído, não responsável por seus próprios atos.

Os estereótipos de gênero perpetuam a visão maniqueísta da figura feminina. Esta, é tratada como a principal causadora dos infortúnios acometidos pelo homem que, por sua vez, são tratados de forma infantilizada, como sujeitos incapazes de responder racionalmente por seus próprios instintos. Importante destacar que este estereótipo acompanha as mulheres desde a mais tenra idade.

A deturpação da conduta feminina, com o intuito de diminuir a sua reputação social e relativizar a gravidade da violência, é uma estratégia largamente utilizada em todas as esferas sociais na qual impera os valores da dominação patriarcal. O ordenamento jurídico é, então,

mais um mecanismo posto à disposição das categorias dominantes a fim de manter o seu poder. O que explica o fato de a exposição de motivos do Código Penal prever “o pouco recato da vítima” como ato a ser analisado no instante da dosimetria da pena.

A criminologia tece considerações doutrinárias no que concerne à conduta de imputação do crime de denunciação caluniosa nos crimes sexuais. A esta análise dá-se o nome de Teoria da Síndrome da Mulher de Potifar. Tal teoria, faz menção à uma história bíblica² na qual José, um dos servos mais leais e amados por Potifar, é assediado pela esposa de seu amo que, após inúmeras tentativas em vão, tenta agarrá-lo contra a sua vontade. Ao tentar fugir, um pedaço da roupa da senhora ficou nas mãos do escravo. Por não ceder às intenções da mulher, esta, a fim de vingar-se, acusa-o da tentativa de estupro.

A grande questão em torno desta teoria, repousa na relevância que se dá na possibilidade de mulheres cometerem imputações caluniosas em casos de crimes sexuais. Tal situação é perfeitamente possível, contudo, a hipótese de haver falsas acusações nestes crimes não é diferente da existência de falsas acusações em torno de qualquer outro tipo penal. Apesar disso, a criminologia restringe seu estudo teórico para os casos de imputação caluniosa cometida nos crimes sexuais, os quais o gênero feminino configura como vítima prioritária.

A Teoria da Síndrome de Potifar visa, essencialmente, analisar as hipóteses em que homens são vítimas de imputações caluniosas relacionadas a crimes sexuais. Como dito, embora as falsas imputações ocorram corriqueiramente nos mais diversos tipos penais, a doutrina preocupou-se em analisar as hipóteses em que homens, majoritariamente, podem ser vítimas de acusações inverídicas. Percebe-se, pois, a preocupação doutrinária e jurisprudencial em proteger a imagem e a reputação masculina.

Via de consequência, o enfoque dado aos casos de imputação caluniosa torna-se maior do que aquele conferido aos crimes sexuais em si, o que contribui, sobremaneira, para o descrédito da sociedade no que se refere ao depoimento da vítima. Não é dispendioso ressaltar que tais constrangimentos e descréditos aos fatos narrados pela mulher não se restringem,

² Gênesis 39:11-17: “(...) sucedeu num certo dia que ele veio à casa para fazer seu serviço; e nenhum dos da casa estava ali; E ela lhe pegou pela sua roupa, dizendo: Deita-te comigo. E ele deixou a sua roupa na mão dela, e fugiu, e saiu para fora. E aconteceu que, vendo ela que deixara a sua roupa em sua mão, e fugira para fora, chamou aos homens de sua casa, e falou-lhes, dizendo: Vede, meu marido trouxe-nos um homem hebreu para escarnecer de nós; veio a mim para deitar-se comigo, e eu gritei com grande voz; E aconteceu que, ouvindo ele que eu levantava a minha voz e gritava, deixou a sua roupa comigo, e fugiu, e saiu para fora. E ela pôs a sua roupa perto de si, até que o seu senhor voltou à sua casa. Então falou-lhe conforme as mesmas palavras, dizendo: Veio a mim o servo hebreu, que nos trouxeste, para escarnecer de mim”.

apenas aos crimes sexuais, abarcando toda violência decorrente de gênero, a exemplo da violência doméstica e do feminicídio.

A doutrina e a legislação penal são o reflexo de uma estrutura social ancorada em uma lógica de poder eminentemente patriarcal, que visa proteger os interesses daqueles que detém os privilégios advindos da dominação de gênero. Neste panorama a mulher, vítima de violência, é submetida a situações altamente vexatórias, em que a sua conduta e reputação são colocadas em dúvida, a fim de garantir uma escusa social ao ato praticado pelo agressor.

3. O tribunal penal internacional de Ruanda, o caso Pauline Nyiramasuhuko e o fundamento pautado no gênero

Antes de se adentrar na temática específica deste artigo, cumpre tecer breves comentários acerca do genocídio em Ruanda.

O genocídio em Ruanda ocorrido em 1994, no qual os extremistas de etnia hutu promoveram limpeza étnica na região, perseguindo, estuprando e matando cerca de 800 mil pessoas (tutsi e hutus³ com traços genéticos próximos dos tutsi⁴) é marcado pela extrema crueldade perpetrada, o número elevado de vítimas e duas questões que interessarão particularmente a esta pesquisa: a admissão do estupro como forma de genocídio pela primeira vez na comunidade internacional e o uso de fundamentos pautados no gênero pela defesa e acusação durante o julgamento de Pauline Nyuramasuhuko:

No entanto, a dobradinha “guerra e mulher” não remonta exclusivamente à vulnerabilidade feminina em situações de conflito armado. Não há como negar que mulheres e meninas foram – e continuam sendo – alvos de violência sexual e que o estupro é utilizado muitas vezes como arma de guerra. Contudo, é notável a ascensão de algumas figuras femininas a cargos antes ocupados unicamente por homens, em espaços tradicionalmente masculinos. O desempenho delas uma vez em situações de relativo poder é igualmente relevante. Contrariando estereótipos de gênero enraizados no entendimento popular, algumas mulheres se destacam pela brutalidade e desafiam noções convencionais sobre a relação entre violência e gênero masculino e sobre o que é ser mulher. Por exemplo, em 24 de junho de 2011, o veículo de informação *British Broadcast Corporation* informou que Pauline Nyiramasuhuko, ex-ministra de Ruanda, havia sido culpada pela participação no genocídio em Ruanda.

³ Mariana Gusmão de Mendonça detalha em sua pesquisa que a composição da população em Ruanda, à época, era formada por aproximadamente 85% de hutus, 14% de tustis, além de 1% de pigmeus. (MENDONÇA, 2013, p. 304).

⁴ No mesmo texto, Mariana de Mendonça ainda esclarece que os tutsis eram criadores de gado, dos rebanhos zebu, e, portanto, com maior poderio financeiro, enquanto os hutus eram agricultores. (MENDONÇA, 2013, p. 305).

Nyiramasuhuko foi indiciada e sentenciada por ordenar e apoiar o estupro de mulheres e meninas de etnia tutsi e forçar pessoas a ficar completamente nuas antes de colocá-las em caminhões e assassiná-las. (REBELO, 2012, p. 54-55).

Com efeito, o estopim do conflito em Ruanda⁵ ocorreu em 1990, com a invasão promovida pela Frente Patriótica Ruandesa⁶ (*Rwanda Patriot Front*), vinda de Uganda, para tentar depor o então presidente Juvenal Habyarimana. (AKYIAMA et.al, 2009, p.08).

Em 1991, a FPR faz nova investida, agora na cidade de Ruhengeri (cidade natal de Juvenal Habyarimana), tendo sido expulsada com a ajuda de tropas francesas, que alimentavam o exército ruandense com armas de fogo. Houve ainda o apoio do Egito e da África do Sul. Paralelo a isso, o governo ruandês fomentou o surgimento de diversas milícias, compostas por jovens sem qualquer perspectiva de vida, em razão da forte crise econômica. Tais milícias eram treinadas e fomentadas pelo governo de Ruanda, com apoio ainda popular, devidamente inflamados pelos canais de comunicação do país. Formava-se um movimento étnico forte, denominado “Poder Hutu”. (MENDONÇA, 2013, p. 312).

Com o auxílio de rádios ruandesas, eram divulgados falsos planos de ataque da FPR, o que desencadeava reações das milícias, matando diversos tutsis. A escalada de violência fez com que a comunidade internacional intercedesse, firmando-se na Tanzânia o Acordo de Arusha, entre a Frente Patriótica Ruandense e o governo de Ruanda. No acordo, foi estabelecido ainda que haveria a garantia de retorno dos exilados e a junção do exército ruandês com a FPR, formando um único corpo. Ao mesmo tempo, seria instituído um governo de transição até as eleições democráticas, pois Juvenal Habyarimana seguia até então em um regime ditatorial. (MENDONÇA, 2013, p. 312).

Ocorre que a aceitação do acordo por Juvenal Habyarimana foi considerada como um ato de traição, aumentando ainda mais os discursos inflamados dos meios de comunicação, clamando por uma ação dos hutus para dizimar os tutsis. Por tal razão, Habyarimana passou a

⁵ Em verdade, desde a década de 1950 a região vivencia guerras entre as etnias, originadas da colonização predatória europeia – tanto alemã quanto belga – que promoveu o extremo empobrecimento da região, tendo ainda fomentado as diferenças entre os hutus e tutsi, a exemplo da campanha conhecida como “vento da destruição”, originada do “manifesto hutu”, publicado em 1957, no qual se noticia que haveria uma guerra interna pautada exclusivamente em questões étnicas (AKYIAMA et.al, 2009).

⁶ Grupo de desertores do país, liderados por ex-militares do exército ruandense, contrários ao governo de Juvenal Habyarimana.

ser contrário ao próprio acordo firmado e a também participar das ameaças e ofensas dirigidas aos tutsis. (MENDONÇA, 2013, p. 312-313).

O clímax das tensões ocorreu em 06 de abril de 1994, quando o avião que transportava Juvenal Habyarimana foi abatido, vindo o então ditador a óbito. O fato foi suficiente para desencadear a ordem de matança do povo tutsi pelos aliados do ex-governante, estimando-se quase um milhão de mortos. (AKYIAMA et.al, 2009, p.09).

Após a morte de Habyarimana, Jean Kambada assumiu o cargo de Primeiro Ministro do governo interino de Ruanda e Pauline Nyiramasuhuko passou a ser a Ministra da Família e Assuntos da Mulher. No cargo, Pauline foi responsável por diversas atrocidades, como destaca Jennifer Zarpelon:

Conforme TRIAL International, organização não-governamental que luta contra a impunidade por crimes internacionais e apoia as vítimas em sua busca por justiça, desde o final de 1990, Pauline participara do plano que buscava aniquilar os tutsis. Este plano tinha como elementos incitar o ódio e à violência étnica, a formação e distribuição de armas às milícias, bem como a elaboração de listas de pessoas a serem eliminadas. Pauline tinha não só planejado este plano, mas ordenado e executado os massacres.

Segundo as acusações, Pauline ordenara que as mulheres tutsis fossem estupradas antes de serem mortas durante os massacres em Ruanda. Segundo testemunha, durante o julgamento de Pauline, relatou que a acusada falou para os seus subordinados: “Distribua essas camisinhas aos nossos homens jovens para que eles estuprem as tutsis, e depois de estuprá-las, deveriam matá-las. E além disso, são essas mulheres tutsis que roubam nossos maridos. Nenhuma delas deveria sobreviver. Estupre elas primeiro e use o preservativo – depois de usar os preservativos, e matar as mulheres tutsis” (UNICTR, 2011, p. 1183)

Outra acusação contra Pauline é que a mesma, junto com seu filho, Arsène Shalom Ntahobali, sequestraram diversos tutsis a fim de executá-los longe da cidade. Segundo testemunhas, Pauline ordenara as mulheres sequestradas tirassem as roupas antes de entrar nos veículos e depois eram escolhidas pela acusada para serem estupradas pelos hutus envolvidos no genocídio antes de mata-las (UNICTR, 2011). (ZARPELON, 2019, p. 11-12).

Em 100 (cem) dias de conflito armado, estima-se que cerca de 800 (oitocentas mil) pessoas foram mortas⁷. A RPF, liderada por Paul Kagame, apoiada pelo exército de Uganda, passou a conquistar o território ruandês, e, em 04 de julho, marcharam até a capital Kigali. A

⁷ Para aprofundar a leitura acerca da inércia da comunidade internacional quanto ao genocídio em Ruanda e para compreender o porquê do governo francês mudar de postura e passar de fornecedor de armas para o governo ruandês, para promotor da paz na região, sugere-se a leitura do artigo de Mariana de Mendonça, “O genocídio em Ruanda e a inércia da comunidade internacional” (MENDONÇA,

partir de então cerca de dois milhões de hutus fugiram para a República Democrática do Congo, à época denominado Zaire. (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2014).

Uma das pessoas refugiadas foi, justamente, Pauline Nyiramasuhuko, escondendo-se em julho de 1994 em um campo de refugiados no Congo. Posteriormente, fugiu para o Quênia, onde permaneceu escondida por três anos, até ser presa em 1997 em Nairobi, a pedido do Procurador-Geral do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, transferida, posteriormente para Arusha (Tanzânia), sede do TPIR, para aguardar julgamento. Com efeito, o TPIR foi instituído a partir da aprovação da Resolução nº 955 pelo Conselho de Segurança da ONU, a fim de apurar as responsabilidades criminais pelas atrocidades perpetradas. (ZARPELON, 2019, p. 12).

Pauline foi acusada, em 3 de setembro de 1997, da prática dos seguintes crimes: conspiração para cometer genocídio; genocídio; incitamento direto e público a cometer genocídio; assassinato como crime contra a humanidade; extermínio como crime contra a humanidade; perseguições por razões políticas, raciais e religiosas como um crime contra a humanidade; entre outros crimes de guerra. Em 1999, após o estupro ser considerado crime contra a humanidade pelo TPIR, foi inserido o delito nas acusações contra Pauline. Em suas declarações iniciais, a ex-Ministra da Família declarou-se inocente tendo sido acusada formalmente pelos crimes cometidos em Butare no ano de 1994, junto com seu filho, Arsène Shalom Ntahobali (líder de uma milícia na região); Joseph Kanyabashi (burgomestre da Comuna de Ngoma); Sylvain Nsabimana (prefeito de Butare); e Elie Ndayambaje (prefeito de Muganza). (ZARPELON, 2019, p. 12).

3.1 O uso do gênero feminino como circunstância vetorial no julgamento de Pauline Nyiramasuhuko

Conforme *ex vi*, caso paradigmático no Direito Penal Internacional, o julgamento de Pauline Nyiramasuhuko pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda segue sendo objeto de inúmeras controvérsias, notadamente em razão do uso pela acusação de argumentos pautados no gênero feminino – maior reprovabilidade social da conduta por ser mulher, avó e mãe – bem como na tentativa de exclusão de responsabilidade ou redução da reprimenda pela defesa – diante da incapacidade da mulher em praticar atos tão violentos.

Trata-se da primeira condenação na história do Direito Penal Internacional de uma mulher por crimes sexuais. A então Ministra da Família e Desenvolvimento da Mulher no

governo ruandês entre 1992 e 1994, foi sentenciada pelo crime de genocídio, extermínio e perseguição aos Tutsi, abrangendo condutas como estupro e ofensas à dignidade da pessoa humana (BCC NEWS BRASIL, 2011).

Não obstante, como dito, seu julgamento foi permeado de argumentos lastreados no gênero, além de toda a mídia internacional, que a retratou como monstro ou “não mulher”.

De fato, a imagem que se nutre da mulher é sempre da pessoa plácida, do lar, incapaz de atos de violência e dotada de qualidades para a proteção e proliferação da prole; qualquer mulher que ouse divergir do padrão é duramente atacada.

O julgamento em Ruanda foi de especial relevo também para apresentar à sociedade que uma mulher é sim capaz de ocupar cargos de liderança em qualquer seara, inclusive na prática de crimes horrendos, como homicídios e, notadamente, estupros. O gênero feminino, portanto, foi o foco das atenções e intensos debates no TPIR, principalmente por se ter uma mulher como principal perpetradora de crimes contra a humanidade e genocídio. Não por acaso, o sexismo foi utilizado como argumento pelas partes, em maior medida pela defesa.

Especificamente quanto aos atores processuais, pode-se destacar a própria declaração de abertura do julgamento realizada pela acusação, em 12 de junho de 2001:

Uma mulher da sociedade ruandense, uma mulher que é ministra, que é membro do parlamento. Uma mulher que perdeu seu por completo sua natureza civil: pessoas foram estupradas antes de seus pais; assistindo suas filhas serem estupradas. Ela perdeu sua natureza civil porque em sua presença, o mais grave estupro sob a mais cruel condição foi aplaudido. Ela encorajou até o seu filho a fazer o mesmo. Ela colocou tudo que tinha ao ponto de estar vestida com o traje militar para interpretar o papel de ministra militar. Uma mulher que perdeu todo o senso de sentimento, Pauline Nyiramasuhuko. (ICTR, 2011, p. 528) (grifos adotados)⁸.

Percebe-se logo no discurso de início da audiência como o órgão acusatório fez uso de argumentos misóginos para contextualizar quem seria a ré: uma mulher que perdeu sua natureza civil, sua capacidade de sentimento, ou seja, que não mais encerra as características compreendidas como próprias do feminino.

⁸ Tradução livre da autora. Texto original: “A woman from the Rwandan society, a woman who is a minister, who is a member of parliament. A woman who lost all her civil nature: People being raped before their parents; watching her children being raped. She had lost her civil nature because in her presence, the most serious rape under the cruelest conditions were applauded. She encouraged even her son to do as much. She put everything she had to the point that she was dressed in military gear to play her role of a militant minister. A woman who had lost every sense of feeling, Pauline Nyiramasuhuko.”

Não por acaso as palavras iniciais do procurador enfatizaram a “mulher”, o que dificilmente ocorreria em um processo com o acusado sendo homem.

Isso porque sociedade sempre construiu e alimentou a ideia de que a violência é masculina; a guerra é do homem, cabendo a mulher a proteção do lar, o equilíbrio e a paz, nutrir e cuidar das crianças. Ao se perceber que o gênero feminino pratica atos violentos, a “surpresa” da comunidade internacional é sentida. (NIEUWOUDT, 2006).

Não obstante, coube a defesa de Pauline Nyiramasuhuko tentar afastar as acusações que pairavam sobre ela recorrendo, igualmente, ao mito do gênero feminino pacífico, incapaz de atos desumanos e cruéis, tendo, de início, pontuado, segundo a Câmara de Instrução em seu relatório: *2153. A defesa de Nyiramasuhuko afirma que ordenar homicídios e estupro é contrário ao caráter de Nyiramasuhuko uma vez que ela trabalhou a vida inteira ajudando mulheres de Ruanda.*⁹ (ICTR, 2011, p. 544)

Destaca-se a menção ao testemunho de pessoa identificada na sentença da Câmara de Instrução como “MNW”:

Testemunha MNW atestou que como uma mãe, Nyiramasuhuko não poderia realizar ações como as alegadas. Ela também testemunhou que Nyiramasuhuko não poderia ter dito que mulheres Tusti precisavam ser mortas após serem estupradas, e opinou que talvez isso tenha ocorrido em outro contexto. **Ela afirmou ainda que a alegação era vergonhosa, pois Nyiramasuhuko era uma mulher ruandesa casada, com filhos e também ministra de alto cargo.** A testemunha tinha ouvido pessoas falarem sobre preservativos e tinha visto fotos de preservativos, mas não viu nenhum. Ela afirmou que as pessoas em Ruanda não usariam preservativos a menos que estivessem doentes, então ela não sabia a quem os preservativos seriam distribuídos. Ela não acreditava que a ministra teria se arriscado a distribuí-los porque a ministra teria sido descrita como uma “pessoa sem educação”¹⁰(ICTR, 2011, p. 1189).

⁹ Tradução livre da autora. Texto original: 2153. The Nyiramasuhuko Defence asserts that ordering killings and rapes was contrary to Nyiramasuhuko’s character as she had worked her entire life to help the women of Rwanda.

¹⁰ Tradução livre da autora. Texto original : 4949. Witness MNW testified that as a mother, Nyiramasuhuko could not possibly undertake actions such as those alleged. She also testified that Nyiramasuhuko could not have said that Tutsi women had to be killed after having been raped, and opined that perhaps it had been in another sector.. She further averred that the allegation was shameful as Nyiramasuhuko was a married Rwandan woman with children and was also a Minister of a high post. The witness had heard people talk about condoms, and had seen pictures of condoms, but did not see any. She stated that people in Rwanda would not use condoms unless they were sick, so she did not know to whom the condoms would have been distributed. She did not believe a minister would have risked distributing them because the minister would have been described as an “uneducated person”.

Destarte, vislumbra-se que os temas ventilados pela testemunha são da incapacidade da mulher, notadamente ministra da família, mãe, casada, ser sujeito ativo de crimes cruéis, sobretudo estupro, que é um delito voltado à subjugação do feminino.

Em sua dissertação de mestrado, Beth Kelly (2017) salientou que essa foi a estratégia, de fato, adotada pela defesa durante todo o longo julgamento, iniciado em 2001 e encerrado em 2009, com a condenação de Pauline Nyiramasuhuko e os demais acusados.

A insistência no discurso da mulher frágil, da mãe protetora, impossibilitada naturalmente de praticar crimes graves (KELLY, 2017, p. 52-54) permeou o discurso dos advogados e da própria ré, alegando que o sexo feminino é o centro da família, jamais o centro da violência.

Ainda explorando essa perspectiva, Nyiramasuhuko sugeriu durante o seu julgamento e em entrevistas concedidas aos meios de comunicação à época, que era, também vítima de sexismo em razão da posição intelectual que alcançara, afirmando que “todas as mulheres que foram à universidade são vistas como assassinas” (KELLY, 2017, p. 55).

O fato de alcançar um cargo hierarquicamente superior em Ruanda e ter formação em universidade, seria para a acusada motivo para sofrer maiores ataques misóginos por ocupar espaços de poder. Entretanto, tal argumento não prosperou e ainda indicou o motivo de outras mulheres seguirem suas ordens e participarem dos crimes bárbaros em Butara (KELLY, 2017, p.56).

Quanto à participação das mulheres no genocídio de Ruanda, interessante citar o estudo realizado por Nicole Hogg:

Este artigo dá um pequeno passo nessa direção. Baseado inicialmente na pesquisa conduzida em Ruanda em 2001, incluindo entrevistas com 71 mulheres detidas por suspeita de genocídio, considerará quatro questões centrais. Primeiro, qual foi a extensão e natureza da participação das mulheres no genocídio? Segundo, se a forma da participação feminina difere da masculina, quais as consequências legais de tal distinção? Terceiro, o que deve ter motivado mulheres “comuns” a participarem da violência? Quarto, quais papéis as mulheres em posição de liderança desempenharam durante o genocídio, e quanto poder realmente elas exerciam? Uma quinta questão permeia o texto: como o gênero influenciou mulheres a participarem do genocídio, assim como seus embates com a lei?

Este artigo percebe que as mulheres participaram do genocídio em formas variadas, mas raramente diretamente envolvidas nas mortes. Onde as mulheres se conformavam às expectativas do gênero e participavam “indiretamente” do genocídio (em particular, ao denunciar Tutsis aos assassinos), menor a reprimenda moral atribuída a elas, tanto

pelas próprias mulheres, quanto pelos responsáveis por trazer a justiça. Um possível efeito é o tratamento diferenciado das mulheres na Corte de Ruanda, apesar dos requerimentos formais na lei ruandesa. Por outro lado, onde as mulheres desafiaram os estereótipos de gênero e cultura e atuaram de forma mais “direta” no papel da violência, foram comumente tachadas de “más” ou “não-mulheres”, e tratadas com a força total da lei. ¹¹ (p. 70-71)

Decerto, a ruptura do papel esperado da mulher parece o ponto crucial da análise do caso, a ponto de serem taxadas como “não-mulheres” aquelas que atuaram diretamente na violência, uma forma encontrada pelo Tribunal Internacional para Ruanda e a comunidade internacional para “aceitar” o comportamento agressivo feminino.

Ou seja: quando é violenta, a mulher não é mulher, mas sim um monstro. (NIEUWOUDT, 2006).

Este, inclusive, foi o tratamento também dispensado no Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia no julgamento de Biljana Plavšić, ex-professora universitária e que foi presidente da República Socialista da Bósnia e Herzegovina entre 1996 e 1998. No entanto, o julgamento referiu-se a sua participação no planejamento, instigação e auxílio na perseguição e morte de bósnios muçumanos, bósnios croatas e não sérvios entre 1º de julho de 1991 e 30 de dezembro de 1992. (DE MOURA, 2015, p.161).

No julgamento, Biljana Plavšić declarou-se culpada por omissão, ao permanecer inerte e recusar-se a investigar as condutas cruéis e desumanas perpetradas contra não sérvios, tendo sido condenada pelo TPII.

¹¹ Tradução livre da autora.. Texto original: This article takes a small step in this direction. Based primarily on research conducted in Rwanda in 2001, including interviews with 71 detained female genocide suspects, it considers four central questions. First, what was the extent and nature of women’s participation in the genocide? Second, if the forms of women’s participation differed from men’s, what are the legal consequences of this distinction? Third, what may have motivated ‘ordinary’ women to participate in the violence? Fourth, what roles did women in leadership positions play during the genocide, and how much actual power did they wield? A fifth question permeates the text: how did gender influence women’s participation in the genocide, as well as their subsequent encounters with the law?

This article notes that women participated in the genocide in a variety of ways but were rarely directly engaged in the killings. It contends that where women conformed to gender expectations and participated ‘indirectly’ in the genocide (in particular, by denouncing Tutsis to the killers), less moral blame is attributed to them, both by the women themselves and by those responsible for bringing them to justice. One possible effect is the differential treatment of women in the Rwandan courts,⁵ despite the formal requirements in Rwandan law. On the other hand, where women challenged gender and cultural stereotypes and played a more ‘direct’ role in the violence, they have often been regarded as ‘evil’ or ‘non-women’ and treated with the full force of the law.

Neste caso, a condenação envolveu participação indireta nos massacres ocorridos na Bósnia e mesmo assim o próprio Tribunal apresentou dificuldades em admitir que uma mulher não figurasse no polo passivo dos crimes, bem como, como salienta Samanta Nagle Cunha de Moura (2015, p. 163) em sua pesquisa, diversas advogadas feministas buscavam argumentos para compreender o comportamento de Biljana Plavšić, como a impotência política das mulheres na ex-Iugoslávia, ou o papel de meras “líderes de torcida” de seus maridos, sendo frágeis e inexperientes para perpetrar tais delitos (DE MOURA, 2015, p. 163).

Dessa forma, há de se observar a intrínseca relação entre gênero e estereótipo que conduziu o julgamento em Ruanda: a descoberta da capacidade de violência da mulher, rompendo com o estereótipo feminino; a posição de liderança da mulher dentro da sociedade; o abuso desta posição na perpetração de delitos; por fim, a possibilidade da mulher infligir dor, notadamente contribuir para a violação sexual de outra mulher.

3.2 O reconhecimento do estupro como genocídio

O julgamento pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda apresentou ainda outro fato de extrema importância: a consideração do estupro como forma de genocídio, além da já aceita configuração como crime contra a humanidade, temática também pela primeira vez reconhecida em um julgamento de uma corte penal internacional:

Aliás, a referida Corte Criminal Internacional para Ruanda foi a primeira a reconhecer o estupro como instrumento para cometimento de um genocídio (UNICTR, on line), no caso Jean-Paul Akayesu, bem como o primeiro a condenar uma mulher acusada de colaborar para o estupro genocida de vítimas tutsis, no caso de Pauline Nyiramasuhuko (UNICTR, on line) 5

[...] De fato, o modo pelo qual cada sociedade vê e considera a mulher guarda íntima relação com a violência sexual praticada por grupos armados, componham tais grupos as forças oficiais ou grupos e milícias combatentes paramilitares. Fato é que, durante os conflitos ou após o desfecho de combates e batalhas – e, em alguns casos, mediante prévio estabelecimento de diretrizes para limpeza étnica, as mulheres e meninas ainda no início de sua adolescência passam a ser alvos imediatos nos dias atuais como se observa no caso das mulheres Tutsis durante o genocídio de Ruanda (1994); das mulheres bósnio-muçulmanas ao longo da Guerra das Bósnia (1992-1995)⁸; das mulheres Yazidis a partir dos 14 anos de idade, em poder do ISIS, no Iraque (2011-dias atuais) ou, ainda, no caso das mulheres em poder do grupo fundamentalista Boko Haram, na Nigéria (2002-dias atuais).

E, se a causa imediata pode ser identificada no conflito em si, a motivação fundamental para tal violência em períodos de guerra e genocídios relaciona-se muito mais com a consideração ao sexo feminino como objeto e troféu a ser conquistado, bem como instrumento de imposição de humilhação ao país ou grupos armados derrotados (no caso, v.g., dos estupros de guerra) ou, no caso dos processos

genocídios, como meios para destruição de grupos por razões raciais ou étnicas (nas hipóteses dos denominados estupros genocidas). (PEREIRA, 2018, p. 159-160)

Com efeito, a invasão terrestre representa para as mulheres a etapa mais perigosa do conflito, pois historicamente, como se sabe, a mulher sempre foi tratada como mero objeto e símbolo de conquista na guerra (MARQUES, ALVES, 2017). Estuprar a mulher de um inimigo representa a humilhação máxima, mas, na perspectiva sempre misógina que rodeia a sociedade, a humilhação não é da mulher, mas do seu companheiro, do país. Ou seja: a consternação não é pela vítima direta do ato, mas pelos homens que a permeiam. Ademais, o estupro é também visto como forma de “purificar” as raças, numa perspectiva de limpeza étnica, como se vivenciou na guerra dos Balcãs, de Ruanda e Kosovo e em tantos outros conflitos armados¹².

O estupro é um ato de poder, de subjugação. As mulheres, por sua vez, são vistas, como discutido no capítulo 02 desse artigo, como mero troféu, propriedade do homem. Dessa forma, o ato de violar sexualmente uma mulher representa que o inimigo conseguiu conquistar o “território” alheio, humilhar da pior forma possível não a vítima, mas seu companheiro, pai ou qualquer homem que possua com ela relação. O simbolismo do estupro significa o ápice da dominação do corpo feminino entendido como pertencente ao masculino. Decerto, o estupro é visualizado como conquista militar, celebrado e narrado nas guerras.

O Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia já havia considerado o estupro como arma de guerra, sendo crime contra a humanidade; o TPIR, por sua vez, passa a considerar como forma de genocídio.

Especificamente quanto a configuração do estupro como arma genocida, Mukamana e Collins, em seus estudos acerca dos crimes sexuais perpetrados em Ruanda, destaca que, para a configuração dos estupros como instrumento genocida, serão aqueles perpetrados com a finalidade da realização da limpeza étnica, na tentativa de acabar com uma etnia ou origem. Isso se dá com a gravidez das vítimas de estupro (estima-se que cerca de cinco mil bebês nasceram dos estupros em Ruanda). Ademais, outra forma para a configuração do estupro como meio para o genocídio, deve-se a compreensão de muitas culturas de que a mulher deve conservar sua virtude (virgindade) e a violação sexual implica em romper não apenas com a dignidade da mulher, mas da própria comunidade. (MUKAMANA; COLLINS, 2006, p. 145).

¹² Usando a expressão “conflito armado” como sinônimo de guerra, embora se saiba que há diferenças entre os dois *status*. (JAPIASSÚ, 2004, p.08).

Outrossim, em suas entrevistas e pesquisa com vítimas de estupros do genocídio em Ruanda, Mukamana e Collins indicaram ainda como consequência das atrocidades cometidas, o comprometimento da saúde física (muitas vítimas contraíram HIV e outras doenças, além de problemas anatômicos em razão da violência) e, sobretudo, emocional (traumas em razão da tortura e da violência). (MUKAMANA; COLLINS, 2006, p. 145).

Decerto, a configuração do estupro como meio para o genocídio, desafiará a realização dos atos desumanos cujas consequências psicológicas, sociais, culturais, éticas e médicas atingem a comunidade e não “apenas” a vítima, como destacam Daniela de Vito, Aisha Gill e Damien Short. Ainda as autoras pontuam, analisando o âmago do estupro, que o corpo feminino “torna-se o campo de batalha simbólico no qual diferenças culturais e geopolíticas antiquíssimas são exteriorizadas e onde novas formas de ódio são implantadas e alimentam o desejo de vingança no futuro”. (2009, p. 35)

Há a intenção de destruir o poder social de um grupo, dito como “inferior”, através do estupro, controlando a capacidade reprodutiva da mulher. O estupro é um ato violador do indivíduo; enquanto o estupro de acordo com a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948):

Inclui uma série de atos "cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso" (GHANDI, 2000, P. 19). Em outras palavras, o genocídio é, em última análise, uma negação do direito à vida de certos grupos humanos. (VITO; GILL; SHORT. 2009, p. 35-36).

Dessa forma, o julgamento realizado pelo TPIR trouxe ainda esse fundamental avanço no direito internacional, considerando o estupro também como meio para o genocídio de grupos.

4. Considerações finais

Do exposto, percebe-se que o patriarcado é expressão do controle social através do viés masculino, em que o homem molda o comportamento feminino, subjugando seus corpos e suas mentes, definindo como as mulheres devem viver e podem morrer.

Dessa forma, o estereótipo retroalimentado do papel feminino refere-se à mulher casta, dona de casa, virtuosa e que serve ao marido. A natureza da mulher não lhe permite desobedecer as regras, questionar a palavra do homem, quiçá ter um comportamento agressivo.

Por outro lado, se reconhece que as mulheres são sedutoras e ardilosas, motivo pelo qual pode, facilmente enfeitiçar um homem a ponto de este perder a cabeça, cometendo delitos por elas e contra elas, a exemplo dos crimes sexuais. Decerto, para o patriarcado, a culpa do estupro é da vítima, e somente dela. Ao mesmo tempo, por exercer esse fascínio sobre o masculino, não raro a mulher pode manipulá-lo, tendo relações sexuais consentidas e acusá-lo, injustamente, de um crime sexual, imputando-lhe falsamente delitos para prejudicá-los. Temos, nesses dois casos, de um lado as feiticeiras ou bruxas, e no último exemplo, um “mal” que muitas mulheres “padecem”: a síndrome de Potifar.

Entretanto, se os homens se depararem com mulheres intencionalmente perversas, cruéis, desumanas, autoras de severas barbaridades, como Pauline Nyiramasuhuko? A primeira ideia é afastar essa possibilidade. Se trata, certamente, de um erro, pois não é da natureza da mulher a violência. Esse foi o argumento sustentado pela defesa da então Ministra da Família.

Acaso constatem que houve a prática de um crime grave (dentre os quais, o estupro), há de se considerar aquela mulher como um monstro, um ser que não é feminino, pois está indo de encontro com a natureza meiga, acolhedora e pacífica. Deve, inclusive, incidir maior pena, pois mais reprovável (culpável) sua conduta, como sustentou a acusação.

Fato é que os argumentos tanto para a desconfiguração dos crimes, quanto para a atribuição de penas mais severas, e mesmo na redação de abertura do voto dos julgadores, o gênero feminino foi usado e é sempre usado como argumento, enquanto não se observa, e jamais se observará, a mesma discussão aplicada aos homens.

A eles é dada a violência, a justificativa de crimes graves, as segundas chances, as compreensões do mundo, as proteções do perfil infantil. Às mulheres, cabe a dura pena e a perda da humanidade por não se encaixar no padrão de comportamento desejado, por “não ser mulher”.

5. Referências

AKYIAMA, André Oliveira, et. al. **Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/tpi_mini_guia_ruanda.pdf> Acesso em: 20 fev. 2023

ALVES, Ana Cristina Araújo. **Além do ocidente, além do estado e muito além da moral: por uma política eticamente responsável em relação à diferença – o caso Ruandês.**

Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cint/a/fq6RWcbBSnbVxHXRGhzvgTJ/?lang=pt> >

Acesso em 27 fev. 2023.

BBC NEWS BRASIL. **Tribunal da ONU condena primeira mulher por genocídio em Ruanda.** Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/06/110624_ruanda_ministra_rp#:~:text=Uma%20ex%2Dministra%20de%20Ruanda,o%20genoc%C3%ADdio%20no%20pa%C3%ADs%20africano. > Acesso em 27 fev. 2023.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo Sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira.2009.

BERGSMO, Morten. **Thematic Prosecution of International Sex Crimes.** Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins, et. al. **Mulher, sociedade e vulnerabilidade.** Erechim, Deviant, 2017.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe.** Ed. Boitempo. 2016.

HOGG, Nicole. **Women's participation in the Rwandan genocide: mothers or monsters?**

<<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc-877-hogg.pdf>> Acesso em 27 fev. 2023.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras.** Trad. Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Chamber decisions.**

Disponível em: <<https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/ICTR-98-42#trialChamberDecisions>>

Acesso em 27 fev. 2023

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Entenda o genocídio de Ruanda de 1994: 800 mil mortes em cem dias.** Disponível em: <<https://www.ihu.unisinos.br/categorias/170-noticias-2014/530024-entenda-o-genocidio-de-ruanda-de-1994-800-mil-mortes-em-cem-dias>> Acesso em 27 fev. 2023

KELLY, Beth. **The Importance of Recognising Female Agency in the Genocides of Rwanda and the former Yugoslavia.** Disponível em: <<https://scripties.uba.uva.nl/document/649507>> Acesso em: 20 fev. 2023

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens.** São Paulo: Cultrix. 2020.

MENDONÇA, Mariana Gusmão de. **O genocídio em Ruanda e a inércia da comunidade internacional.** BJIR, Marília, v.2, n.2, p.300-328 Maio/Ago. 2013

MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **Estupro de mulheres como crime de guerra sob perspectivas feministas.** Dissertação de Mestrado (não publicada). Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8331/2/arquivototal.pdf>> Acesso em 20 fev. 2023.

MUKAMANA, Donatilla; COLLINS, Anthony. **Rape survivors of the Rwandan genocide.** Disponível em: <https://www.academia.edu/1594955/Rape_survivors_of_the_Rwandan_genocide> Acesso em 27 fev. 2023

NIEUWOUDT, Stephanie. **Arusha Trial Challenges Gender Stereotypes.** Disponível em: <<https://iwpr.net/global-voices/arusha-trial-challenges-gender-stereotypes>> Acesso em: 20 fev. 2023

REBELO, Tamy Rocha. **Lentes de gênero e missões de paz: desconstrução de discursos e reflexões sobre práticas generificadas.** São Paulo: Cultura Academia, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo. 2015

SALLMANN, Jean-Michell. **As bruxas: noivas de satã**. São Paulo: Objetiva, 2002.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>> Acesso em 27 fev. 2023.

SPRENGER, James; KRAMER, Heinrich. **Malleus Maleficarum, o martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2015.

VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. **A tipificação do estupro como genocídio**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sur/a/f3RLqX64JVYTLzyqtrDDdYt/?lang=pt> > Acesso em: 23 fev. 2023

ZARPELON, Janiffer Tammy Gusso. **A atuação do Tribunal Penal Internacional de Ruanda em crimes de genocídio: o julgamento de Pauline Nyiramasuhuko**. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F9vXoOIT3WUJ:https://www.encyclo2019.abri.org.br/arquivo/downloadpublic%3Fq%3DYToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZPIjtzOjM6Ijk2OSI7fSI7czoXOiJoIjtzOjMyOiJjODAzNWYwNzIwNmU4YmZmZmIwNWJINGYzN2RhNjBiYiI7fQ%253D%253D&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 27 fev. 2023

ZORDAN, Paola Basso M. B. Gomes. **Bruxas: figuras de poder**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000200006. Acesso em 27 fev. 2023.

Violência, Gênero e Direito penal: o papel da universidade para a equidade de Gênero no Direito¹

Ana Elisa Liberatore S. Bechara²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Observo em primeiro lugar que, como Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, minha especialidade refere-se tecnicamente à teoria do delito. Hoje, porém, peço licença para deixar de lado a dogmática penal estrita e tratar de um tema que me parece imprescindível, inclusive porque o considero também minha responsabilidade como docente mulher desta Faculdade de Direito.

Para iniciar nosso diálogo sobre “Violência, gênero e Direito Penal”, começo voltando no tempo, ao ano de 1632, em que foi publicada a obra “*Cautio Criminalis*”, por Friedrich Spee. Spee foi um poeta e teólogo jesuíta alemão que exerceu a função de confessor das mulheres condenadas por bruxaria, antes de elas serem executadas na fogueira. E em seu escrito, o autor alemão faz, de forma corajosa e irônica, a seguinte afirmação:

“Eu até acredito na existência de bruxas, mas nunca conheci nenhuma.”

A partir de tal provocação, logo se vê que o objetivo do escrito de Spee foi criticar a violência e arbitrariedade da persecução penal promovida naquela época na Alemanha contra as mulheres, rotuladas de bruxas.

E vejam que interessante: embora reconheçamos que a Inquisição foi historicamente responsável por uma série de execuções de mulheres, a mais intensa e cruel perseguição na verdade esteve a cargo dos tribunais seculares dos principados alemães. A caça às bruxas, como mecanismo de repressão sistemática de mulheres, ocorreu durante séculos na Europa e teve como auge o ano de 1630 e sua maior incidência na Alemanha. Nesse sentido, o número de execuções de mulheres inocentes entre 1550 e 1650, ordenadas por tribunais laicos, foi tão alto

¹ Transcrição na Aula Magna proferida em 14 de março de 2022, por ocasião da abertura do ano acadêmico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Professora Titular de Direito Penal e Vice-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Diretora da área de Mulheres, Relações Étnico-Raciais e Diversidades da Pró-Reitoria de Inclusão da USP.

que não é possível reduzir a questão à mera contagem de corpos. Se tratou, na verdade, de um massivo feminicídio.¹

Claro que várias são as teorias sobre o que desencadeou a caça às bruxas. De qualquer forma, não há dúvida de que esse processo foi sobretudo político, com a preocupação de eliminar o sincretismo e criar um bode expiatório, fundamental para a manutenção da nobreza e do alto clero no poder, em meio a tantos problemas como guerras, fome e pestes. Ora, a quem estigmatizar e converter em bode expiatório? Como é habitual ao longo de toda a história do poder punitivo e de sua seletividade estrutural, os bodes expiatórios deveriam ser seres das classes subalternas e, entre esses, os mais débeis e idôneos conforme os preconceitos sociais, ou seja: preferencialmente mulheres pobres. Por isso nós vemos no famoso livro “*Maleus Maleficarum – O Martelo das feiticeiras*”, publicado em 1486 pelos inquisidores dominicanos Kramer e Sprenger, a presença de 4 fundamentos a justificar a punição das mulheres, sob a perspectiva do que séculos depois veio a se chamar criminologia etiológica: 1) a sua desvalorização, como seres inferiores e incompletos; 2) o exagero na exposição de sua capacidade de dano à sociedade; 3) o reducionismo biologista; e 4) a ideia sistêmica da sociedade.²

Passados quatro séculos, a obra de Spee revela-se ainda atual, evidenciando que o caráter estrutural do sistema penal segue o mesmo processo de reprodução. É, assim, partindo da triste ilustração histórica da caça às bruxas, que convido todas e todos a refletir sobre 3 perguntas: Em primeiro lugar: Como o D. Penal atual trata a mulher, seja como vítima, seja como autora de delitos? Em segundo lugar: Há equidade de gênero no Direito? E, finalmente, qual é o papel da Universidade nessa discussão?

Para responder a primeira pergunta, parece importante uma pista de Vera de Andrade, quando a autora evidencia que apesar de existir uma figura penal única destinada a todos, criminalizando a bruxaria, o sistema penal coibiu essa prática em proporção diferenciada para mulheres e homens (ou seja: quase 90% dos condenados por bruxaria eram mulheres). Não que houvesse mais "bruxas" do que "bruxos", mas, como a concepção de feitiçaria estava

¹ Nesse sentido, v. o prefácio de Juarez TAVARES em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica: Spee e a *cautio criminalis***. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 13 -21.

² Idem, *ibidem*.

relacionada ao universo feminino, o poder punitivo buscou com mais intensidade o estereótipo correspondente.³

Já é possível notar, assim, que tanto o discurso jurídico quanto seus meios de operacionalidade não são imparciais ou neutros, e a existência dessa parcialidade resulta num tratamento ora paternalista, ora rigoroso. Nessa perspectiva, se a conduta da mulher estiver de acordo com o comportamento esperado, será mais brando o tratamento conferido pelo Direito. Se, ao contrário, sua conduta for avessa ao papel que lhe é socialmente exigível, o tratamento por parte do sistema jurídico será mais severo.

Vamos trazer esse tema ao século XXI, no âmbito do nosso Estado Democrático de Direito, expondo primeiro alguns dados para depois discutir como o Direito Penal trata a mulher.

Ao longo da história, a desvalorização do feminino esteve enraizada na sua diferença biológica. Da inferioridade sexual e intelectual da mulher, do seu papel natural na reprodução decorre conseqüentemente um estereótipo que deve ser seguido, sob pena reprovação social: a mulher esposa, mãe, cuidadora, cabendo ao homem o espaço público. A mulher é dócil, é maternal, é delicada, é submissa, é o esteio da família. Se uma mulher fala alto ou exerce liderança, passa a receber vários adjetivos negativos (“louca”, “megera”, “mal amada”, “bruxa”), porque está tentando ocupar um espaço que lhe é negado.

Vejam, nessa linha, a afirmação de Clóvis Beviláqua, no primeiro volume de seus comentários ao Código Civil de 1916:

“Em tudo aquilo que exigir mais larga e mais intensa manifestação de energia intelectual, moral e física, o homem será mais apto do que a mulher”.⁴

Sob essa perspectiva, e logicamente afastando qualquer determinação natural relativa à condição feminina, como já havia percebido Simone de Beauvoir há mais de 70 anos, autoras como Butler e Scott ressaltam que o conceito de gênero,⁵ como construção social, permite

³ Cf. VERA REGINA ANDRADE, Do paradigma etiológico (descrição analítica da causalidade) ao paradigma da reação social: mudanças e permanência de paradigma criminológicos na ciência e no senso comum, **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, nº 30, 1995.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do Brasil**: commentado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, vol. 1, p. 183.

⁵ Desenvolvido sob diversas perspectivas teóricas feministas em contraposição à noção de sexo (que atribui um caráter natural ou biológico à diferença nas relações entre homens e mulheres), o conceito de gênero afirma o caráter social da construção dessa diferença, tomando-a como relacional e historicamente situada. Sobre o

descortinar as relações de poder existentes na sociedade patriarcal, as quais privilegiam os homens em diversos aspectos da vida privada e pública e relegam as mulheres a uma posição de subalternidade, pobreza, marginalidade social,⁶ expondo-as à violência.

Nessa perspectiva, podemos citar uma frase emblemática de Chimamanda Ngozi Adíchie, segundo quem:

“O problema com gênero é que ele determina como deveríamos ser ao invés de reconhecer quem somos. Imagine o quão felizes seríamos, o quão livres seríamos para sermos nós mesmos se não tivéssemos o peso das expectativas de gênero”⁷

Como consequência dessa inequidade de gênero, temos a violência contra a mulher, que está tão profundamente presente na sociedade brasileira a ponto de ser naturalizada, ou, quando mais grave, silenciada no âmbito do espaço doméstico, permanecendo oculta em grande número dos casos.⁸ Nesse sentido, se as agressões físicas, sexuais, psicológicas e patrimoniais são crimes cuja amplitude ainda é difícil de medir, os homicídios praticados contra mulheres acabam mais visíveis, por sua gravidade, demonstrando até que ponto a violência de gênero e o sentimento de dominação podem chegar.

Diante da cultura patriarcal e machista da sociedade, uma das grandes lutas travadas desde o último século por grupos feministas foi a de buscar transformar a discussão, antes tomada como privada, em uma questão pública, justamente por se entender que a violência baseada no simples fato de ser mulher interfere significativamente no exercício da cidadania de mulheres no mundo todo, limitando seu pleno desenvolvimento como sujeitos constituintes da sociedade. Por isso, vários países, inclusive o Brasil, têm se articulado no sentido de assinar pactos e convenções internacionais e de colocar em prática políticas públicas de enfrentamento.

No caso brasileiro, a mudança mais marcante nesse sentido é sem dúvida a chamada Lei Maria da Penha, de 2006, reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres. Da mesma forma, em 2015, a lei que

tema, v. SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Trad. Guacira Lopes Louro, revisão Tomaz Tadeu da Silva. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, no 2, jul./ dez. 1995.

⁶ No mesmo sentido, v. PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. In **Enciclopédia jurídica da PUC**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017.

⁷ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejam todos feministas**. Trad. Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

⁸ CF. Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo. Entre silêncios e dissonâncias: vulnerabilidade de gênero e direito penal. **Delictae**, V. 5, n. 8, jan-jun. 2020, p. 123.

ficou conhecida como Lei do Femicídio representou um passo bastante importante no reconhecimento da violência contra a mulher, ao introduzir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime homicídio doloso, aumentando a punição. Mas apesar dos reconhecidos avanços legais que mencionei, o Brasil classifica-se hoje como o quinto país com mais mortes femininas, com a taxa de 4,8 homicídios de mulheres por 100 mil habitantes (o que é 74% maior do que a média mundial). Analisando o perfil das vítimas de feminicídio, resta clara a maior vulnerabilidade das mulheres pretas e pardas, que são 62%, contra 36% de brancas, conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021.

Além dos ataques físicos, psicológicos, sexuais e patrimoniais diretos, a mulher sofre muitas outras formas de violência latente na sociedade, como no mercado de trabalho, na escola, na faculdade, na família e entre os próprios amigos. O fato é que, em pleno século XXI, a mulher não consegue ser reconhecida como ser igual na sociedade.

Considerando essa realidade, embora se admita que, realmente, a Lei Maria da Penha e a Lei do Femicídio representam importantes conquistas dos movimentos feministas, justamente porque cristalizam o reconhecimento institucional do problema da violência contra a mulher, há muita dúvida sobre o nível de maturidade na discussão atual.⁹ Nesse sentido, como estudiosa do Direito Penal, questiono se as demandas das mulheres podem ser alcançadas por meio do uso prevalente do sistema penal como resposta à violência de gênero, como vem acontecendo no Brasil.

Um exemplo ilustrativo de como o sistema penal não dá conta de resolver o problema da violência contra a mulher é o processo de elaboração da denominada Lei do Femicídio, que acabou sendo aprovada sem o termo “gênero”, substituído pela expressão mais conservadora “sexo feminino”, excluindo da proteção penal as mulheres trans.¹⁰ Além disso, as qualificadoras estabelecidas parecem querer indicar um perfil de mulher que pode ser considerada vítima do delito, aproximando-o da figura clássica da “mulher mãe de família”. Assim, na prática as mulheres que não se adequam aos papéis sociais tradicionalmente estabelecidos dificilmente são consideradas vítimas de feminicídio.

⁹ No mesmo sentido, v. Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo. Entre silêncios e dissonâncias, cit., p. 126.

¹⁰ Para uma trajetória do projeto e posterior mudança legislativa, bem como sua análise crítica, v. CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, v. 7, n. 1, 2015, p. 103-115.

Há ainda outros exemplos emblemáticos de como o atual Direito Penal trata a mulher. O primeiro deles é o aborto, punido como crime em nosso Código Penal, salvo quando houver risco de morte à gestante ou quando a gravidez decorre de estupro (o denominado aborto sentimental). As senhoras e senhores poderiam perguntar: Por que é crime o aborto, mesmo em caso de malformação grave do feto, se ao mesmo tempo o Direito Penal autoriza abortar um feto perfeito quando a gravidez decorre de estupro? O sistema penal estaria a defender os interesses da mulher nesse segundo caso? Claro que não. O que a lei protege desde 1940, ao justificar a prática do chamado aborto sentimental, é a honra da família, do pai, do marido. Imagine-se que desgraça para o pai não conseguir casar sua filha que foi estuprada e teve um filho em decorrência do estupro? E como ficaria a honra do marido e da família da mulher casada que, estuprada, engravidasse e tivesse que ter o bebê? Então a licitude do aborto sentimental não tem nada de benevolente em relação às mulheres; a preocupação é masculina.

Outro exemplo de como o Direito Penal trata violentamente as mulheres são os crimes sexuais. Nesses casos, sobre a mulher tradicionalmente recai um julgamento moral machista, que muitas vezes atribui à própria vítima a causa do crime.¹¹ Em palavras simples, a vítima se torna ré: “foi estuprada porque se insinuou, porque provocou o homem, porque se comportou mal, porque estava bêbada, porque estava usando uma roupa indecente”. E esse raciocínio parece mesmo lógico, afinal, se o estupro é um ato típico de domínio e de submissão das mulheres, na esfera judiciária geralmente aparece acompanhado de justificativas masculinas. Assim, o famoso *in dubio pro reo*, que em geral garante ao réu o benefício da dúvida, baseada no respeito ao cidadão acusado da prática de um crime, acaba sendo substituído nos crimes sexuais pelo *in dubio pro stereotype*, fundado no desrespeito à cidadania da vítima mulher, que ao buscar a Justiça acaba sendo novamente vitimizada, conforme demonstraram Silvia Pimentel, Ana Lucia Pastore e Valéria Pandiarjian.¹²

Por falar em crimes sexuais, impressiona o fato de ter sido apenas no ano de 2005 que a mulher deixou de ser vista, para o Direito Penal, como merecedora de maior ou menor

¹¹ Conforme adverte Vera Regina Pereira ANDRADE: “*Trata-se, pois da vitimação seletiva das mulheres obedecendo à proteção seletiva do bem jurídico moral sexual: só a moral das ‘mulheres honestas’, maiores ou menores de idade, é protegida.*” *Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?* In: DORA, Denise Dourado (Coord.). **Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1997, p. 119.

¹² Cf. PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesias”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 207.

proteção a depender de seu comportamento sexual. Com efeito, até então o Código Penal brasileiro trazia a famosa expressão “mulher honesta”,¹³ como contraponto das prostitutas. Chama a atenção, também, que só no mesmo ano de 2005 o estupro tenha deixado de ser capitulado como crime contra os costumes para ser considerado como ofensivo à liberdade sexual da mulher. Portanto, até recentemente o Direito Penal nem sequer se preocupava com a dignidade sexual da mulher estuprada, mas somente com os bons costumes sociais, violados pelo estuprador.

Finalmente, podemos mencionar a situação da mulher encarcerada, que sofre uma série de violações à sua dignidade em razão do gênero. De fato, sem desconsiderar que o sistema penitenciário também viola uma série de direitos dos homens presos, há aspectos dessa violação que são próprios das experiências femininas, porque toda a estrutura carcerária é projetada conforme padrões masculinos. Então, além da própria pena, a mulher presa sofre com o abandono pela família, a ausência de assistência médica durante e após a gravidez, a violência obstétrica mais intensa do que se dá com as mulheres em liberdade, a separação dos filhos logo após o período de amamentação, a perda dos filhos para famílias adotivas e o acometimento de doenças mentais em maior proporção do que se dá com os homens. Isso ocorre por conta da consideração da “anormalidade” da mulher criminosa, conforme os ecos do positivismo criminológico ainda hoje presentes no sistema de justiça criminal e na sociedade. Nessa perspectiva, Cesare Lombroso já enunciava a dupla excepcionalidade da mulher delinquente: enquanto criminosa ela é excepcional em relação à sociedade civilizada, e enquanto mulher é excepcional frente ao número total de criminosos, que normalmente são homens.¹⁴ E, conclui Lombroso: “*como uma dupla exceção, a mulher criminosa é um verdadeiro monstro*”, não tem afeição maternal, é masculinizada, tem sexualidade exagerada e só se preocupa com os próprios desejos.¹⁵ Ou seja, a mulher criminosa foge completamente do estereótipo de gênero da mulher-mãe e, por isso, merece um tratamento penal especialmente violento e cruel.

¹³ Sobre o conceito doutrinário de “mulher honesta”, v. as definições de HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal. Vol. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 148 e NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 3º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 1961, p. 176.

¹⁴ Em igual sentido, v. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Gênero, raça e pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo direito* • Rev. direito GV 11 (2) • Jul-Dec 2015.

¹⁵ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman* Translated by Nicole Hahn Rafter and Mary Gibson. Durham: Duke University Press, 2004.

Vistos todos esses exemplos, e considerando que a violência de gênero só se mantém em um quadro de desigualdades de gênero, podemos ver claramente o impacto das instituições jurídicas que reproduzem a hegemonia patriarcal. É nesses espaços -incluindo o próprio Poder Judiciário - que se mantêm as relações de força, naturalizando a hierarquia, reforçando os acessos desiguais às fontes de poder e perpetuando a dominação masculina.

Então chegamos a uma conclusão importante e grave: o Direito Penal adota um parâmetro de indivíduo que é masculino e como o sistema não está preparado para receber um modelo diverso de sua base estrutural, a irritação é insuficiente para gerar mudanças funcionais. Em suma, se as normas penais foram estruturadas a partir de uma perspectiva masculina, há a desconsideração das especificidades femininas, comprometendo o acesso à justiça.

A esta altura, devo já advertir para uma questão central no debate sobre as questões de gênero em relação ao Direito em geral: soa utópico e paradoxal pensar no Direito como mecanismo útil para superar a cultura patriarcal machista e promover equidade de gênero, quando tradicionalmente esse instrumento de controle social formal tem servido à dominação e opressão social. De fato, é preciso admitir que o sexismo é constitutivo do Direito, e não um mero desvio disfuncional.¹⁶

Justamente por isso, embora nas últimas décadas os movimentos feministas tenham logrado importantes conquistas quanto à ratificação de documentos internacionais e à elaboração de diplomas normativos de Direito interno, as mulheres seguem com a consciência de que provavelmente não serão tratadas com justiça na prática legal cotidiana. Isso porque, apesar da existência de direitos e garantias positivados, sua aplicação envolve a linguagem e, a partir do reconhecimento de que o Direito materializa sempre um discurso de poder, a interpretação e aplicação das normas não está imune a disputas, cujo desfecho é necessariamente condicionado pela cultura patriarcal que permeia a sociedade. Nesse sentido, já afirmava Franz Kafka: *"Ante a lei, há sempre um porteiro"*.

Assim, nos âmbitos legislativo, doutrinário e na prática judiciária a inequidade de gênero cristaliza-se como um fenômeno naturalizado, em um sistema jurídico ainda orientado por preconceitos e estereótipos intoleráveis em pleno Estado Democrático de Direito.¹⁷ Isso

¹⁶ No mesmo sentido, v. FACIO, Alda. *Hacia otra teoría crítica del derecho*, cit., p. 204.

¹⁷ No mesmo sentido, tratando especificamente da denominada "cultura do estupro", v. ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. **Ela não mereceu ser estuprada**. A cultura do estupro nos casos penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 173.

explica em grande medida o fato de que, a despeito da promoção crescente de leis contra as distintas formas de violência de gênero, tal violência não tenha de fato diminuído na sociedade brasileira.¹⁸ Ainda quando a demanda de reconhecimento de direito das mulheres é formalmente atendida, o acesso à justiça segue prejudicado.

Soma-se a tudo isso o contexto especialmente triste que vivemos hoje em regimes democráticos fragilizados por crises políticas e rupturas institucionais. Isso tem levado a um cenário de retrocessos, discriminação e violência, com o avanço de forças conservadoras e fundamentalistas no interior de poderes do Estado.¹⁹ É estarrecedor ver que em pleno sec. XXI, se valorizam cada vez menos o saber e a ciência como instrumentos de desenvolvimento humano. Vivemos em um contexto de intolerância, machismo, racismo. Em suma, um momento especialmente difícil para os direitos humanos, tratados como meros objetos negociáveis.

Há que mudar esse quadro. Há que se buscar equidade de gênero em nossa sociedade. Mas será que o Direito Penal se presta a tal missão? Ou caberia a outros ramos do Direito promover a equidade de gênero? Essa é nossa segunda pergunta.

Ao depositarem as esperanças no poder punitivo para o tratamento da violência de gênero, as mulheres estão a convocar em seu auxílio o mesmo veneno que as submete e mata. Não há dúvida de que o poder punitivo pode e deve ser utilizado, porém desde que se trate de um mero instrumento subsidiário no sistema de controle social.

É importante reconhecer, portanto, que o Direito Penal não só não sabe trabalhar com os recortes necessários para a análise complexa da violência de gênero, como deliberadamente reforça estereótipos baseados nesses mesmos recortes, relegitimando a reprodução de um sistema social desigual. E é justamente esse o grande paradoxo que deve ser enfrentado pelos movimentos feministas no atual cenário político-criminal brasileiro. De um lado, ainda que ineficaz para a efetiva proteção de mulheres vulneráveis, a visibilidade que o Direito Penal dá aos valores por ele protegidos poderia fomentar a discussão sobre a violência de gênero. Por outro lado, a utilização desse mecanismo simbólico produz efeitos reais perversos, que atingem

¹⁸ Nesse sentido, o Brasil ocupa a 5ª posição no Ranking Mundial sobre a morte violenta de mulheres (feminicídio), segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas pra os Direitos Humanos (ACNUDH).

¹⁹ Cf. PIMENTEL, Sílvia, Gênero e direito, cit.

não somente as pessoas criminalizadas, mas também aquelas que utopicamente buscam no sistema de justiça criminal a proteção de seus direitos.²⁰

Finalmente, o que parece passar despercebido é que a promessa de visibilidade do tema da violência de gênero por meio de sua criminalização também é falsa. Ao invés de promover um debate sério sobre o tema, o que o Direito Penal faz é contribuir para mascarar os alicerces da desigualdade de gênero. Isso é assim porque a justiça criminal não trabalha com problemas estruturais e enraizados na sociedade, como é a questão de gênero, e sim com um ato criminalizável específico, o que impede que se perceba e se trate da conjuntura social que origina comportamentos individuais lesivos. Então o Direito Penal não só oculta as estruturas desiguais e opressoras, como impede que sejam adotadas políticas mais eficazes no trato da questão, deixando intocados os desvios estruturais que alimentam a violência, conforme já afirma Maria Lúcia Karam.

Diante desse cenário, é necessário desconstruir paradigmas. O Direito pode e deve se esforçar na busca da equidade de gênero, mas sem deixar o protagonismo justamente com seu braço mais violento e opressor, que é o Direito Penal. Mas como fazer isso? Como trazer equidade de gênero ao Direito? E aí chegamos à terceira e última pergunta: qual é o papel da Universidade no processo de reconstrução do ensino jurídico sob a perspectiva da equidade de gênero e, conseqüentemente, na elaboração de mecanismos para a superação dos estereótipos e preconceitos sobre as mulheres que permeiam o universo jurídico?

O Curso de Direito é muito marcado pelas tradições, o que remete ao masculino, já que ele foi criado por homens e para homens (D. Pedro I está retratado na Sala da Congregação lembrando que a criação dos cursos jurídicos no Brasil em 1827 buscava formar o quadro burocrático do Império, que logicamente era masculino). Até a década de 1930, só 9 mulheres haviam se formado nas Arcadas. Quanto à docência, só em 1948 a primeira mulher a tornou-se professora, a Profa. Esther de Figueiredo Ferraz. Tivemos a primeira titular em 1970, Nair Lemos Goncalves, e a primeira e única diretora, Ivette Senise Ferreira, em 1998. O que acontece com as mulheres na Academia e no Direito?

²⁰ Cf. SIMÕES, Heloisa Vieira. **A tutela penal patriarcal e o paradoxo do feminismo punitivista**. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, p. 88-89.

As mulheres que atualmente compõem o corpo docente nos cursos de Direito fazem parte de gerações que sofreram e sofrem com estereótipos de gênero e as mais variadas formas de violência no ambiente acadêmico, no âmbito de dinâmicas socioculturais até pouco tempo invisíveis e, por isso, não debatidas. Embora possam ser consideradas à primeira vista como vitoriosas e bem-sucedidas, essas docentes na verdade alcançaram as respectivas posições *apesar* do sistema. Tomando-se a Faculdade de Direito da USP como exemplo paradigmático, atualmente apenas 17% do corpo docente é formado por mulheres e, tratando do nível mais alto da carreira, tal percentual cai para 11%.

Assim, é fundamental refletir sobre os problemas do Direito como um território ainda masculino e, conseqüentemente, sobre a importância da equidade de gênero no ensino jurídico.

A constatação das desigualdades de gênero na Academia, que são reproduzidas em grande medida no campo simbólico (aquilo que se pensa sobre o que homens e mulheres são, devem e podem fazer em suas vidas profissionais e familiares),²¹ desconstrói o mito da meritocracia e revela a existência de uma barreira não apenas ao ingresso e à ascensão das mulheres, como também ao simples pertencimento ao espaço acadêmico.²² Como reflexo desse quadro de invisibilização de gênero e de naturalização do masculino, tem-se o enfraquecimento da pluralidade e, assim, da própria essência da Universidade.

Mais do que isso, e para além dos muros da Academia, como já vimos a inequidade de gênero afeta diretamente as formas de produção e de aplicação do Direito, cristalizando-se em uma hegemonia discursiva que normaliza e reforça a cultura patriarcal presente na sociedade. Justamente por isso, verifica-se ainda hoje no Direito brasileiro não apenas a reprodução, como também a construção de estereótipos de gênero que acabam por negar os direitos das mulheres, tornando-as mais vulneráveis à violência.²³

²¹ Nesse sentido, v. MOSCHKOVICH, Marília Bárbara Fernandes Garcia. **Teto de vidro ou paredes de fogo?** Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP. 2013. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP, p. 111-112. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/REPOSIP/251113>>. Último acesso em 25.03.2021.

²² Cf. CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo, 2021, p. 21-22. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376046>>. Último acesso em 24.01.2023.

²³ Tratando dos estereótipos de gênero nos crimes sexuais, v. PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Fabris, 1998.

No Direito, as mulheres representam metade do 1,2 milhão de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil,²⁴ porém sua presença em cargos de liderança em carreiras do direito público e privado é minoritária, se comparada com a participação masculina. A presença das mulheres nas várias carreiras jurídicas é de cerca de 40%, mas elas não ascendem na mesma proporção que os homens. Na medida em que a carreira progride, a participação feminina decai e há a tendência das mulheres de se espelhar no modelo masculino,²⁵ em uma imagem de suposta neutralidade e como parte de uma dinâmica de apagamento do gênero.

Na academia o diagnóstico não é diferente, embora hoje metade do alunado seja composto por mulheres. Mas é interessante notar que o marcador de gênero nas relações que se estabelecem desde cedo no espaço acadêmico tradicionalmente está oculto, não é percebido nas interações. Há situações às vezes muito sutis de diferença de comportamento e postura entre homens e mulheres, tornando difícil a percepção do problema da discriminação de gênero, que não necessariamente fica explícita nas ações, falas e conteúdos programáticos. E esse fenômeno é especialmente relevante no contexto das Faculdades de Direito, responsáveis pela formação de profissionais que podem assumir posições-chave na escala de poder e tomada de decisão, capazes de influenciar e modificar a construção das relações sociais.

Muito bem, a partir de 2015, algumas alunas de graduação e Pós da FADUSP começaram a refletir conjuntamente sobre inquietações que lhes pareciam pessoais quanto ao silenciamento feminino, formando o Grupo de Pesquisa e Estudo de Inclusão na Academia – GEPEIA. A pergunta da pesquisa era: “Como se dão as interações na FD a partir do marcador de gênero?”. Os resultados são impressionantes e foram publicados no livro “Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?”, sob a coordenação da Professora Sheila Cerezetti.²⁶

²⁴ Informação disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Último acesso em 30.01.2023.

²⁵ Sobre a incorporação do modelo masculino pelas mulheres que conseguem superar o “teto de vidro”, em especial na advocacia, v. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. *Cadernos de Pesquisa*. 2017, vol.47, n.163, p. 25. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742017000100016&script=sci_abstract&tlng=pt>. Último acesso em 20.01.2023.

²⁶ NEDER CEREZETTI, Sheila Christina et al. **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?**, São Paulo, Cátedra UNESCO de Direito à Educação /Universidade de São Paulo (USP), 2019, disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367420.locale=en>, último acesso em 29.01.2023.

Em resumo, durante o período pesquisado verificou-se que as alunas iniciavam a graduação em Direito autoconfiantes, mas que essa disposição ia desaparecendo durante o curso, em um movimento de ‘invisibilização’ do gênero feminino e de naturalização do masculino. As alunas sentiam um desconforto, que ia aos poucos se transformando em um silenciamento e na sensação de que o espaço não era delas (relatavam ser interrompida, suas opiniões não eram levadas em conta, não se sentiam confortáveis para participar da discussão como sentem os homens, liam uma bibliografia quase que exclusivamente formada por autores homens, numa aula comandada por um homem). Com as docentes pesquisadas ocorreu o mesmo, e a forma como eram vistas pelos próprios discentes é reveladora dessa inequidade. Assim, por exemplo, enquanto os docentes homens eram vistos como seres complexos, integrais (tal professor é duro nesse ponto, assertivo no outro, bem-humorado, inteligente, cauteloso), as mulheres docentes eram vistas como seres mais planos, ou mães/boazinhas ou megeras/loucas, porque encaixadas em estereótipos.²⁷

Vejam que a partir da provocação de alunas, procedeu-se a uma pesquisa importantíssima, não só porque inspirou a realização de diversas outras, dentro e fora do Largo de São Francisco, mas sobretudo porque tornou o problema visível, permitindo avançar num debate mais qualificado. Então passamos ao desenvolvimento de uma cultura acadêmica preocupada com questões de gênero e de diversidade, dentro do tripé ensino, pesquisa e extensão.

E devemos estar atentos a essas questões, diagnosticar as desigualdades de gênero para promover mudanças, que vão muito além das universidades para atingir populações que suportam o peso da violência e da desigualdade estruturadas e mantidas por meio de nossos sistemas legais.

Por isso, para além da necessidade de análise das manifestações de inequidade de gênero na Universidade, faz-se necessário pensar também em uma teoria crítica do Direito, a partir de bases feministas.²⁸ De fato, para que a sociedade seja mais igual e justa nas relações de gênero, temos que promover reflexões teóricas que levem a questionar por que o sujeito do Direito é o

²⁷ NEDER CERZETI, Sheila Christina et al. **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP**, cit.

²⁸ Não se pretendeu no presente escrito aprofundar as diversas teorias feministas e seus respectivos marcos, optando-se por considerar que todas as correntes do feminismo buscam algum grau de transformação do status jurídico e social das mulheres e, assim, necessariamente pretendem transformar as relações de poder entre os gêneros, o que levaria a transformar a própria estrutura da sociedade e do pensamento.

homem branco, heterossexual, com situação econômica favorável e sem incapacidades visíveis. E tal desenvolvimento teórico só será possível num contexto de um ensino jurídico sensível às questões de gênero.

Repensar o ensino jurídico não se resume, porém, a incluir no currículo das Universidades disciplinas sobre feminismo, devendo-se incentivar uma formação transversal e a reflexão sobre a própria situação acadêmica das mulheres, sua discriminação nos tribunais e a desvalorização de suas experiências como fonte de conhecimento, em prol de uma posição pretensamente neutra da Academia e do Direito.²⁹ Trata-se também de criar ambientes participativos que permitam a livre atuação das mulheres, por meio da própria reforma dos métodos tradicionais e conservadores de ensino.

Em uma sociedade estruturalmente patriarcal e machista, é papel da Academia mostrar que as relações podem e devem ser diferentes, formando alunas e alunos para uma experiência mais plural sobre as profissões jurídicas e a aplicação concreta do Direito. A maior missão da Universidade consiste, sob essa perspectiva, em conduzir a um caminho de constante reflexão, permitindo não só conhecer a realidade, mas também elaborar mecanismos para superar estereótipos e preconceitos, contribuindo para a transformar as relações assimétricas de poder baseadas no gênero.³⁰

Equidade de gênero só se conquista com a promoção de uma educação de gênero, especialmente relevante no contexto desta Faculdade de Direito, responsável pela formação de profissionais que assumirão posições-chave em diversos setores sociais. E partindo do papel estratégico da São Francisco como espaço de reflexão sobre discussões até então silenciadas no âmbito jurídico, a maior representatividade feminina nessa esfera é fundamental, no sentido de garantir uma reflexão verdadeira.

²⁹ Cf. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. El feminismo en la enseñanza del derecho en los Estados Unidos: estrategias para América Latina. **Academia**: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Buenos Aires, ano 3, n. 6, 2005, p. 177-178. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-ensenanza-derecho/article/view/33855>>. Último acesso em 15.01.2023. Em igual sentido, v. MACKINNON, Catherine A. Mainstreaming feminism in legal education. **Journal of Legal Education**, v. 53, n. 2, 2003, p. 199 e ss., e ALMEIDA, Maria Clara D'Avila. **Gênero, violência e subversão**: o ensino jurídico como prática de liberdade. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2016, p. 44-46.

³⁰ No mesmo sentido, v. HOOKS, bell. **Ensinando a transgredir**: a educação como prática de liberdade. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 174.

Isso não significa excluir os homens do processo de reflexão sobre a inequidade de gênero como problema social relevante e de reconstrução crítica do ensino jurídico, sob a perspectiva de gênero. Para o êxito de tal desafio, é necessário que homens e mulheres trabalhem juntos, com consciência sobre seu poder de transformação.

Apenas desse modo será possível construir um ensino jurídico que permita a superação de um Direito “neutro” excludente e, assim, a compreensão das interações sociais a partir das diferenças, inclusive em relação ao gênero.

Uma sociedade sem machismo e misoginia é uma sociedade com menos violência e desigualdades. Estou falando de um mundo em que a igualdade é uma virtude e um direito. Vocês poderiam me perguntar: Professora, a Sra. é feminista?

Se ser feminista significa resistir às injustiças do regime político do gênero e ao poder patriarcal, então sou feminista. Se ser feminista implica recusar destinos para corpos e resistir a uma ordem de subalternização de vidas, então claro que sou feminista! Sejamos todas e todos feministas!

Gostaria de concluir citando Nísia Floresta, nascida em 1810 no Rio Grande do Norte e considerada a primeira feminista brasileira. Em seu livro “Direitos das mulheres e injustiças dos homens”, publicado em 1832, a autora reflete sobre a situação de exclusão das mulheres da sua época, criticando o círculo vicioso em que a cultura patriarcal machista coloca as pessoas sem o perceberem ao perguntar:

“Por que a ciência nos é inútil? Porque somos excluídas dos cargos públicos; e por que somos excluídas dos cargos públicos? Porque não temos ciência.”

E Nísia Floresta conclui sua obra afirmando:

“De quanto tenho dito até o presente, não tem sido com a intenção de revoltar pessoa alguma de meu sexo contra os homens. Eu pretendo somente fazer ver que meu sexo não é tão desprezível como os homens querem fazer crer, e que nós somos capazes de tanta grandeza de alma como os melhores desse sexo orgulhoso. E estou mesmo convencida que seria vantajoso para os dois sexos pensar dessa maneira.”

Eu não só espero, mas trabalharei nesse sentido, para que o tema sobre o qual tratei hoje seja num futuro próximo algo absolutamente ultrapassado e que, portanto, não precise voltar a ser abordado por minhas sucessoras nas Arcadas.

Que Eu Seja a Última: resenha sobre o livro de Nadia Murad

The Last Girl: review about Nadia's Murad book

Marcela Bittencourt Brey¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Por meio da presente resenha, pretende-se refletir sobre os esforços da ex-escrava sexual *yazidi* e autora da autobiografia *Que eu seja a última: minha história de cárcere e luta contra o Estado Islâmico*. Seus atos permeiam, desde a persecução criminal internacional dos ex-membros do grupo terrorista Estado Islâmico, até a sua influência na prevenção e tentativa de mitigação dos efeitos da violência sexual relacionada ao conflito armado. A obra da autora transpassa a condição e trajetória de mulher *yazidi* livre à vítima de escravidão sexual, e de refugiada – vítima sobrevivente – à ativista de direitos humanos. Os documentos oficiais, como resoluções e relatórios produzidos pela ONU e Parlamento Europeu, bem como, artigos e outras fontes de pesquisa consultadas, conferem pertinência a narrativa apresentada no livro. Hoje, Nadia Murad é uma das vozes que ecoam no globo não somente em prol de punição dos membros do Estado Islâmico. Também atua em parceria com organizações não governamentais num viés mais centrado na vítima sobrevivente. O *Murad Code Project* pretende evitar a repetição das experiências narradas no livro e pode ser uma influência ética voltado às boas práticas dos estados no enfrentamento da violência sexual relacionada aos conflitos armados.

Palavras-chaves: Estado Islâmico – gênero – *Yazidi* – Escravidão sexual – Conformidade.

Abstract: Through this review, it purposes to reflect on the efforts of the Yazidi rape victim, slave, and author of the autobiography *The last girl: my story of prison and struggle against the Islamic State*. Her actions range from the international criminal prosecution of fighters members of the Islamic State terrorist group to her influence in preventing and trying to mitigate the effects of sexual violence related to armed conflict. The author's work transposes the condition

¹ Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP, Pós-graduanda em Compliance na área da saúde, Advogada. <https://orcid.org/0000-0002-5867-6965>, ID Lattes: 5492134261028151, E-mail: marcelabbrey@gmail.com

and trajectory of a free Yazidi woman to a victim of sexual slavery, and from a refugee – surviving victim – to a human rights activist. Official documents, such as resolutions and reports produced by the UN and the European Parliament, as well as articles and other research sources consulted, give relevance to the narrative presented in the book. Today, Nadia Murad is one of the voices that reverberate across the globe not only in favor of accountability members of the Islamic State. It also works in partnership with non-governmental organizations in a more victim-surviving bias. The Murad Code Project intends to avoid the repetition of the experiences narrated in the book and can be an ethical influence focused on the good practices of the states in facing sexual violence related to armed conflicts.

Keywords: Islamic State- gender – Yazidis – Sexual Slavery – Compliance.

1. Introdução

Nadia Murad é a autora do livro *Que eu seja a última: minha história de cárcere e luta contra o Estado Islâmico*. Ela pertence a uma minoria étnico religiosa chamada *yazidi*. Na condição de ex-escrava sexual e atualmente Embaixadora da Boa Vontade do Escritório das Organizações das Nações Unidas sobre drogas e crimes (UNODC) para dignidade e sobreviventes do tráfico humano e ganhadora do prêmio Nobel da Paz em 2018,¹ a ativista de direitos humanos tem ganhado relevância no cenário internacional. Devido ao seu engajamento como ativista e por meio de sua organização sem fins lucrativos *Nadia's Initiative*, esforços são vistos no auxílio a reconstrução de comunidades afetadas em decorrência dos conflitos armados e dos crimes praticados pelo Estado Islâmico, principalmente nas localidades situadas próximas de sua terra natal, Sinjar, norte do Iraque.

Por meio de sua trajetória, pode ser observado que Nadia Murad também têm se apresentado frente aos estados internacionais com uma postura mais assertiva, especialmente no que tange como eles têm agido no enfrentamento da violência sexual relacionada ao conflito armado. Sob o recorte da violência de gênero e a sua relação com crimes de terrorismo e tráfico

¹ Disponível em <<https://www.unodc.org/unodc/en/press/releases/2018/October/unodc-executive-director-congratulates-unodc-goodwill-ambassador-nadia-murad-on-nobel-peace-prize.html>>. Acesso em: 21 fev. 2023.

de pessoas, esse tipo de violência pode não ser um fato novo. Todavia, as consequências desse tipo de violência sejam no âmbito local ou global é um ponto que não pode ser desprezado.

É que cada vez mais, as sociedades estão interconectadas, ou seja, apesar dos crimes praticados pelo Estado Islâmico terem ocorrido em regiões do Iraque e da Síria, a partir de 03 agosto de 2014,² seus reflexos foram sentidos na comunidade internacional como um todo. Em virtude das perseguições sofridas, inúmeras pessoas foram vítimas de migração forçada.

Nadia Murad, ao ter sido exposta a condições totalmente adversas – a escravidão sexual –, por ter sobrevivido aos piores tipos de violências que uma pessoa pode sofrer, pela coragem ao expor sua história, pela ânsia de buscar justiça e reparação ao seu povo, é considerada uma inspiração de vida.

A obra apresenta o prefácio da advogada especialista e ativista de direitos humanos, Amal Clooney, que também auxiliou a dar publicidade aos fatos que devastaram a vida de Nadia Murad, de sua minoria étnico religiosa – *yazidi* –, bem como de outras minorias residentes naquela região.

O prefácio, apesar de curto, demonstra-se capaz de causar impacto ao seu leitor ou a sua leitora, porque justamente, em apenas três páginas, ele consegue salienta a importância e relevância da obra no enfrentamento da violência sexual relacionada ao conflito armado.

É salientado o momento em que elas se conheceram pessoalmente, oportunidade em que Amal ouviu a história da própria Nadia pela primeira vez. Na ocasião, inclusive, viu as marcas e cicatrizes no corpo da autora, fruto das violências, queimaduras e espancamentos sofridos. Nadia Murad descreveu os fatos e como o rumo de sua vida havia sido alterado no momento que o Estado Islâmico invadiu sua vila, transformando os *yazidis* em prisioneiros. Aqueles que se convertessem a religião do islã teriam as vidas poupadas; todavia, nem todos se converteram e assim testemunhou: a morte de inúmeros *yazidis*, a escravidão sexual das incontáveis meninas e mulheres *yazidis*, o trabalho forçado dos homens, o treinamento militar dos meninos e o extermínio de seu povo. A maioria dos *yazidis* foi jogada em valas comuns.

Amal Clooney ainda enfatiza a transformação de Nadia Murad: de órfã a sobrevivente; de vítima de violência sexual à líder *yazidi*; de escrava à defensora das meninas e mulheres

² A delimitação temporal e a perseguição religiosa por razões de gênero aqui abordadas, constituem-se essenciais nessa resenha, visto que o Estado Islâmico realizou o cerco e invadiu a vila no qual Nadia Murad habitava e das regiões vizinhas no fatídico dia 03 de agosto de 2014.

yazidis; de refugiada à Embaixadora da Boa Vontade das Nações Unidas. Ela ainda ressalta que: enquanto escrevia o prefácio, o Conselho de Segurança das Organizações das Nações Unidas – ONU – havia criado uma equipe de investigação com o fim de coletar provas e evidências dos crimes praticados pelo Estado Islâmico no Iraque.

Nadia Murad tem sido, na atualidade, a voz de inúmeras outras vítimas – meninas e mulheres *yazidis* –, ex-escravas sexuais, que lutam não somente pela punição dos algozes. Muitas visam reencontrar ainda familiares desaparecidos ou ainda ter somente a identificação dos restos mortais de seus entes queridos, com o fim de oferecer o sepultamento digno. Outras buscam reparação, ao passo que algumas também esperam reconstrução de sua comunidade. Todavia, independente dos aspectos centrados em punição, reparação ou reconstrução, as mulheres e meninas *yazidis* esperam o investimento pelas autoridades locais e internacionais no campo da prevenção, para que o cenário experimentado não mais se repita.

E é nesse rumo que a autora da obra, aqui, explorada, pode ser uma influência à seara do *Compliance* voltado à antiviolação sexual. O projeto propõe colocar a vítima da violência sexual relacionada ao conflito armado no centro do cuidado e esse agir ético é ressaltado no *Murad Code Project*. O projeto, cuja iniciativa é consultiva e de abrangência global, é destinado aos estados, para que estes fomentem melhores práticas. E, ao implementá-lo, podem auxiliar as vítimas sobreviventes e as sociedades como um todo.

O *Murad Code Project* leva o nome de Nadia Murad, de forma a reconhecer a sua luta pelo respeito dos direitos humanos das vítimas sobreviventes. O objetivo é trazer o bem-estar da vítima no centro dessa questão. Não basta buscar punições. De forma que, ao mesmo tempo, o Código não serve somente a coletar testemunhos ou registrar as experiências das vítimas, mas a amparar investigações e documentar de forma segura e ética.

Portanto, tendo já realizado as apresentações da autora do livro desta resenha e de sua trajetória, e não sendo o presente artigo sobre o projeto *per se*, mas sim sobre o livro em português, discorrer-se-á, a partir de então, sobre a obra e descrição de seus capítulos.

2. Apresentação do livro Que eu seja a última: minha história de cárcere e luta contra o Estado Islâmico

A obra, em português, é uma autobiografia, publicada no ano de 2019 pela Editora Novo Século, com sede em São Paulo. Tem trezentos e trinta e cinco páginas, possui mapa da região

norte do Iraque dos meses de agosto-setembro de 2014 – época da conexão dos crimes praticados pelo Estado Islâmico com os fatos narrados pela autora –, prefácio, epílogo, fotos em preto e branco, bem como glossário. O livro é dividido em três partes: a primeira possui dez capítulos; a segunda, doze; ao passo que a terceira possui onze capítulos. Na ficha catalográfica do livro não há informação sobre a tiragem de exemplares.

Em que pese essa resenha apresente o livro em português, a obra conta com a edição anterior em inglês, todavia, ambas descrevem os direitos autorais reservados à organização sem fins lucrativos de Nadia Murad, a *Nadia Initiative*. A obra em inglês foi publicada em 2017 pela editora Tim Duggan Books, com sede em Nova Iorque. Recebe o título *The last girl: my story of Captivity, and my Fight Against the Islamic State*. Possui ISBN 978-1-5247-6044-1 e está disponível na versão ebook ISBN 978-1-5247-6045-8, todavia, apresenta trezentos e nove páginas. Igualmente a versão em português, contém mapa da região norte do Iraque dos meses de agosto-setembro de 2014, prefácio, epílogo e uma pequena nota ao final sobre a autora. É dividida em três partes. Diferentemente da versão em português, as fotos se encontram inseridas na segunda parte e não ao final da obra, além disso, são coloridas. Não possui glossário.

Especificamente, quanto à linguagem da obra, a autobiografia é escrita em primeira pessoa do singular, o que denota a narrativa das experiências e fatos vividos por ela, ou seja, Nadia Murad é a autora da obra mas conta também com a participação, em conjunto, da jornalista Jenna Krajeski. A obra foi traduzida para o português por Henrique Guerra e, em ambas as versões, o livro é dedicado a todos os *yazidis*.

De modo que, tendo apresentado a autora da autobiografia, a relevância dela e da obra, passar-se-á, a partir dos próximos pontos, a abordar, de forma sucinta, a descrição das partes e capítulos da obra publicada em português.

Como mencionado anteriormente, a primeira parte da obra possui dez capítulos. Nas páginas 17-112, podem ser vistos com detalhes, aspectos da vida íntima da autora, onde são mesclados, a partir de sua narrativa, variados contextos que vão desde o aspecto familiar, religioso, social, político e econômico do local onde ela vivia: uma pequena vila rural localizada ao norte do Iraque, em Kocho, Sinjar, próximo da região de Nínive. O local, a partir do dia 03 de agosto de 2014, foi o palco dos diversos crimes praticados pelo Estado Islâmico, que, munido de uma campanha terrorista e militar, visou estabelecer o seu Califado, uma espécie de sociedade islâmica homogênea.

Em 2014, a autora, *yazidi*, tinha 21 anos de idade, era estudante do último ano do ensino médio, solteira, virgem, órfã de pai, filha caçula de uma família numerosa de oito irmãos e duas irmãs. Por meio de sua narrativa, vislumbra-se fortes laços familiares e com apego, em especial, ao laço materno. Sua mãe era presente. As memórias de experiências com sua mãe também são trazidas pela autora.

Por outro lado, a ambientação do leitor ao contexto social, econômico e político do Iraque, também é muito explorado pela autora. Descreve que muito embora os *yazidis* sejam uma minoria étnica presente em regiões rurais do Iraque, tendo seus ancestrais, grande parte deles, agricultores e pastores nômades, não tem sido raro observar ao longo da história, a tentativa de extermínio desse grupo, que, por falar a língua curda, eram associados como inimigos do Estado. Mas, eles não são curdos, são *yazidis*. Eles também sofreram influência do processo de arabização, encabeçado pelo ex-ditador sunita Saddam Hussein, tanto que a autora aprendeu a língua árabe na escola pública. Note-se que aqui, o oferecimento somente da educação estatal.

A autora ainda ressalta que na escola, pouco se ouvia sobre sua identidade, sua religião e a história de seu povo. As aulas de história não mencionavam os *yazidis*. A negação por árabes e curdos em relação a identidade étnica dos *yazidis* e o respeito a sua crença religiosa, também são apontados pela autora como uma antiga tensão existente. Esse fato também pode ser alimentado pela tentativa de tomada e disputa histórica pelo território que os *yazidis* ocupavam. É que Kocho está situado no limite sul da região de Sinjar, e é considerado um local com riquezas naturais, em especial, gás natural. O local é disputado e já foi reivindicado por Bagdá e pelo Curdistão. Estrategicamente, Kocho ainda está próximo de Mossul – considerada a segunda maior cidade do Iraque – e da Síria.³

O contexto político abordado desde a ocupação norte americana no Iraque em 2003 e os movimentos insurgentes que surgiram, também são explorados pela autora. Ela até ressalta que apesar das distinções entre os árabes mulçumanos, curdos e *yazidis*, e ao longo das gerações – séculos – desde o controle otomano e a sua perda, a partir da colonização britânica, até mesmo com o próprio governo do ditador Saddam Houssein, havia amizade entre esses distintos grupos. Essa situação perdurou até a ocupação norte-americana.

³ MURAD, 2019, p. 55.

Mas, a partir do momento em que os grupos radicais insurgiam à ocupação norte-americana, e com a prisão de iraquianos, até mesmo da detenção do próprio ditador Saddam Hussein pelos americanos, narra o surgimento e o desenvolvimento do terrorismo. De modo que os *yazidis* passaram a conviver com ataques a civis, com combates cada vez mais acirrados, com preconceitos e ódios disseminados inclusive contra o seu próprio povo. Viram as aldeias vizinhas compostas de sunitas começar abrigar extremistas. Esses sunitas começaram a denunciar cristãos, mulçumanos não sunitas aos extremistas que os consideram *kuffar*, ou infiéis, e de tal sorte, sob a percepção religiosa do grupo radical, mereciam ser assassinados, caso não se convertessem a religião do islã.

Aspectos da religião dos *yazidis* são trazidas pela autora, em especial no segundo capítulo. De modo que os *yazidis* não se casam com outra pessoa que não pertença ao seu grupo étnico; não há conversão ao *yazidismo*; a poligamia é permitida e um dos aspectos ressaltados, pela aceitação social, é o fato de que maior número de descendentes visa garantir a sobrevivência da família, cujo trabalho depende exclusivamente do campo, consistente no cultivo da agricultura, criação de ovelhas e cabras.

Sob o ângulo das crenças professadas pelos *yazidis*, podem ser aqui mencionados: a vida após a morte; no solo sagrado do vale onde situa o templo em Lalish; o monte Sinjar é associado à montanha que protege os *yazidis*; acreditam na reencarnação, em Deus e em outras divindades como o anjo Tawusi Melek; oram virados ao sol; alguns *yazidis* não usam a cor azul por considerá-la sagrada, visto que Tawusi Melek ao vir a terra assumiu a forma de pavão azul; o dia de descanso não é o sábado dos judeus ou a sexta-feira dos mulçumanos, mas a quarta-feira. Não possuem um livro escrito.

O ataque pelo Estado Islâmico e o cerco, que durou cerca de duas semanas, ao vilarejo da autora – Kocho –, é trazido a partir do sexto capítulo. Narra que apesar do cerco, aviões sobrevoavam a área. Ela e sua família tinham esperanças dos *yazidis* serem resgatados pelos norte-americanos. Todavia, expressa a sua frustração diante da impotência de outras forças militares, como os curdos, e da sensação de abandono dos *yazidis* pelos norte-americanos. Ressalta que a tomada de Sinjar foi fácil, visto que não tinham tropas americanas e os *peshmergas* – força militar do Curdistão iraquiano –, como já mencionado, não defenderam os *yazidis*, devido à ausência de armamento e pessoal para enfrentar o Estado Islâmico.

Mesmo durante o cerco, a autora e sua família viram pelos noticiários da mídia local que os norte-americanos estavam enviando tropas para proteger a sua embaixada em Erbil. Essas mesmas tropas auxiliaram alguns dos *yazidis* que estavam encurralados no Monte Sinjar, sem água e sem alimento.

O êxito do grupo radical contou, também, com o auxílio de aldeias árabes sunitas, que acolheram os extremistas e que se incorporaram ao Estado Islâmico. Dentre as ações realizadas para o cerco de Kocho, menciona-se: o bloqueio das estradas; o saqueamento dos imóveis e dos rebanhos. Com o abandono dos *peshmergas* das bases militares, os postos de controle permaneceram sob o domínio dos extremistas, de modo que, facilmente conseguiram encurralar os *yazidis*.

Durante a invasão, o Estado Islâmico concedeu prazo para que os *yazidis* se convertessem a religião do islã, e caso assim o fizesse seriam prisioneiros. Mas, ao longo do cerco, destruíram pequenos templos localizados próximos da montanha, Monte Sinjar, ao tempo em que realizaram a execução em massa de todos os que tentavam fugir. Homens e mulheres idosas, em especial, eram jogados em valas comuns. Os meninos, foram aliciados e treinados para se tornarem soldados – criança soldado –, enquanto, as meninas e mulheres eram sequestradas para se tornarem escravas sexuais.

A primeira parte da obra é finalizada com a apresentação do ultimato do Estado Islâmico aos *yazidis*, momento em que a autora narra que os extremistas obrigaram todas as famílias a caminharem até a escola local, num trajeto curto, mas angustiante e debaixo de sol quente. Ressaltou que já fazia dias que eles não tomavam banho, não se alimentavam direito, não se cumprimentavam e não sorriam como de costume.

A segunda parte da obra se inicia com a narrativa da autora, descrevendo a sistematização da operação do grupo radical na escola. Nesse momento, as ações são colocadas em prática. Inicialmente, os homens são separados das mulheres, obrigados a permanecer no pátio da escola para posteriormente subirem na caçamba nas picapes. Um ponto em especial precisa ser aqui mencionado: como os extremistas separavam aqueles que consideravam crianças, dos adolescentes e dos homens. O critério era verificar se o menino tinha pelo nas axilas; em caso positivo, ele deveria subir na caçamba das picapes, juntamente com os outros homens e adolescentes; sendo negativo, deveria voltar à escola onde estavam as meninas e mulheres.

Enquanto as mulheres e crianças ficavam no segundo andar da escola, aguardavam, amedrontadas o seu destino. Nas salas foram obrigadas a colocar os seus pertences, como celular, joias e identidades num saco. Algumas delas se espremiavam para ver pela janela, o que sucederia aos homens que entravam nas picapes. De repente, ouviram os gritos dos extremistas mandando os homens fazerem fila e depois ouviram rajadas de tiros. Os homens executados foram jogados em valas comuns. Gritos e choros inundaram o local até que foram silenciadas pelas ameaças dos extremistas. O som de uma escavadeira foi ouvido e elas imaginaram que os extremistas estavam tapando a vala de terra.

A autora relata que ao entardecer, estava quase escuro quando as picapes voltaram e estacionaram na frente da escola, ocasião em que as mulheres e as meninas foram obrigadas a subirem nos veículos. Elas foram conduzidas a Solagh, e ali permaneceram na escola conhecida como Instituto Solagh. A autora narra que ainda naquele momento estava com suas irmãs e sobrinhas. Menciona ainda que se lembra de qual picape a mãe dela estava e de como era a sua aparência. Com traços perceptíveis de vulnerabilidade, apresentando semblante abatido, a autora viu sua mãe ser empurrada por um terrorista aos gritos, devido a dificuldade e a lentidão de locomoção apresentada pelas mulheres mais idosas. Ainda assim, a autora relata que sua mãe foi em direção ao seu encontro e repousou a cabeça em seu colo. Os extremistas ainda gritavam forçando-as a tirarem o lenço das cabeças. Separaram as mulheres por faixa etária – idosas, jovens solteiras e casadas com filhos –, mantiveram presas em salas até o momento em que foram obrigadas a entrarem em ônibus e vans. Elas saíram rumo a Mossul.

O terceiro capítulo é dedicado a trazer minúcias das violências sofridas no ônibus, desde a coação moral, violências físicas, tapas, toques nos seios, bem como exposição forçada de sua imagem. Os extremistas tiraram foto de cada escrava sexual. Ameaçavam as mulheres e meninas alegando que em caso de tentativa de fuga, a foto da fugitiva estaria exposta nos postos de controle, e assim, seriam capturadas novamente, visto que os locais eram dominados pelos extremistas.

Do quarto ao décimo primeiro capítulo da obra, a autora narra o período em que permaneceu como escrava sexual. Relata, desde o momento em que chegou a Mossul, a descrição do local onde foi conduzida, as violências sofridas, desde as queimaduras de cigarro, tapas, cuspes, a conversão – ao islã – e o casamento forçado com o seu proprietário, quando foi vendida no mercado de escravas e as incontáveis vezes que foi estuprada. E, como forma de

castigá-la por ter sido surpreendida em meio a uma fuga, seu proprietário, após tê-la estuprado, também permitiu que seis de seus guardas assim o fizessem. De forma que a autora narra que desmaiou, enquanto ocorria o estupro coletivo. Tendo em vista tamanha violência sofrida, somente acordou na manhã seguinte, sozinha, nua e não conseguia se mexer.⁴ A segunda parte da obra é finalizada quando a autora finalmente consegue fugir.

A terceira parte da obra se inicia com as lembranças sobre a avaliação da autora acerca da opção de fugir ou não do cativeiro. O seu novo proprietário havia saído para comprar abaias novas, uma espécie de vestimenta preta que cobria o corpo inteiro da mulher, as quais o grupo radical obrigava as mulheres usarem. Não fazia muito tempo que havia sido interceptada em meio a sua fuga, mas isso não a impediu de tentar novamente. Para sua surpresa, a porta da frente da casa estava destrancada, mas ela não fugiu por ali. A fuga foi exitosa devido aos seguintes motivos, por ela apontados: se certificou de que não tinham extremistas na rua naquele momento, porque era início do anoitecer e era o horário das rezas da mesquita do bairro, assim, as ruas estavam vazias. De tal sorte que ela pulou o muro e continuou em frente.

Nessa parte da obra ainda é trazido: os pensamentos que passavam na cabeça da autora enquanto decidiu seguir andando pelas ruas de Mossul; como decidiu escolher a casa escura devido à ausência de corte de fornecimento de energia elétrica, promovido forçadamente em algumas delas pelo grupo radical, fato que chamou a sua atenção, e por isso se sentiu encorajada a bater no portão clamando por ajuda, mesmo correndo o risco de ser denunciada por quem lhe atenderia; o auxílio e hospitalidade da família sunita pobre que não lhe denunciou e como esse ponto foi essencial para o êxito de sua fuga, visto que esse auxílio importou no risco iminente de morte por colaborarem com a autora e participarem ativamente da fuga, facilitando inclusive o contato com os familiares dela.

O chefe da família fez contato com o irmão da autora, que conseguiu documentos falsos para serem usados durante o trajeto da fuga; se comunicou com taxistas e contrabandistas, que se aproveitavam da vulnerabilidade das escravas sexuais em fuga, e chegavam a cobrar até U\$ 10.000 para levá-las a uma região que não estivesse sob o domínio do grupo radical. É ressaltado, pela autora, que essa família sunita era pobre e por isso não conseguiram deixar sua casa até a invasão de Mossul pelo Estado Islâmico. Todavia, se comprometeram e não mediram

⁴ MURAD, 2019, p. 190-193.

esforços para auxiliar a autora, tendo em vista que não concordavam com as ações do grupo extremista.

Ainda, é relatado o encontro com alguns de seus familiares, em campo de refugiados, e o refúgio da autora na Alemanha.

3. Conclusão

O livro *Que eu seja a última: minha história de cárcere e luta contra o Estado Islâmico*, apesar de ser uma autobiografia, pode-se verificar que a narrativa dele possui aderência com outros documentos de relevo, tais como: o relatório – A/HRC/32/CRP.2 – da Comissão Internacional Independente de Inquérito sobre a Síria, do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 15 de junho de 2016 intitulado *They came to destroy: ISIS Crimes Against the Yazidis*,⁵ e a Resolução 2016/2529 (RSP) do Parlamento Europeu, exarada no dia 04 de fevereiro de 2016.⁶ Em ambos os documentos, reconheceu-se as violações de direitos humanos por prática de crime de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. É válido ressaltar que, nesses documentos, são mencionados relatórios produzidos por outras organizações não governamentais, que contaram com a narrativa de outras vítimas.

Além do mais, a autora não é a primeira vítima *yazidi* a escrever uma autobiografia contando os detalhes de sua escravidão. Farida Khalaf também decidiu trazer sua história ao público no livro *The Girl Who Escaped ISIS: This is My Story* publicado em 2016. De modo que as narrativas da autora se entrelaçam com outras experiências documentadas em relatórios ou em autobiografias, coadunando-se na veracidade dos fatos que desencadearam discussões no seio do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional, quanto a aplicação ou não de tratados internacionais, no que tange a apuração da responsabilização penal.

Tendo em vista a ânsia pela responsabilização do Estado Islâmico, a autora da autobiografia por muito tempo defende a apreciação dos crimes pelo Tribunal Penal Internacional, tendo em vista que, sob à ótica do Estatuto de Roma, os crimes são considerados de guerra, contra a humanidade e de genocídio, diante da intenção do Estado Islâmico

⁵ Disponível em:

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁶ Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0051_EN.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

exterminar o povo *yazidi* ao estabelecer o Califado. Mas, o caso dos *yazidis* não foi apreciado pelo Tribunal Penal Internacional. Um dos entraves alegados foi a ausência de ratificação do Estatuto de Roma pelo Iraque ou pela Síria. Outro fato que, também, mereceu destaque na comunidade internacional, foi a não submissão ao referido Tribunal pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Esse pedido não ocorreu, muito embora haja a possibilidade – caso assim compreendam – que se trata de violação expressa ao Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.⁷

A obra também dialoga com outros autores dos mais variados campos, sejam eles do jornalismo, acadêmicos da ciência política, especialistas islâmicos, ou ainda em segurança internacional, institutos de monitoramento de atos terroristas em prol da segurança global, que se dedicaram a pesquisar sobre o fenômeno do *jihadismo*, do islã político, e dos efeitos dos discursos de ódio na perseguição religiosa por razões de gênero. Portanto, esse diálogo reforça a pertinência do livro de Nadia Murad, visto que as informações narradas do fato que devastou a sua vida são corroboradas por outras fontes e documentos oficiais, como citado anteriormente.

Em relação ao diálogo da obra de Nadia Murad com outras de cunho jornalístico, podem ser mencionadas as obras de Susan Shand, *Sinjar: 14 Days that saved the yazidis from Islamic State*, onde a autora se debruçou a trazer elementos do cerco que o Estado Islâmico fez ao redor da vila de Kocho, em Sinjar; ao passo que a obra de Patrick Cockburn, *A origem do Estado Islâmico: o fracasso da “Guerra ao Terror” e a ascensão jihadista*, e a obra de Michael Weiss e Hassan Hassan, *Isis: Inside the army of terror*, dialogam com aspectos sobre o nascimento do grupo radical, a insurgência, a ocupação norte-americana, o desenvolvimento do grupo, bem como aspectos inerentes aos treinamentos militares, o *jihadismo* e a forma de atuação do Estado Islâmico.

E, justamente, sobre os aspectos do nascimento do grupo radical e o desenvolvimento dele, a obra de Nadia Murad também dialoga com o acadêmico Ahmed S. Hashim, onde o professor especialista em estudos de guerra, traz em seu artigo *The Islamic State: From Al-Qaeda Affiliate to Caliphate*, acurada pesquisa, quanto a elementos históricos, políticos e sociais do surgimento do grupo radical, em especial, as fases do grupo, desde o nascimento

⁷ Para maior aprofundamento desse assunto, sugere-se a leitura do artigo *NADIA MURAD E O ESTADO ISLÂMICO: O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL E SEU INFLUXO NO CARÁTER UNITÁRIO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO*, disponível em In: Gênero, etnia e sexualidade: políticas públicas e judiciárias, vol. 2, 2022.

dele, as bases de sua ideologia e o seu desenvolvimento. O estudo foi produzido no auge do estabelecimento do Califado.⁸

Sobre a obra de Nadia Murad dialogar com acadêmicos, sejam da ciência política ou na seara dos estudos islâmicos, pode-se observar simetria dos aspectos fundamentalistas trazidos por Nadia Murad, quanto a percepção religiosa do islã pelo Estado Islâmico, na obra do professor Graeme Wood, *A guerra do fim dos tempos: o Estado Islâmico e o mundo que ele quer*, e em vários estudos da professora Christine Schirrmacher, a exemplo do *Political Islam: When Faith Turns Out to Be Politics*.⁹ Note-se, que as obras retro citadas também se entrelaçam com as obras citadas no parágrafo anterior, mas aqui há destaque para o conteúdo ideológico explorado pelo grupo, visto que ele faz uso da religião como forma de dominação política de seus adeptos.

A obra de Nadia Murad também dialoga com relatórios produzidos por institutos e universidades, como pode ser observado no estudo *A demographic documentation of ISIS's attack on the Yazidi village of Kocho*, da The London School of Economics and Political Science, que tentou identificar todas as vítimas do Estado Islâmico, por regiões, histórico e apresentam simetria de informações trazidas do fato ocorrido e narrado por Nadia Murad. Já o *Mapping Militant Organizations* produzido pelo *Center for International Security and Cooperation (CISAC)*, da Universidade de Stanford se debruçou a apresentar estudo sobre as fases de nascimento, desenvolvimento e declínio do grupo, de acordo com a cronologia histórica que se entrelaça as experiências narradas por Nadia Murad.

E, por fim, cabe ainda mencionar, que a obra de Nadia Murad também contribuiu para a pesquisa que culminou na produção de dissertação de mestrado da pesquisadora que escreve essa resenha, com a qual, obteve a aprovação e conclusão do programa de pós-graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em setembro de 2022. Tendo escolhido como metodologia o estudo de caso, a pesquisadora fez uso, além da autobiografia, de livros, artigos acadêmicos, periódicos, documentos oficiais – sejam relatórios ou resoluções produzidos no seio da ONU, da União Europeia, e de suas agências a exemplo,

⁸ Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/mepo.12096>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁹ Disponível em:

<https://www.bucer.de/fileadmin/dateien/Dokumente/Buecher/WEA_GIS_16_Christine_Schirrmacher_-_Political_Islam.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

da EUROJUST –, de relatórios produzidos por outras organizações não governamentais sem fins lucrativos, leis, filmes, documentários, notícias veiculadas por canais de imprensa oficiais, de modo que, em conjunto, pode-se afirmar que eles confirmam os fatos narrados na autobiografia, de sorte que conferem maior robustez a narrativa trazida na obra objeto dessa resenha.

Portanto, a contribuição do livro e atuação de Nadia Murad frente aos estudos sobre vitimização e violência de gênero é valorosa. Atualmente, lançado em 13 de abril de 2022, sob os holofotes da guerra da Ucrânia, Nadia Murad participou dos debates abertos do Conselho de Segurança da ONU. Na ocasião ressaltou a importância de documentar a violência sexual relacionada aos conflitos armados, e que tal omissão pelos Estados é antiético, porquanto não estão de acordo com os padrões mínimos de conformidade, pois podem, ainda, expor as vítimas e os sobreviventes aos mais diversos tipos de violações de direitos humanos. O *Murad Code Project* foi pensado na coleta das informações das violações desses crimes a partir da vítima, ou seja, é centrado na vítima sobrevivente e, portanto, toda a documentação, testemunhos, investigações e relatórios deverão ser pautadas a partir de suas perspectivas. No painel de lançamento do projeto, também foi discutido a elaboração de um Código de Conduta Global para documentar a violência sexual relacionada aos conflitos armados.¹⁰

Ainda que as consequências dos conflitos armados e grupos radicais fundamentalistas islâmicos possam soar como algo distante da realidade brasileira, a contribuição de Nadia Murad, principalmente fazendo uso do *Compliance* frente aos crimes sexuais e em questões de gênero no âmbito internacional, se mostra uma iniciativa audaciosa.

Podem ser mencionados os fatores que justificam a distância social brasileira de se pensar num contexto de conflito e cenário de guerra: o envio de seus filhos, maridos ao conflito, receio da perda de seus bens, receio de estar exposto as mais diversas condições de vulnerabilidade humana como a perda de sua moradia, escassez de alimentos e recursos naturais, agravamento de saúde, cárceres privados, tráfico de pessoas e condições análogas as de escravidão, sendo a sexual, ou conhecido como os estupros de guerra, os mais temidos pelas meninas e mulheres.

Diferentemente da realidade experimentada por Nadia Murad, e tentando estabelecer um paralelismo quanto à violência sexual e de gênero das mulheres no Brasil, pode-se afirmar

¹⁰ Disponível em: <<https://media.un.org/en/asset/k1m/k1mvxcabbs>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

que o contexto brasileiro apresenta números elevados de feminicídio e que elas estão expostas as mais diversas formas de violência, seja no âmbito doméstico ou não. Os números da violência afetam não somente a vítima, a sua família, mas também todo o seu entorno. As mulheres, muitas vezes, não conseguem trabalhar, ou se assim o fazem, não estão nas mesmas condições de saúde mental das mulheres não vitimizadas. Portanto, ou estão incapacitadas para o trabalho ou são impedidas de terem melhores condições de saúde mental, de acesso a capacitação profissional, de galgar posições de liderança – geralmente ocupadas por homens.¹¹

A violência de gênero repercute, também, no espectro financeiro brasileiro. A violência de gênero, o enfrentamento dela e suas relações com o legado do patriarcado existente na sociedade brasileira, pode ser comparado, de forma simbólica, a uma ferida que parece resistir ao processo de estancamento necessário em meio ao processo de cicatrização e de cura das mulheres vitimizadas, essencial em meio a tentativa de recuperação econômica de um país emergente. Sob essa ótica, a violência também causa prejuízos financeiros e atrapalha o crescimento da sociedade brasileira. Portanto, caso não haja engajamento das autoridades como um todo, dificilmente essa realidade se alterará.

Seja sob o ponto de vista global, internacional e local, e considerando a importância da autobiografia de Nadia Murad, devido ao seu ativismo e a interlocução da autora com líderes políticos, religiosos, celebridades que estão engajados na proteção de direitos humanos, conclui-se que o *Murad Code Project* pode auxiliar nos estudos de vitimização de mulheres no Brasil. Todavia, se haverá o desejo de alinhamento as políticas públicas brasileiras aos padrões internacionais de conformidade – com a necessidade, inclusive, de mitigar os riscos das mulheres expostas a condições de vulnerabilidade – ainda é uma questão que merece maior pesquisa, aprofundamento teórico e dependerá, certamente, da governança pública¹² estabelecida.

¹¹ Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-contra-meninas-e-mulheres-no-1o-semester-de-2022/>. Acesso em: 27 fev. 2023.

¹² Sobre o conceito de governança pública consulte o Decreto n.º 9.203 de 22 de novembro de 2017: Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:

I - governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm>. Acesso em 27 fev. 2023.

4. Referências

BRASIL. Decreto n.º 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Presidência da República. Casa Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 9.203 de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Presidência da República. Casa Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm>. Acesso em: 27 fev. 2023.

BREY, Marcela B. *Nadia Murad e o Estado Islâmico: o princípio da jurisdição universal e o seu influxo no caráter unitário do Direito Internacional contemporâneo*. In: PRUDENTE, Eunice A.; MARTORELLI, Adriana.; TORRES, Vivian (Orgs.). **GÊNERO, ETNIA E SEXUALIDADE: políticas públicas e judiciárias**. v.2, São Paulo: LiberArs., 2022.

EUROPEAN PARLIAMENT. Resolution 2016/2529 de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0051_EN.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

HASHIM, Ahmed S. onde no artigo The Islamic State: From Al-Qaeda Affiliate to Caliphate. In: **Middle East Policy**. [s.l.], v. XXI, ed.4, pp. 69-83, dec. 2014. Disponível em: In: Middle East Policy. [s.l.], v. XXI, ed.4, pp. 69-83, dec. 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/mepo.12096>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

MURAD. Murad Code Project. Disponível em: <<https://www.muradcode.com/#:~:text=The%20Murad%20Code%20project%20is,and%20conflict%2Drelated%20sexual%20violence.>> Acesso em: 22 abr. 2022.

MURAD, Nadia. **The last girl: my story of captivity, and my fight against the Islamic State.** New York: Tim Duggan Books, 2017.

MURAD, Nadia. **Que eu seja a última: minha história de cárcere e luta contra o Estado Islâmico.** Barueri: Novo Século Editora, 2019.

NADIA'S INITIATIVE. Disponível em: <<https://www.nadiasinitiative.org/news>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

NADIA'S INITIATIVE. Press Statement: Nadia Murad and Amal Clooney Speak Out on 7th Anniversary of Yazidi Genocide. **Nadia's Initiative.** 02 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.nadiasinitiative.org/news/press-statement-nadia-murad-and-amal-clooney-speak-out-on-7th-anniversary-of-yazidi-genocide>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

SCHIRRMACHER, Christine. *Political Islam: When Faith Turns Out to Be Politics.* In: BALDWIN, Ruth; JOHNSON, Thomas K. (Eds.). **The WEA Global Issues Series.** v. 16. Bonn: Verlag für Kultur und Wissenschaft Culture and Science Publ., 2016. Disponível em: <https://www.bucer.de/fileadmin/dateien/Dokumente/Buecher/WEA_GIS_16_Christine_Schirmacher_-_Political_Islam.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SHAND, Susan. **SINJAR: 14 days that saved the Yazidis from Islamic State.** Lanham: The Rowman & Littlefield Publishing Group, Inc., 2018.

STANFORD UNIVERSITY. CISAC. **Mapping Militant Organizations.** The Islamic State. 2019. Disponível em: <<https://cisac.fsi.stanford.edu/mappingmilitants/profiles/islamic-state>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE. **A demographic documentation of ISIS's attack on the Yazidi village of Kocho.** 2019. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/101098/>>. Acesso em: 18 out. 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **They came to destroy: ISIS Crimes Against the Yazidis.** 15 jun. 2016. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

UN WEB TV. Survivor-Centred Documentation of Conflict-Related Sexual Violence: The MURAD Code Project. **United Nations WEB TV.** 14 abr. 2022, 01:57:30. Disponível em: <<https://media.un.org/en/asset/k1m/k1mvxcabbs>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

WEISS, Michael; HASSAN, Hassan. **ISIS: Inside the Army of Terror.** New York: Regan Arts, 2016.

WOOD, Graeme. **A guerra do fim dos tempos: o Estado Islâmico e o mundo que ele quer.** São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

YAZDA, NGO. Disponível em: <<https://www.yazda.org/about>>. Acesso em 30 ago. 2021.

What works: a obra de iris bohnet como aliada para uma equidade de gênero além dos discursos

What works: the book of iris bohnet as an ally for gender equality beyond speeches

Natasha do Lago¹

Tarsila Fonseca Tojal²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Apresenta-se uma resenha da obra *What works: gender equality by design*, escrita por Iris Bohnet, economista comportamental, professora de Harvard e codiretora do programa *Women and Public Policy Program* na mesma instituição. Sua obra combina economia e psicologia e apresenta, a partir de diversos estudos, ferramentas comportamentais para promover a equidade de gênero nas instituições, desde salas de aula e grupos de trabalho até conselhos de administração em companhias e câmaras parlamentares. A partir de evidências científicas, a autora demonstra como superar vieses de gênero por meio de intervenções simples e, em geral, rápidas e pouco custosas, que maximizem, ainda, a performance e a qualidade de vida do grupo. Tudo isso pela via comportamental. Ao fim da resenha, aponta-se como a obra pode contribuir para a promoção da diversidade – não apenas de gênero – nas instituições brasileiras e apresentam-se algumas iniciativas que já têm se mostrado profícuas no Brasil.

¹ Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, além de graduada em Direito pela mesma instituição em 2012. Também é especialista em “Lavagem de dinheiro, crimes tributários e outros” pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e Integra a Segunda Turma Julgadora do Conselho de Prerrogativas da seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). É sócia do escritório Ráo e Lago Advogados, autora de “Corrupção internacional: aspectos jurídicos”, publicado em 2020 pela Lumen Juris, e professora do Insper. E-mail para contato: natasha@raolago.com.br.

² Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, além de graduada em Direito pela mesma instituição em 2017. Também é pós-graduanda pela Universidade de Salamanca em matéria de corrupção, delinquência organizada e terrorismo. É sócia do escritório Ráo e Lago Advogados e autora da obra “Corrupção e princípio de *ne bis in idem*”, publicado em 2023 pela Revista dos Tribunais, e Coordenadora Adjunta da Revista de Direito Penal Econômico e Compliance (RDPEC). E-mail para contato: tarsila@raolago.com.br.

Palavras-chave: igualdade de gênero; estereótipos de gênero; diversidade; vieses de gênero; ferramentas comportamentais; desenho institucional

Abstract: Here is presented a review of the book *What works: gender equality by design*, written by Iris Bohnet, a behavioral economist, professor at Harvard and co-director of the *Women and Public Policy Program* at the same institution. Her work combines economics and psychology and presents, based on several studies, behavioral tools to promote gender equality in institutions, from classrooms and work groups to boards of directors in companies and parliamentary chambers. Based on scientific evidence, the author demonstrates how to overcome gender biases by introducing simple and, in general, rapid and inexpensive interventions that maximize the performance and quality of life of the group. Only by changing behaviors. At the end of the review, it is pointed out how the insights presented by the author may contribute to the promotion of diversity – not just gender diversity – in Brazilian institutions. Finally, some initiatives that have already proved to be fruitful in Brazil are introduced.

Keywords: gender equality; gender stereotypes; diversity; gender bias; behavioral tools; institutional design

1. Introdução

What works: gender equality by design, de Iris Bohnet, é um livro de 2016 ainda não traduzido para o português em que a autora – uma economista suíça e professora da *Harvard Kennedy School* – busca propostas práticas para resolver problemas comportamentais partindo de uma perspectiva de gênero.

Seja com base no exemplo concreto das orquestras sinfônicas norte-americanas – que conseguiram aumentar de 5% para 35% a quantidade de mulheres contratadas ao introduzirem mecanismos de seleção em que o gênero dos candidatos era anonimizado –, seja com base em pesquisas empíricas que revelam padrões de comportamento muitas vezes imperceptíveis a um observador despreparado, o objetivo do livro é oferecer alternativas factíveis que ajudem a compreender os erros de julgamento a que todos estamos sujeitos para que seja possível superá-

los, sem partir da premissa equivocada (porém, de certa forma, intuitiva) de que a discriminação seria, sempre, uma escolha consciente.

Além de tratar, resumidamente, do trabalho realizado por Iris Bohnet em seu livro, este artigo busca correlacionar propostas da autora com iniciativas semelhantes no Brasil relativas à violência de gênero e aumento da participação de mulheres no mercado de trabalho.

2. A obra

A primeira parte do livro expõe brevemente as bases psicológicas da desigualdade, demonstrando, por pesquisas empíricas, associações instintivas sobre os papéis que atribuímos, ainda que de forma inconsciente, a cada gênero¹.

Simplificações fazem parte do desenvolvimento humano e não são, necessariamente, ruins: a capacidade humana de extrair conclusões com base em experiências passadas é algo que diferencia a espécie e permite ao cérebro armazenar informações de forma mais eficiente, sem necessidade de reavaliar toda e qualquer situação cotidiana para definir comportamentos.

O problema dessa capacidade evolutiva, no entanto, é que, uma vez criados, conceitos mentais são difíceis de serem mudados, mesmo diante de evidências que sugiram o oposto. Isso afeta de modo especialmente sensível o mercado de trabalho, quando se consideram os estereótipos de gênero.

De acordo com as pesquisas citadas pela autora, homens são mais comumente associados com a ideia de *carreira* do que as mulheres, que, por outro lado, ainda hoje, continuam bastante mais associadas com o conceito de *família*. Por esse mesmo motivo, enquanto se espera do público feminino que se comporte de modo cooperativo no ambiente profissional, sem externalizar eventuais ambições, aceita-se com facilidade uma postura masculina de liderança impositiva, sem que isso seja visto como uma violação normativa ou impacte seu relacionamento com os demais colaboradores de determinada empresa.

Reconhecer essa característica, contudo, é apenas a primeira etapa para que se alcancem resultados concretos. É por essa razão que programas de diversidade pautados pela simples conscientização de diferenças, no entendimento da autora, geram pouca ou nenhuma mudança no universo empresarial. Pelo contrário, em muitos casos, sua existência pode servir apenas

¹ É interessante, nesse sentido, a disponibilização de plataforma que permite a realização de testes para avaliar o quanto estamos sujeitos a essa característica: <https://implicit.harvard.edu/>.

como uma espécie de *licença moral* para que se adotem comportamentos discriminatórios, ou mesmo dificultar que grupos minoritários sub-representados alcancem cargos de direção, se não houver iniciativas comportamentais mais específicas.

Práticas internas focadas em entender como as diferenças se operam, por outro lado, podem se mostrar muito mais produtivas. Isso ocorreu, por exemplo, em uma intervenção realizada na Índia em que se utilizou um programa de *reality show* mostrando a realidade de pessoas pertencentes a castas mais baixas, inclusive retratando as experiências discriminatórias vivenciadas por elas. Ao serem expostos a isso, participantes da pesquisa se mostraram bem menos viesados com relação à capacidade profissional do grupo televisionado, revendo os estereótipos que possuíam. Isso mostra que a desconstrução de conceitos mentais abstratos passa, sobretudo, pela exposição a realidades concretas antagônicas.

Entretanto, buscar superar estereótipos de gênero isoladamente, sem ferramentas institucionais, não é uma prática recomendável. Pesquisas mostram que mulheres que procuram melhores condições de trabalho e transmitem suas ambições profissionalmente são vistas como inconvenientes e violadoras de normas de gênero, embora o mesmo comportamento não gere esse resultado para homens. Justamente devido a esse tipo de percepção, é relativamente mais incomum que mulheres se sintam à vontade para negociar condições de trabalho ou expor pontos de vista em ambiente profissional. E aqui talvez esteja um dos principais paradoxos identificados pela autora: em resposta às condições ambientais que inibem posturas mais proativas, mulheres acabam não se comportando com a agressividade esperada de seus colegas do sexo masculino para que consigam progredir profissionalmente e, se o fazem, são penalizadas porque esse tipo de comportamento não é socialmente aceito quando praticado por elas.

Esse paradoxo pode ser amenizado com iniciativas simples, como incentivar abertamente a participação feminina em debates, aumentar a transparência sobre o que pode ou não ser negociado e ter pessoas negociando em nome de outras. Isso poderia evitar que mulheres, agindo de forma isolada, sofressem as consequências por não atuarem conforme estereótipos de gênero, criando um ambiente profissional mais paritário.

Outra iniciativa promissora proposta na primeira parte do livro é a utilização de mentores engajados no sucesso de colaboradoras sob sua orientação. Embora ainda sejam necessárias pesquisas mais aprofundadas, a autora defende que, em vez de utilizarem programas

genéricos de liderança que não ensinam as habilidades necessárias para progredir profissionalmente, empresas deveriam se valer de mentorias qualificadas para criar oportunidades de desenvolvimento de talento individualizadas, que considerem as características do público feminino sem impor que se comporte seguindo o padrão masculino dominante.

Na segunda parte, a obra traz algumas estratégias para lidar com a gestão de talentos, reforçando a importância de se utilizarem dados concretos e métodos de análise que permitam identificar tratamentos não paritários, inclusive por meio de algoritmos. Algumas estratégias funcionam, outras não. E isso também pode variar conforme as condições a serem consideradas. A única maneira de descobrir, portanto, é incentivando testes empíricos para encontrar a melhor solução em cada mercado.

Nesse sentido, o exemplo das orquestras sinfônicas dos Estados Unidos, trazido logo no início do livro, parece promissor. Contraditoriamente, no entanto, de acordo com Iris Bohnet, pesquisa realizada pelos economistas Luc Behaghel, Bruno Crépon e Thomas Le Barbanchon mostrou que, de forma geral, a anonimização dos candidatos em processo seletivo, baseado em amostra de 600 empresas, acabou, na verdade, por diminuir as chances de pessoas pertencentes a grupos minoritários serem chamadas para entrevistas ou mesmo contratadas. Nessa pesquisa, porém, é importante mencionar que 62% das empresas convidadas já haviam contratado, de forma significativa, pessoas pertencentes a esses grupos anteriormente, o que sugere que a anonimização as levou a tratá-las de forma menos favorável do que haviam voluntariamente se proposto a fazer.

Mas a anonimização não é a única estratégia possível para reduzir comportamentos enviesados. Outras pesquisas, como a que foi conduzida pela socióloga Lauren Rivera, revelam o quanto buscamos, inconscientemente, aproximarmo-nos de pessoas que se parecem conosco, apegando-nos a características secundárias que não necessariamente são relevantes em um processo de contratação. Essa seria, talvez, uma tendência inata do ser-humano de buscar pertencimento, encontrando-se, inclusive, por trás da lógica que explica comportamentos de manada irracionais.

Ao analisar o processo seletivo de estudantes para o curso de medicina no Texas, por exemplo, em que se ampliou repentinamente a quantidade de alunos selecionados por necessidade legislativa, observou-se que, ao longo do curso, os estudantes anteriormente

descartados tiveram desempenho bastante semelhante ao dos que haviam sido aceitos em um primeiro momento. Analisando-se as etapas do processo seletivo, percebeu-se que as notas dos candidatos eram muito parecidas e o que acabava impactando na escolha era, na verdade, a etapa de entrevista, naturalmente influenciada por fatores menos objetivos.

Para contornar essa subjetividade, Iris Bohnet sugere estratégias que vão desde a elaboração de roteiros pré-estabelecidos, que permitam entrevistar de maneira estruturada os candidatos, até a avaliação comparativa de seus desempenhos com base em critérios objetivos.

Experimentos mostram, por exemplo, que, ao sermos expostos a fatores como a cor da roupa utilizada por determinado candidato ou o fato de possuímos gostos parecidos, deixamos nos influenciar por eventuais afinidades e interpretamos mais favoravelmente (ou desfavoravelmente, conforme o caso) suas características. O mesmo ocorre com a associação intuitiva que fazemos sobre tarefas que entendemos competir a cada gênero, embora os resultados alcançados por cada grupo não necessariamente confirmem essa intuição. É nesse ponto que a inserção de estratégias para eliminar vieses inconscientes ajuda a equilibrar o ambiente de trabalho, revendo os mecanismos de funcionamento do nosso cérebro.

E isso funciona também no processo de atração dos candidatos. Tal como as agências de publicidade, que selecionam cuidadosamente a redação necessária para atrair determinados grupos, empregadores também poderiam se beneficiar dessa estratégia ao anunciar eventuais vagas, eliminando linguagens que reforcem estereótipos de gênero e, conseqüentemente, criem barreiras inoportunas.

Até a edição de lei tornando inconstitucional o anúncio de vagas em seções que especificavam o gênero do candidato, era comum nos Estados Unidos que os empregadores segregassem as vagas de acordo com esse critério. Mesmo após a eliminação dessa possibilidade, anúncios em que existe linguagem sexista – associando, por exemplo, vagas para professores primários com características atribuídas ao público feminino – continuam surtindo o mesmo efeito, afastando candidatos qualificados. Isso certamente não traz benefícios em termos paritários se considerarmos que o sexo do candidato é irrelevante para as funções que precisará desempenhar.

Já a parte três da obra apresenta estratégias institucionais para que espaços de ensino e de trabalho promovam uma equidade real – e não apenas retórica. Há que se livrar de vieses

de gênero desde o processo de seleção de um aluno ou colaborador até o momento desenvolver mecanismos que garantam seu engajamento e permanência.

Um dos desafios consiste na adequação de procedimentos e ambientes para que não favoreçam um gênero em relação ao outro nem reforcem, ainda que indiretamente, certos estereótipos. Para isso é necessário saber, por exemplo, que, estatisticamente, as mulheres são menos propensas a assumir riscos e a manifestar suas opiniões em público do que os homens, sobretudo quando sua plateia é mais numerosa. Também são, como regra, menos competitivas e autoconfiantes, além de mais autocríticas. Até mesmo jogos televisionados do tipo “*Quem quer ser um milionário?*” contam com mais inscrições masculinas em geral, sendo que as participantes mulheres são mais suscetíveis a, quando têm a oportunidade, desistir e ficar com o dinheiro já acumulado do que arriscar tudo para tentar um prêmio maior.

Esses fatores ajudam a explicar a maior preferência do público feminino por carreiras mais estáveis e previsíveis, somando-se aos tantos outros obstáculos que desencorajam sua participação na política, no mercado financeiro e em posições de liderança. Na carreira política, por exemplo, conforme o estudo de Jennifer Lawless mencionado na obra, entre as causas da menor “ambição política” (*political ambition*) observada em mulheres também estão sua percepção desse ambiente como lhes sendo hostil e enviesado (e realmente o é) e o simples fato de não serem incentivadas, nos seus meios, a se candidatarem.

Ainda, deve-se reunir esforços para superar o que Iris Bohnet chama de *ameaça do estereótipo*. Os estudos reunidos pela autora indicam que, se um estereótipo é colocado como premissa de uma dinâmica ou teste ou até mesmo se há uma remissão sutil à sua existência, a tendência é que seus participantes o confirmem, ainda que inconscientemente. Assim, se um grupo de mulheres é comunicado que determinado exame de matemática tende a ser mais difícil para elas do que para os homens, suas notas serão menores do que em relação ao grupo controle, composto por mulheres que não receberam a mesma informação. Uma tendência similar foi observada em uma dinâmica envolvendo meninas estadunidenses de ascendência asiática, entre 5 e 7 anos: antes de realizarem um mesmo teste, um grupo foi apresentado a imagens para colorir que remetiam a seu gênero, outro à sua origem étnica e um terceiro a uma imagem neutra – em relação ao grupo controle, o primeiro se saiu significativamente pior e o segundo, melhor.

Disso, vê-se a importância de desenhar ambientes que levem em consideração as diferenças de gênero e não sinalizem estereótipos, o que é tão relevante como experimentar e

investigar se o modelo criado se mostrou bem-sucedido com o tempo. A título ilustrativo, se um professor universitário pretende avaliar seus alunos pela participação oral em sala de aula, parece ser mais adequado criar grupos de discussão menores do que aferir suas intervenções espontâneas perante dezenas de colegas. Da mesma forma, se há a necessidade de um candidato a concurso público preencher um questionário sobre sua origem étnica, renda e gênero ao realizar a prova, talvez essa etapa possa ser feita somente após preenchido o gabarito. Enfim, se as mulheres, no ambiente de trabalho, mostram-se excessivamente autocríticas, pode não ser interessante submeter os colaboradores a autoavaliações, mas sim lhes apresentar *feedbacks* individuais para transmitir uma visão realista de seu desempenho em relação à média dos colegas, algo que permita a cada um se balizar e calibrar suas ambições de forma mais acurada.

A depender do caso, é possível que o melhor impacto não se dê pela adoção de estratégias em prol de um grupo específico, mas sim voltadas a outras necessidades da comunidade, principalmente quando os recursos disponíveis são bem limitados. No caso queniano, para aumentar a frequência escolar, o que mais se mostrou efetivo foi a implementação de um programa de desparasitação às crianças, muito menos dispendioso, inclusive, do que eventuais bolsas por mérito voltadas a um público-alvo delimitado.

Apesar de o ideal a ser sempre perseguido seja a formação de uma sociedade livre de pré-conceitos e preconceitos, desenviesada e com iguais oportunidades a todos, *What works* mostra que há ações com resultados a curto e médio prazo. Isso leva à quarta e última parte do livro, *Como projetar a diversidade (how to design diversity)*, na qual a autora traz ferramentas comportamentais que podem contribuir com as mais diversas instituições – escolas, universidades, empresas, governos, repartições públicas, grupos de pesquisa, organizações não governamentais, orquestras *etc.* São elas: (i) a formação e a visibilidade de pessoas que sirvam de modelo; (ii) o desenho dos grupos mais produtivos; (iii) a consolidação de normas sociais; e (iv) o incremento da transparência.

Em termos de diversidade, são muitos os benefícios trazidos pela simples existência de pessoas que possam servir de exemplo a outras (as denominadas *role models*), ainda mais quando lhes é dada a devida visibilidade. A mera decoração de um *lobby* universitário com retratos de líderes pertencentes a grupos minoritários, no lugar de retratos exclusivamente de homens brancos, já opera efeitos positivos na turma. E que dirá quando essas figuras inspiradoras são de carne e osso.

Em 1993, o governo da Índia editou uma emenda à sua Constituição para que os conselhos locais reservassem um terço de suas cadeiras a mulheres, o que acarretou a eleição de um milhão e meio de mulheres para representar 800 milhões de habitantes do país. E a forma de implementação dessa política mostrou-se extremamente interessante: foi feita aos poucos, com a cota sendo inserida aleatoriamente em alguns governos locais a cada ciclo eleitoral, o que permitiu aos cientistas sociais avaliarem seu impacto comparativo de forma muito mais acurada ao longo dos anos. Em pouco tempo, constatou-se que as conselheiras passaram a investir mais em serviços públicos do que seus colegas homens haviam feito, estiveram menos envolvidas em corrupção e estimularam a denúncia de crimes, inclusive de estupros – ainda que muito se tenha dito que elas seriam menos qualificadas, apadrinhadas ou marionetes de outros homens politicamente poderosos.

Os benefícios se mostraram ainda maiores. A participação de mulheres nas reuniões dos conselhos aumentou e observou-se um maior engajamento feminino na política como um todo. Ver e perceber as mulheres como líderes fez com que, de um lado, esse público se sentisse mais confortável em concorrer a cargos públicos e, de outro, que homens encarassem esse novo estado de coisas com mais naturalidade e as aceitassem como lideranças. Pais tornaram-se mais permissivos a que suas filhas avançassem nos estudos, enquanto filhas passaram a nutrir maior interesse por essa possibilidade. Com o tempo, a Índia conseguiu que a porcentagem de mulheres nesses governos locais passasse de 5% em 1993 para 40% em 2005, o que inclusive excede a cota obrigatória de um terço. A *criação de oportunidade* mostrou-se essencial para uma efetiva mudança.

A presença de *exemplos* pode ser constatada em diversas esferas, como a familiar, com mães influenciando suas filhas e até mesmo com as filhas influenciando seus irmãos e pais a serem aliados na busca por igualdade. Nessa matéria, *ver* a diferença é *crer* na diferença. E, como sempre, é necessário avaliar os efeitos advindos de cada política desenhada, sobretudo para evitar uma eventual – e inoportuna – competitividade dentro de um mesmo grupo discriminado, quando, por exemplo, seus integrantes têm a percepção de que haverá espaço para apenas um deles ascender.

Na formação de grupos, por sua vez, muitas são as variáveis a considerar antes de reunir as melhores pessoas da melhor forma. Apesar de a homogeneidade poder funcionar em alguns contextos – já se verificou que, quanto maior o número de meninas em salas de aulas, melhor

o aproveitamento da turma, inclusive para os professores –, a diversidade pode conduzir a uma melhor performance em outros tantos cenários.

Não basta, porém, uma diversidade meramente simbólica – com poucos e esparsos representantes de um mesmo grupo demográfico convocados apenas para marcar presença no ambiente – ou formados de forma irrefletida – uma equipe muito grande, como se disse, pode reduzir a participação espontânea de mulheres, por exemplo.

Com essa preocupação, a autora apresenta possíveis ferramentas para maximizar o compartilhamento de opiniões e de experiências e para tornar os processos de deliberação mais participativos. Uma delas é a distribuição do tempo de fala entre os integrantes. Ela defende, ainda, que a diversidade seja vista também sob a perspectiva da complementaridade – é interessante reunir pessoas com diferentes qualidades – e que, quando existir, seja expressiva, representada em pelo menos um terço dos integrantes e três indivíduos em números absolutos.

Outra técnica recomendada por Iris Bohnet envolve o desenho de normas sociais que criem um estado de coisas favorável à diversidade. E não há necessidade de esse processo ser excessivamente complexo ou custoso.

Para ilustrar seu argumento, a autora traz uma pesquisa levada a cabo pela *UK Behavioral Insights Team* em 2011. A equipe enviou mais de 100.000 cartas a cidadãos britânicos para recordá-los que ainda não haviam pagado seus impostos. A mensagem, porém, sofria uma leve variação em um dos trechos: parte continha a frase “9 a cada 10 contribuintes pagam seus impostos”, outra “9 a cada 10 contribuintes do Reino Unido pagam seus impostos”, uma terceira “9 a cada 10 contribuintes do Reino Unido pagam seus impostos. Você faz parte da seleta minoria que ainda não nos pagou” e uma última continha ou nenhuma mensagem adicional ou uma mensagem genérica sobre a importância de pagar tributos para a sociedade. O adimplemento dos débitos foi expressivamente maior no grupo que recebeu a terceira versão da carta.

Com isso, vê-se o poder da informação – e da forma como ela é colocada – para o estabelecimento de normas sociais. Como já adiantamos, há evidências de que *pessoas copiam outras* e se mostram mais dispostas a contribuir em prol do público quando identificam que outras já estão contribuindo. Tanto é que, nos Estados Unidos da América, onde o voto é facultativo, a chance de alguém se encorajar a votar é maior quando já há uma alta taxa de presença nas urnas. O mesmo sucede com a propensão de pessoas a doar quando apresentadas

à informação de que outras também o estão fazendo. A cooperatividade parece estar condicionada a alguns fatores comportamentais, portanto, não sendo de todo espontânea ou intrínseca.

É verdade que, adentrando a seara da diversidade, pode existir uma certa resistência por parte dos grupos já favorecidos pelo *status quo* e, nesses casos, levar em consideração todos os envolvidos tende a ser a abordagem mais prudente e pragmática. Uma das formas de dar oportunidades aos novos grupos sem que isso seja percebido com uma ameaça pelos antigos é pelo aumento de número de vagas em uma instituição (o “*aumento do bolo*”) e pela introdução de mudanças paulatinamente.

Entre as estratégias promissoras arroladas na obra está a adesão a *rankings* e *ratings*, que é considerado um interessante instrumento de *soft law* a governos e capaz de promover mudanças também em corporações, havendo sempre de se tomar cuidado com potenciais manipulações por parte dos avaliados. A par disso, a própria alteração na legislação e nas regulações a respeito de um tema pode ter impacto na percepção social sobre ele. No Brasil, a obrigatoriedade do cinto de segurança em veículos e a proibição de fumar em locais fechados tiveram o condão de verdadeiramente moldar normas sociais e criar um novo estado de coisas.

Por fim, para promover mudanças qualitativas, há que se investir na transparência. Quanto mais visível, saliente e simples uma informação, mais provável que seja notada e, principalmente, assimilada. Há um baixo custo em publicizar informações, ao mesmo tempo em que o retorno é significativo. Em relação à equidade de gênero, uma boa solução – mas que ainda demanda mais experimentos – parece ser a adoção de políticas do tipo *conformar-se ou explicar-se* (*comply or explain*), pelas quais os governos estabelecem o que consideram um bom programa de gênero a empresas e, periodicamente, convocam-nas para informar se aderiram ou, caso contrário, expliquem publicamente o motivo de sua não adesão.

A disponibilização de informação e a necessidade de fundamentação das decisões tomadas são mecanismos para romper a barreira entre intenção e ação, assim como o estabelecimento de metas – sobretudo a curto prazo –, e o estabelecimento de auditorias e procedimentos de prestação de contas (*accountability*) completos e previamente informados.

Iris Bohnet, em sua obra, demonstra de forma simples e didática, mas ricamente embasada, que reduzir a desigualdade de gênero é, sim, possível. Há soluções relativamente

rápidas e que não envolvem mudar mentalidades; basta direcionar comportamentos a partir de dados, experimentação e conferindo-se visibilidade ao que interessa.

Ainda que não seja a intenção específica da obra, a aplicação de suas conclusões e propostas vai além da promoção de igualdade de *gênero* em *instituições*. Suas ferramentas são muito mais abrangentes.

3. Conclusões e possíveis aproveitamentos para o direito brasileiro

Leis servem para regular comportamentos e sinalizar o que é ou não aceitável em determinada sociedade, atuando positivamente no sentido de aperfeiçoá-los e partindo, sobretudo, da necessidade de pertencimento explorada por Iris Bohnet em sua obra.

Em artigo² que analisa a psicologia social contemporânea, distinguindo suas principais vertentes³, Maria Cristina Ferreira explica que a identidade social de determinado grupo se apoia “*em três postulados básicos: (1) o autoconceito é derivado da identificação e pertença grupal; (2) as pessoas são motivadas a manter uma autoestima positiva; (3) as pessoas estabelecem uma identidade social positiva mediante a comparação favorável de seu próprio grupo (in-group) com outros grupos sociais (out-groups).*”⁴

Estudos ligados a esse conceito “*têm consistentemente apontado que a força da identificação com o próprio grupo e a necessidade de manter uma autoestima positiva encontram-se na base das relações intergrupais, ao provocarem o favoritismo do próprio grupo e as atitudes discriminatórias daí decorrentes*”⁵, tal como ocorre nas relações de gênero em muitas das situações descritas por Iris Bohnet.

Já as *representações sociais*, que explicam a simplificação de papéis atribuídos a cada gênero – em que mulheres acabam frequentemente associadas a atribuições não profissionais – “*englobam um conjunto de conceitos, imagens e explicações que se originam do senso comum,*

² FERREIRA, Maria Cristina. A Psicologia Social contemporânea: principais tendências e perspectivas nacionais e internacionais. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 26(spe), 2010, p. 51-64.

³ I.e., a Psicologia Social Psicológica, focada no indivíduo, a Psicologia Social Sociológica, voltada para interações intergrupais, e a Psicologia Social Crítica, que busca a conscientização de grupos oprimidos.

⁴ FERREIRA, Maria Cristina, cit., p. 57.

⁵ Idem.

no contexto das interações e comunicações interpessoais”⁶, alterando-se “à medida que novos significados vão sendo acrescentados à realidade”⁷.

Dessa premissa decorre que a utilização de estratégias como o aumento do número de mulheres e grupos sub-representados em empresas e instituições – impulsionado por políticas inclusivas como as que vêm sendo implementadas pela Magazine Luiza⁸ – ou mentorias qualificadas – como as que são promovidas pelo BTG Pactual⁹ – geram, de fato, impactos relevantes no sentido de aumentar a diversidade no mercado de trabalho e alterar estereótipos.

Quando tratamos de políticas públicas para a proteção de mulheres, instituições como a UNICEF¹⁰ indicam a importância de trabalhar com conceitos delimitados. As diferentes formas de violência de gênero devem ser nomeadas, para que sejam, então, conhecidas e reconhecidas pela comunidade. Não por outro motivo que a Lei Maria da Penha, aplaudida pela comunidade internacional, se proponha a definir o que é a violência doméstica e familiar contra a mulher (seus artigos 5º e 6º) e descreva, específica e exemplificativamente, cada uma das formas com que essa violência pode se manifestar (artigo 7º).

A simples existência da lei, obviamente, não basta. Tal como na realidade indiana, para que mulheres se sintam à vontade para procurar as autoridades, são necessárias mudanças estruturais que naturalizem essa iniciativa, sem penalizar a vítima pelo descumprimento dos papéis sociais que lhe são atribuídos.

Em linha com as recentes recomendações do IBCCRIM aos candidatos da república em 2022, é importante que toda “*iniciativa institucional [conte] com mecanismos de coleta, sistematização e análise de dados para aferir sua eficiência a curto, médio e longo prazo*”¹¹. E isso envolve, de acordo com o instituto:

(i) o fortalecimento de observatórios e programas de pesquisa na área de segurança pública, inclusive por meio de estratégias de cooperação e do aprendizado com a

⁶ Ibidem, p. 58.

⁷ Idem.

⁸ Confira-se, nesse sentido, o Programa de Diversidade e Inclusão disponibilizado pela empresa em seu website: <<https://ri.magazineluiza.com.br/Download.aspx?Arquivo=VPDwR3/iToQkL7EHI03Q1A==>>. Acesso em 26 fev. 2023.

⁹ Para mais detalhes: <<https://www.btgpactual.com/esg-e-impact-investing/esg-diversidade>>. Acesso em 26 fev. 2023.

¹⁰ UNICEF. *Policy Options on Domestic Violence Gender-based Violence in Kosovo*, 2013. Disponível em: <https://www.unicef.org/kosovoprogramme/media/161/file/Final_Policy_Options_English-ENG.pdf>. Acesso em 24 fev. 2023.

¹¹ IBCCRIM. *Carta do IBCCRIM aos candidatos à presidência*, 2022. Disponível em <<https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-26-09-2022-18-45-07-573109.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2023.

experiência internacional; (ii) a utilização de metodologia padronizada para a coleta, sistematização e análise de dados, prezando pela objetividade, acurácia e rigor técnico; (iii) a identificação, mobilização e cruzamento de informações a partir de diferentes fontes institucionais para a coleta (sistemas de saúde, educacionais e de segurança pública); (iv) a implementação de medidas que garantam a transparência ativa, que permitam e estimulem a sociedade civil e a imprensa a participar da construção de toda iniciativa institucional de forma qualificada, democrática e inclusiva.

Em 1992, o dramaturgo Augusto Boal introduziu no cenário político brasileiro o denominado “teatro legislativo”, em que as demandas sociais eram levadas ao palco com participação dos grupos jurisdicionados para que expusessem suas dificuldades aos representantes eleitos. Em resumo, o teatro legislativo funcionava da seguinte forma:

[...] redes de Núcleos de Teatro do Oprimido eram formadas em diversas partes da cidade, reunindo pessoas que estavam dispostas a expor seus desejos e necessidades dentro daquela comunidade. A partir daí, eram montadas cenas de Teatro-Fórum, coordenadas por integrantes do Teatro do Oprimido. O palco principal das apresentações era a calçada em frente ao prédio da Câmara dos Vereadores, na Cinelândia. As escadarias serviam de arquibancada e uma lona no chão e uma estrutura de fundo delimitavam o espaço cênico.

Os vereadores eram convidados a participar da encenação porque a ideia era a de reproduzir, na rua, o que acontecia ou deveria acontecer no plenário, a partir dos problemas expostos ali pela população, ou melhor, pelos atores.¹²

A partir dessa iniciativa, “*foram aprovadas 13 Leis Municipais e vários outros Projetos de Lei foram apresentados à Casa, embora não tenham vingado*”¹³, sendo também resultado do teatro legislativo “*a proposta que resultou, em 1997, após o final do mandato de Boal, na Primeira Lei Brasileira de Proteção às Testemunhas de Crimes, que inspirou a Lei Federal de Proteção às Testemunhas, a Lei nº 9.807/99*”¹⁴.

Essa proposta é apenas uma das muitas que podem ainda ser resgatadas ou construídas para que se alcancem resultados concretos. Seja por meio da sistematização de dados com base em pesquisas científicas, seja a partir do diálogo da academia com a sociedade, a mensagem que a obra de Iris Bohnet transmite é que propostas devem ser testadas em qualquer iniciativa

¹² SP Escola de Teatro. *Teatro Legislativo*. Disponível em: < <https://www.spescoladeteatro.org.br/noticia/ponto-teatro-legislativo>>. Acesso em 25 fev. 2023.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

que se pretenda efetiva na erradicação da violência de gênero ou no aumento de possibilidades para o público feminino.

4. Bibliografia

BOHNET, Iris. *What works. Gender Equality by Design*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

FERREIRA, Maria Cristina. A Psicologia Social contemporânea: principais tendências e perspectivas nacionais e internacionais. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 26(spe), 2010.

IBCCRIM. *Carta do IBCCRIM aos candidatos à presidência*, 2022. Disponível em <<https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-26-09-2022-18-45-07-573109.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2023

SP Escola de Teatro. *Teatro Legislativo*. Disponível em: <<https://www.spescoladeteatro.org.br/noticia/ponto-teatro-legislativo>>. Acesso em 25 fev. 2023.

UNICEF. *Policy Options on Domestic Violence Gender-based Violence in Kosovo*. 2013. Disponível em: <https://www.unicef.org/kosovoprogramme/media/161/file/Final_Policy_Options_English-ENG.pdf>. Acesso em 24 fev. 2023.

Os agentes da criminalidade económica: análise criminológica a partir da prática de cartel

The agents of economic crime: criminological analysis from cartel practice

Flávia Novera Loureiro¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este artigo discute os princípios da criminologia econômica, apresentando os seus relevantes aspectos científicos, focando o fenômeno do crime de cartel, e analisa os infratores, classificando-os como sendo de baixa, média e alta frequência.

Palavras-chave: Criminalidade económica. Cultura corporativa criminógena. Crime de cartel. Tipologia dos infratores.

Abstract: This article discusses the principles of the white-collar crime, presenting its relevant scientific aspects, focusing on the phenomenon of cartel, and analyzes and classifies offenders as low, medium and high frequency.

Keywords: Economic criminality. Criminogenic corporate culture. Cartel. Typology of offenders.

1. Apresentação do problema

Ensaia-se neste trabalho uma análise criminológica da criminalidade económica e dos respetivos agentes, a partir de uma perspectiva particular: a da prática de atos suscetíveis de configurar um específico atentado à liberdade de concorrência, o cartel¹. Alguns avisos prévios se impõem, portanto, face ao tema assim delimitado.

¹ Doutora em Ciências Jurídicas. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Investigadora Integrada do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*.

¹ De há algum tempo a esta parte, vimos votando a nossa atenção ao estudo da criminalidade económica, não apenas de uma perspectiva jurídico-penal estrita, mas tentando igualmente um enfoque mais amplo e compreensivo, que não pode deixar de passar pelo contributo criminológico. Este trabalho corresponde, assim, em grande medida, a um outro já publicado (FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, “A criminalidade económica e os seus agentes sob a perspectiva criminológica - análise a partir da prática de cartel”, in *Liber Amicorum Manuel*

O primeiro deles diz respeito, naturalmente, aos pressupostos metodológicos ou, se se preferir, ao enfoque particular da autora: é uma jurista a refletir sobre a criminalidade económica que se encontrará nestas páginas, ainda que se tente a abordagem criminológica. É, por isso, um exercício de «criminologia jurídica» aquele que aqui se leva a cabo. Naturalmente, a reflexão tenta levar em linha de conta os contributos fornecidos por outras áreas científicas, como aliás é próprio – diríamos intrínseco – da criminologia, mas não pode senão afirmar-se este pressuposto, que é imanente ao sujeito e seguramente se repercutirá no texto.

Depois, um outro respeitante ao próprio objeto. Qualquer reflexão que pretenda fazer-se a respeito da criminalidade económica – seja numa perspetiva dogmático-penal, seja com um enfoque criminológico; centre-se numa abordagem substantiva, ou opte, antes, por uma aproximação processual – encara sempre um primeiro problema de base: o da definição (ou delimitação, se se preferir) do que seja e deva entender-se por criminalidade económica. O conceito afigura-se particularmente fluido, sem especial enraizamento dogmático², usualmente associado a outros designativos (criminalidade económico-financeira, criminalidade económica e organizada, criminalidade económico-empresarial, *etc.*), pelo que não é fácil saber exatamente a que devemos referir-nos quando pretendemos tratar este tipo de criminalidade³. Nascida, se

Simas Santos, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 467-487) e busca as suas raízes na pesquisa e na reflexão que desenvolvemos para a nossa tese de doutoramento, onde nos dedicámos a analisar o problema da necessidade de criminalização da prática de cartel: cf. FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017.

² Veja-se que o Código Penal português não faz qualquer referência a crimes económicos (fala apenas de *crimes contra o património*, nos arts. 202.º e ss. – e dentro destes em *crimes contra a propriedade, crimes contra o património em geral, crimes contra direitos patrimoniais e crimes contra o setor público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente*). É em legislação avulsa que abunda o tratamento deste tipo de criminalidade, muito embora sem uniformidade quanto à designação. A lei n.º 28/84, de 20 de janeiro – marco fundamental no tratamento moderno desta matéria –, optou falar em *infrações antieconómicas* (e contra a saúde pública), enquanto, por sua vez, a lei n.º 36/94, de 29 de setembro (com diversas alterações posteriores), fala já em medidas de combate à corrupção e *criminalidade económica e financeira*, agregando a corrupção a esta criminalidade, e a lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (retificada pela declaração de retificação n.º 5/2002, de 6 de fevereiro, e sucessivamente alterada), estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e *económico-financeira*.

³ A Organização das Nações Unidas ensaiou no seu 11.º Congresso sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, que decorreu na Tailândia, em 2005, uma aproximação à definição desta criminalidade, estabelecendo que crime económico-financeiro seria “toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda financeira” (documento informativo UNODC, UnisVienna n.º 5 a respeito do 11.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, disponível em www.unis.unvienna.org). O conceito é conscientemente largo, abrangendo um amplo leque de atividades ilegais (entre as quais, a ONU destaca, desde logo, a fraude, a corrupção, a evasão fiscal e o branqueamento de capitais) e apelando a uma conceptualização mais precisa por parte da doutrina. Cf. o que a este propósito tivemos já oportunidade de dizer em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira”, in *IV Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, 2016, pp. 187-207, *maxime* pp. 195 e ss.

quisermos, da noção de *white collar criminality*, esta parece querer referir-se, em sentido lato, aos crimes não violentos, motivados por razões financeiras e praticados por profissionais ligados à atividade económica. Esta é, todavia, uma malha demasiado larga. E é-o, como tem sido sublinhado⁴, por não se tratar de um conceito técnico-jurídico (jurídico-penal, em sentido estrito), mas de um conceito operativo ou instrumental, que traduz já um conjunto de tipos de crimes pré-existentes.

No nosso exercício concreto – apresentando, pois, um terceiro conjunto de considerações prévias, umbilicalmente ligadas com as anteriores –, partimos para a análise da criminalidade económica através de um específico conjunto de condutas, que têm, no ordenamento jurídico português, a particularidade de não serem consideradas como criminosas. São-no noutros lugares, já o foram entre nós noutros tempos, e afiguram-se-nos, também por isso, especialmente carecidas de reflexão ponderada. Adentramos, pois, terreno particularmente movediço quando perspetivamos este estudo a partir de atos atentatórios da concorrência, em particular da prática de cartel⁵. Em boa verdade, poder-se-á dizer – em consonância com a matriz criminológica que aqui pretendemos manter – que a criminalidade económica de que aqui tratamos não o é em termos técnico-jurídicos, muito embora (ou talvez por isso mesmo) pretendamos discutir se o não será em termos sócio-criminológicos e, portanto, se não deverá a legislação acompanhar essa perceção comunitária.

⁴ Cf. JORGE DOS REIS BRAVO, *Para um Modelo de Segurança e Controlo da Criminalidade Económico-financeira – Um Contributo Judiciário*, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, Working Papers, n.º 18, 2013, p. 16. Chamando já a atenção para este problema, a propósito da criminalidade organizada, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 71, março-abril 2008, pp. 14 e ss.

⁵ A expressão direito da concorrência não é unívoca, podendo mesmo ser enganadora quanto ao seu âmbito material, uma vez que, parecendo abarcar todo o regime jurídico relacionado com o exercício da concorrência, é usualmente utilizada, em Portugal, para significar apenas o direito da proteção da concorrência (também conhecido por direito da defesa da concorrência, direito da liberdade de concorrência, ou direito das práticas restritivas da concorrência). Fica, pois, de fora do seu círculo de atuação uma outra área da concorrência que, desde muito cedo, se autonomizou daquela: a proteção da lealdade da concorrência, comumente designada por concorrência desleal. Dentro do direito da liberdade de concorrência, por sua vez, existem diversas áreas dogmáticas, que podemos agrupar em três grandes núcleos: as práticas anticoncorrenciais (cartel e abusos de posição dominante), o controlo das operações de concentração de empresas e as regras respeitantes aos auxílios estatais. Ainda aqui, todavia, tem vindo a fazer-se sentir uma tendência de fragmentação das diversas áreas, podendo mesmo identificar-se uma certa propensão para autonomizar o direito das práticas restritivas, cada vez mais conhecido como direito anticartel ou direito antitrust. Cf., por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 15-16 e 87 e ss., para quem a concorrência desleal faz, efetivamente, parte de um amplo direito da concorrência; e SERAFIM PEDRO MADEIRA FROUFE, *A Reforma do Direito Comunitário da Concorrência: o sentido descentralizador e/ou re-centralizador do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (dissertação de doutoramento)*, Braga: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/11261/1/TESE.pdf>, 2009, pp. iii.

2. A criminalidade económica e a criminalidade empresarial: relevância criminológica e principais características

Não é nova a reflexão acerca da criminalidade económica a partir de uma perspetiva sócio-criminológica, que busca explicações a respeito das causas deste tipo de crimes e, simultaneamente, dos seus agentes. Quando Sutherland, em 1939, apresentou o conceito de *white-collar crime*, no seu discurso dirigido à Sociedade Americana de Sociologia⁶, inaugurou um longo debate a respeito da criminalidade praticada por indivíduos pertencentes a estratos sociais mais altos⁷, matéria que, até então, era bastante negligenciada pelos estudiosos do crime⁸. O delinquente deixa de ser necessariamente o indivíduo pertencente a uma classe económico-social baixa, motivado pela ausência de recursos ou por razões de ordem psicológica e social relacionadas com a pobreza (debilidade mental, desvios psicopáticos, «bairros de lata», famílias desestruturadas e deterioradas).

Ao lado dessa criminalidade tradicional, esmagadoramente representada na população prisional⁹, surge, então, esta «nova» criminalidade ocupacional, ligada à atividade profissional

⁶ Cf. EDWIN H. SUTHERLAND, "White Collar-Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1-12. Na verdade, antes de optar por esta formulação, SUTHERLAND havia utilizado a expressão "*white-collar criminaloid*" (no seu manual *Principles of Criminology*, em 1934), por influência de um artigo publicado alguns anos antes pelo sociólogo EDWARD ALSWORTH ROSS, "The Criminaloid", *Atlantic Monthly*, 99, 1907, pp. 44-50.

⁷ Muito embora, como se verá, não pretendesse o Autor delimitar a *white collar criminality* de acordo com o nível económico ou social do seu agente, mas tendo, como critério o âmbito dentro do qual os factos eram praticados: a atividade económica empresarial. Tendo em atenção, todavia, que esta atividade era (é) desenvolvida sobretudo por pessoas pertencentes àqueles estratos sociais, acabou por derivar para uma discussão também sobre esse tema, numa certa confusão de fronteiras que nem sempre é fácil de discernir.

⁸ Se EDWIN H. SUTHERLAND cunhou definitivamente o estudo deste tipo de criminalidade, promovendo uma discussão académica sem precedentes em seu redor, tal não significa, obviamente, que tenha sido ele o primeiro a considerar a criminalidade própria das classes privilegiadas. Já antes dele, ainda no século XIX, o jurista e sociólogo francês GABRIEL TARDE havia refletido sobre o modo como as pessoas de estratos sociais mais baixos cometiam transgressões imitando as de classes superiores. Do mesmo modo, também CHARLES HENDERSON e ALBERT MORRIS tinham, antes do trabalho de EDWIN H. SUTHERLAND, estudado o problema. Cf. as referências históricas de enquadramento feitas por RONALD J. BERGER, *White-Collar Crime: the Abuse of Corporate and Government Power*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2011, pp. 3 e ss.

⁹ Como sublinha EDWIN H. SUTHERLAND, "White Collar-Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1-2, "[t]he criminal statistics show unequivocally that crime, as popularly conceived and officially measured, has a high incidence in the lower class and a low incidence in the upper class; less than two percent of the persons committed to prisons in a year belong to the upper class. These statistics refer to criminals handled by the police, the criminal and juvenile courts, and the prisons, and to such crimes as murder, assault, burglary, robbery, larceny, sex offenses, and drunkenness, but exclude traffic violations", o que conduziu os criminólogos a uma explicação do crime baseada nas condições sócio-psicológicas associadas à pobreza. Mas, como o Autor alerta também "[t]he conventional explanations are invalid principally because they are derived from biased samples. The samples are biased in that they have not included vast areas of criminal behavior of persons not in the lower class. One of these neglected areas is the criminal behavior of business and professional men".

das elites económicas¹⁰, sobretudo relacionada com os denominados «homens de negócios»¹¹ e com as respetivas empresas e indústrias. Falamos, portanto, de comportamentos que são usualmente dissimulados na atuação legítima de empresas e que são praticados por pessoas com poder económico e político, que frequentemente usam essa influência quer para a perpetração dos atos delinquentes, quer para a sua posterior dissimulação, quer, ainda, para escapar às malhas da justiça, quando o problema venha eventualmente a ser suscitado.

Naturalmente, ficam de fora desta classificação – como ficavam, aliás, já na análise de Sutherland – uma grande quantidade de crimes praticados por pessoas pertencentes às classes socioeconómicas elevadas (v.g. homicídio, ofensas à integridade física, violência doméstica, etc.), na medida em que não está aqui em causa, específica e unicamente, a pertença a um determinado estrato social, mas a criminalidade ocupacional dele decorrente. Os «crimes de colarinho branco» não são, por isso, todos aqueles que são praticados por um determinado conjunto de indivíduos, mas, mais propriamente, aqueles que são praticados por todos aqueles que exerçam um certo tipo de profissões ou funções¹².

A sua exata delimitação (quais sejam, afinal, os comportamentos que pertencem a esta categoria) não é, todavia, inequívoca e suscita ainda hoje algumas dificuldades. Havendo relativo consenso quanto aos dois grandes grupos inicialmente apresentados pelo referido criminólogo norte-americano – *corporate crime* e *government crime* –, a enumeração exata das condutas que quadram a cada uma dessas espécies apresenta-se um pouco mais difícil¹³.

Além deste problema conceitual, as principais dificuldades conexas com este tipo de criminalidade podem ser agrupadas em dois grandes núcleos: por um lado, a deteção e investigação dos atos em causa, dada a sua natureza altamente técnica e o secretismo e

¹⁰ Esta criminalidade é também conhecida por criminalidade de elite. Cf., v.g., DAVID R. SIMON, *Elite Deviance*, Boston: Allyn and Bacon, 1999 (6.ª ed.), *passim*.

¹¹ Salienta CHRISTOPHER HARDING, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14, 2006, p. 182, que há ainda nesta tipologia de crime uma marcada perspetiva de género, sendo raras as mulheres que, até hoje, têm sido relacionadas com estas práticas. Muito embora o Autor não avenge hipóteses explicativas para o fenómeno, parece-nos que – sem prejuízo das idiosincrasias da criminalidade feminina – a principal causa para uma tal disparidade está relacionada com a ainda difícil ascensão da mulher aos cargos de topo da atividade empresarial.

¹² Ver, a propósito, MICHAEL L. BENSON e SALLY S. SIMPSON, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009, p. 5. Os Autores partem da definição de SUTHERLAND para depois encetarem uma análise baseada na estrutura de oportunidades necessária para o cometimento de «crimes de colarinho branco».

¹³ Ver, a este propósito, MARSHALL B. CLINARD e PETER C. YEAGER, *Corporate Crime*, New York: The Free Press, 1980; pp. 1 e ss.; JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 115 e ss.; e RONALD J. BERGER, *White-Collar Crime: the Abuse of Corporate and Government Power*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2011, p. xi e ss.

dissimulação que os acompanha; por outro, a aplicação de sanções adequadas, consideradas as especificidades dos agentes em causa, a sua atuação usualmente mediada por uma organização (pessoa coletiva ou jurídica) e as necessidades impostas pelas finalidades da punição.

Na verdade, dadas as características específicas da criminalidade em causa, o mero conhecimento do facto suscetível de configurar um crime é relativamente raro e, quando sucede, já passou habitualmente largo tempo sobre a data em que tal ato ocorreu. Isto sucede quer porque estamos perante comportamentos que são usualmente levados a cabo dentro de estruturas organizacionalmente complexas, camuflados sob a aparente legalidade do exercício da atividade de uma empresa, e, por isso mesmo, sujeitos aos particulares laços de silêncio, de lealdade e de secretismo próprios destes organismos, quer porque as vítimas de tais ações são usualmente difusas ou, quando determinadas ou individualizáveis, muitas vezes nem sabem que o são, tendo em conta o nível técnico dos atos em causa¹⁴ e a dissimulação dos mesmos¹⁵.

A este desconhecimento ou notícia tardia dos comportamentos ilícitos, junta-se, por outro lado, a especial dificuldade na investigação e recolha de provas, pois que, tratando-se de domínios técnicos especializados, a prova se apresenta como particularmente complexa, normalmente dependente de perícias e da análise de um muito extenso conjunto de documentos, quase sempre relacionado com dados contabilísticos e bancários. Se juntarmos a estes, fatores como a internacionalização das empresas e a globalização económica, geradoras uma liberdade de circulação de pessoas e bens e de um fluxo de capitais sem precedentes, e a imaterialidade das transações decorrente da velocíssima capacidade de inovação tecnológica (com os problemas resultantes, por exemplo, da necessidade de prova digital), compreendemos sem dificuldade a razão pela qual o apuramento destes factos se torna particularmente árduo, sobretudo face à falta de meios humanos especializados.

Por outro lado, ainda que se ultrapasse o problema da averiguação e recolha de prova, um outro conjunto de dificuldades se apresenta quanto à possibilidade de punição dos comportamentos em causa. Em primeiro lugar, surge a questão de saber quem é o agente, uma vez que estamos perante criminalidade ocupacional ou organizacional e os factos suscetíveis de serem considerados criminosos são normalmente praticados no âmbito de uma pessoa jurídica.

¹⁴ Imagine-se, por exemplo, o caso dos investidores ou dos pequenos acionistas de uma empresa que se evade ao pagamento de impostos.

¹⁵ Será o caso, que em particular nos interessa, dos consumidores afetados por uma prática restritiva da concorrência, por exemplo, um acordo entre empresas para a fixação do preço de certo bem.

Estaremos, assim, perante um criminoso individual, que apenas opera no seio de uma organização, devendo aquele ser responsabilizado nos moldes habituais, ou enfrentaremos, antes, um «criminoso coletivo», isto é, a atuação em causa, não podendo ser reconduzida a cada um dos indivíduos participantes na organização, não deverá ser antes imputada ao próprio ente coletivo¹⁶?

A resposta a esta questão coloca dúvidas sérias do ponto de vista da dogmática jurídico-penal¹⁷, mas também não menos relevantes perplexidades sob a perspetiva criminológica, uma vez que importará aferir se existe uma especial qualidade «criminogenética» por parte destas estruturas organizacionais, ou se, pelo contrário, as causas e explicações do desvio continuam a dever procurar-se no indivíduo ou no conjunto dos indivíduos que as compõem¹⁸.

De acordo com alguns Autores¹⁹, na verdade, há uma cultura própria nestas organizações que rege, desde logo, o seu relacionamento com a lei e a capacidade para fazer uma leitura mais ou menos tolerante das imposições normativas quando estão em causa benefícios para o ente coletivo. Empresas que aceitam ou toleram atos pouco éticos ou mesmo ilícitos praticados pelos seus funcionários ou agentes, quando tais comportamentos geram uma vantagem para a própria empresa, criam uma cultura de desrespeito pela lei, de contradição com as regras estabelecidas que é aprendida e interiorizada como todas as demais práticas empresariais²⁰.

¹⁶ Colocando estas questões e buscando hipóteses de resposta, assentes quer em pressupostos criminológicos, quer em regras jurídico-dogmáticas, cf. CHRISTOPHER HARDING, *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007, pp. 121 e ss.

¹⁷ Questões que têm vindo a ser muito debatidas no âmbito da possibilidade e adequação dos regimes de responsabilidade penal de pessoas jurídicas que, havendo sido negados durante tanto tempo, têm recentemente recebido acolhimento em muitas legislações. No caso português, cf., por todos, MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, "A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas - Novas Perspectivas", in *Direito Penal Económico*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1995, pp. 107-187; JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009, *passim*; e FERNANDO TORRÃO, *Societas Delinquere Potest? da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa"*, Coimbra: Almedina, 2010, *passim*.

¹⁸ Cf. ROBERT APEL e RAYMOND PATERNOSTER, "Understanding 'Criminogenic' Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 15-33.

¹⁹ Ver, por todos, CHRISTOPHER HARDING, *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007, pp. 221 e ss.; e JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 15 e ss.

²⁰ Cf. as reflexões de MAURICE PUNCH, "The organizational component in corporate crime", in *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London: Routledge, 2011, pp. 101-113, onde o Autor sublinha a existência de um sistema organizacional paralelo, de um código operacional dissimulado dentro das empresas, que efetivamente rege o modo como a atividade deve ser levada a cabo e, entre outras coisas, a interação com as imposições e proibições legais: "[f]irstly, empirical analysis of corporate criminality is

Assentam, pois, estas teorias na natureza social do comportamento coletivo, que se repercute na divergência de atuação do indivíduo quando age não enquanto tal, mas dentro de uma estrutura associativa, assimilando as características, os objetivos e os meios de agir da organização e encarando-a como um ente «real», que influencia a sua conduta pessoal e profissional²¹. Ora, dentro dessa outra realidade que a empresa, a organização económica, constitui, o indivíduo age de acordo com os padrões coletivos que lhe foram transmitidos, com a aculturação a que esteve sujeito, com o *ethos* específico da entidade em causa.

De tal modo que podem mesmo identificar-se, segundo Gobert e Punch²², dois tipos de indústrias ou de atividades empresariais, conforme a sua tendência mais ou menos vincada para a prática de atos penalmente relevantes: as «*crime-facilitative industries*» e as «*crime-coercive industries*». No primeiro caso, as atividades são facilitadoras de crimes, uma vez que, pela sua natureza ou características, oferecem oportunidades de obtenção de benefícios através da prática de atos criminosos com baixo risco de deteção²³; na segunda hipótese, estaremos a falar de atividades no seio das quais as empresas se veem praticamente forçadas a cometer crimes de modo a assegurarem a sua sobrevivência²⁴.

Não significa isto, naturalmente, que se afirme, sem mais, que todas as empresas são inerentemente criminógenas, antes se pretende chamar a atenção para a existência de um conjunto de fatores situacionais específicos que podem ajudar a compreender as causas e os

problematic because virtually every study of organizations reveals that, apart from the formal structure, there is an informal system or 'shadow' organization where, behind the glossy corporate front and the public relations rhetoric, there is an 'operational code' about how the company really operates and how things really get done. Under the surface there are practices which may enhance organizational aims – such as price-fixing mentioned above or using bribery to ensure contracts in certain markets – or may, as in some forms of fraud or industrial enterprise, expose the organization to legal liability” (p. 103).

²¹ Idem, p. 102.

²² Ver JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 23 e ss.

²³ Quanto à análise destas oportunidades, fizemos já referência ao trabalho de MICHAEL L. BENSON e SALLY S. SIMPSON, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009. Cf., no Brasil, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, “A Criminologia Empresarial: why good people do dirty work”, in *Criminalidade Económica e Empresarial: Escritos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*, São Paulo: Tirant lo Balnch, 2022, pp. 107-125.

²⁴ Este é, aliás, mesmo do ponto de vista histórico, um dos argumentos mais habitualmente apresentados pelos participantes em práticas restritivas da concorrência – sobretudo em cartéis – para explicar a razão da sua atuação: a estreitíssima margem de lucro e os altos custos que os forçam a repartir quotas de mercado de modo a garantir um determinado nível de produção para todas as empresas, sob pena de não poderem garantir a sobrevivência da empresa; ou, por outro lado, a circunstância – muitas vezes aliada à anterior – de entrarem num mercado onde virtualmente todos os competidores praticam atos restritivos, impondo-se-lhes uma atuação semelhante e muitas vezes coligada. Cf., a propósito, CHRISTINE PARKER, “Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality”, in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 239-262.

formatos da criminalidade empresarial²⁵. Não corresponderá, pois, a criminalidade empresarial a uma atuação penalmente ilícita vulgar, levada a cabo por um qualquer delinquente (por um criminoso comum), à qual apenas se apõe uma condição de lugar: a sua prática decorra no seio de uma atividade empresarial. Aquilo que estas teorias pretendem sublinhar é a existência de uma natureza e de uma estrutura próprias das organizações económicas que, aliadas a fatores sociais, económicos e culturais específicos do meio em que aquelas estão inseridas, ajudam a promover uma atitude de aceitação do risco e de flexibilização ética que faz com que a prática de atos ilegais e, mesmo, criminosos, se torne um ato banal e não autocensurado²⁶.

Ora, considerar que assim é – que as empresas não são apenas um instrumento acessório na prática de um determinado ato ilícito, mas podem antes desempenhar um papel determinante na decisão criminosa e na sua configuração, revertendo, aliás, para elas o benefício obtido com a conduta – impõe, como dissemos, uma reflexão acerca da dogmática jurídico-penal implicada e das suas consequências práticas. De facto, não deveremos falar aqui de responsabilidade penal da própria empresa, uma vez que o crime é «produto» dela, resultado, afinal, da sua específica «realidade», em benefício de quem, para mais, correm os ganhos? Fará sentido tentar imputar a responsabilidade pelos atos em causa ao diretor, ao executivo, ao agente que estará (se se conseguir apurar quem é) por trás da manifestação exterior do ato?

O problema, se convoca a tão intrincada e debatida questão da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou jurídicas, tem igualmente uma perspetiva causal-explicativa de base, sobretudo quando a empresa em apreço seja «reincidente»²⁷ e utilize um processo de substituição²⁸ dos agentes que, entretanto, tenham porventura vindo a ser implicados na prática de um qualquer ato proibido. Parece acentuar-se, nestes casos, aquela característica criminógena da organização, que independe mesmo dos concretos indivíduos que contribuam para a levar a

²⁵ E que, desde logo, nos podem ajudar a compreender por que razão uma empresa embarca em atuações criminosas enquanto outra, colocada num circunstancialismo similar, o não faz.

²⁶ Vejam-se, a este propósito, as considerações expendidas por JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 14 e ss.

²⁷ Não usamos aqui o termo em sentido técnico-jurídico exato, sobretudo à luz da nossa legislação penal. Lançamos mão da sua significância mais lata, querendo apenas indicar a circunstância de a empresa em causa repetir o comportamento ilícito (que pode, em boa verdade, nem ser considerado crime à luz da legislação em vigor num dado tempo e lugar).

²⁸ Este processo de substituição é relativamente comum, sobretudo em empresas de grande dimensão, que, face a uma investigação por prática de atos ilícitos, imputam ou deixam ser imputada a responsabilidade a um seu agente (normalmente um alto quadro executivo), que é afastado, usualmente recebendo uma compensação muito significativa, e depois substituído por outro – que agirá também dentro da estrutura e da cultura procedimental da organização. Há, nestes casos, uma total fungibilidade dos indivíduos.

cabo. O que, além do enfoque etiológico, suscita ainda uma outra questão fundamental: a das penas a aplicar à empresa e/ou aos seus agentes quando o ato for considerado crime²⁹.

3. O «cartelista» como criminoso

Abstraindo, pois, das considerações respeitantes à adequação de uma responsabilidade coletiva (da empresa) ou individual (do agente) ou da possível cumulação de ambas, importamos, nesta tentativa de colocação do problema sob a perspectiva criminológica, procurar atributos específicos do criminoso empresarial e, encontrando-os, verificar se tais predicados podem igualmente identificar-se na pessoa que pratica atos de restrição da concorrência, em particular atos de cartelização. Uma perspectiva que, tal como afirmámos, tem na prática de cartel o seu mote e a sua justificação, mas não se pretende restrita a essa realidade, antes se nos afigura poder servir de tentativa de hipótese compreensiva se não de toda a realidade económica ao menos de uma sua fatia significativa.

É comum afirmar-se que quer as empresas quer os seus executivos atuam de acordo com padrões de racionalidade e de análise de riscos, plenamente conscientes, portanto, tanto das suas ações como dos respetivos resultados. Vulgarizou-se, aliás, não apenas em relação aos crimes económicos, mas muito especialmente quanto a eles, a ponderação de custos e benefícios própria da análise económica do direito, assente nessa particular lógica e objetividade supostamente caracterizadora da atividade empresarial.

Uma tal compreensão do processo decisório das empresas e dos seus executivos pode afigurar-se relevante em termos de análise da responsabilidade criminal, pois que para a averiguação da imputação penal se mostra essencial a intencionalidade do agente, o seu dolo ou negligência na prática dos factos relevantes – o que seria certamente mais fácil de demonstrar se nos baseássemos nesta racionalidade intrínseca da decisão empresarial. Sendo certo que a tomada de decisões no seio de uma organização económica se pauta habitualmente por fatores que têm em linha de conta a avaliação de ganhos e prejuízos, não pode, todavia, escamotear-se que é frequente as decisões refletirem igualmente outro tipo de preocupações, não facilmente

²⁹ Aspeto que, tendo merecido já a nossa atenção noutra sede, não trataremos aqui em particular, por extrapolar já o escopo e o espaço deste trabalho.

mensuráveis em termos de custos e benefícios, como por exemplo os danos que certo comportamento pode causar ao bom nome e reputação da empresa³⁰.

Por outro lado, é preciso ter em linha de conta que certos fatores contextuais e institucionais podem afetar essa racionalidade específica do processo de decisão empresarial, tornando-a limitada ou diminuída³¹, desde logo porque não será comum que uma organização possua toda a informação relevante para uma dada resolução, mas antes que trabalhe sobre dados incompletos. Além de que, por vezes, as decisões tomadas podem apresentar-se mesmo plenamente irracionais, sobretudo quando o decisor em causa entra numa espiral patológica ou mesmo de autodestruição, tomando decisões a todos os níveis absurdas apenas com o objetivo único de esconder ou adiar a descoberta de um problema existente³².

Ainda que não se atinja este nível de irracionalidade próprio de quem já nada tem a perder, a verdade é que muitos outros fatores que não a análise lógico-objetiva dos custos e benefícios económicos para a empresa entram em linha de conta no processo decisório de um determinado administrador ou dirigente. Muitos deles relacionados, aliás, com atributos individuais, como sejam a específica competência em determinada matéria ou a particular sensibilidade ou aversão ao risco³³, ou com interesses pessoais, nomeadamente quanto à carreira e respetiva remuneração.

Todos estes elementos acabam por constituir um grande feixe de determinantes na atuação dos empresários e administradores, condicionando a sua decisão quanto ao respeito ou violação pela norma e correspondente prática de atos ilícitos, porventura penalmente relevantes. E por se refletir, igualmente, nos mecanismos de defesa e técnicas de dissociação que vão ser

³⁰ Chamando a atenção para estes aspetos, JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, p. 18 e ss.; CHRISTOPHER HARDING, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14, 2006, pp. 181-205, e "The Anti-Cartel Enforcement Industry: Criminological Perspectives on Cartel Criminalisation", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 359-380.

³¹ De "bounded rationality" nos falam JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, p. 19, afirmando que "organizations rarely possess total information on a given topic and are forced to make choices on the basis of incomplete data".

³² JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *op. et loc. ult. cit.*, dão o exemplo de Robert Maxwell, um proeminente empresário do setor da imprensa e membro do Parlamento inglês, que acabou por perder o controlo sobre as suas finanças e tomar um conjunto de decisões desesperadas que conduziram à sua fuga e talvez mesmo ao seu eventual suicídio.

³³ Na verdade, é comum apontar-se aos altos dirigentes empresariais uma específica falta de perceção do risco ou uma muita seletiva compreensão dos factos e das suas consequências. *Idem, ibidem*.

empregues, quer pelos indivíduos, quer pelas próprias empresas, na tentativa de se distanciarem dos crimes que eventualmente acabem por cometer.

Efetivamente, a generalidade dos estudos votados a este tipo de criminalidade costuma sublinhar que o alto quadro de uma empresa que comete um crime não corresponde ao estereótipo comum do delinquente de rua (apesar das limitações inerentes a uma tal classificação), que é usualmente jovem, profundamente hedonista, muito provavelmente fazendo parte de um grupo de pares fortemente unidos e com uma predileção para a quebra de regras e o desafio à autoridade³⁴. Tratam-se, neste caso, de indivíduos que exibem frequentemente uma tendência para serem impulsivos, insensíveis e temerários, obtendo prazer com o desrespeito pela norma, mas a tendência para a prática de atos com relevo criminal tende a decrescer com a idade³⁵.

Segunda esta abordagem «clássica»³⁶, os dirigentes empresariais que se envolvem na prática de atos criminosos (*white-collar criminals*) não partilham da maioria destas características, apresentando um comportamento completamente distinto e sendo determinados por motivos muito diferentes. Na maioria das vezes, correspondem a «cidadãos-modelo», de estratos económicos médios ou altos, bem-educados, com estudos, perfeitamente integrados na comunidade (onde usualmente até desempenham papéis de destaque sociopolítico) e sem antecedentes criminais³⁷. A sua atitude diária não é de confrontação com a norma, mas de respeito e defesa dela, sendo pessoas ponderadas e capazes de lidar com o mecanismo de adiamento da recompensa, pois que estão habituados a fazê-lo ao longo da sua progressão profissional. Por todas estas razões, este é também um agente que tende a praticar os atos delinquentes mesmo numa idade mais avançada, aparecendo como um criminoso oportunista:

³⁴ Cf. JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 18 e ss; CHRISTOPHER HARDING, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14, 2006, pp. 181-205, e *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007; e NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 153-171.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Como veremos em seguida, tem vindo a chamar-se a atenção para a estreiteza desta leitura, defendendo-se um estudo muito mais aprofundado dos «criminosos de colarinho branco», de modo a permitir a descoberta das variáveis que existem debaixo desta classificação genérica. Têm sido propostas, aliás, como exporemos *infra*, análises que distinguem espécies diferentes dentro deste género, sendo que, em algumas delas (pelo menos, na dos criminosos persistentes ou de alta frequência), o afastamento em relação à criminalidade dita comum ou de rua é muito menos vincado do que poderia julgar-se.

³⁷ Ver JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 21 e ss.: "[t]ipically, the corporate executive who commits an offence is, in most respects, a model citizen, with no criminal record or any of the stereotypical character traits of the common criminal" (p. 21).

é face ao surgimento de específicas oportunidades empresariais que ele equaciona a possibilidade de violar a lei, de modo temporário e instrumental³⁸.

Ao contrário do delinquente que têm orgulho na sua carreira criminal, o executivo de empresa quer usualmente evitar o estigma penal, seja para preservar a sua imagem, seja simplesmente para furtar-se à responsabilidade. Assim, estes agentes procuram dissociar-se do ato, de modo a afastar-se das consequências criminais das suas decisões. É, por isso, comum que não sejam eles a executar a conduta proibida, mas que criem condições para que os que estão à sua volta, trabalhando para si, o façam em seu lugar, mantendo eles a possibilidade de negar qualquer envolvimento: será o caso, por exemplo, de estabelecerem objetivos demasiado ambiciosos para os seus subordinados, normalmente associados a um esquema de recompensas, deixando-lhes liberdade para escolherem os meios necessários para atingir tais metas.

Como sublinhámos, todavia, têm vindo a desenvolver-se uma corrente criminológica que sustenta ser necessário aprofundar o estudo desta criminalidade, de modo a fazer luz sobre as suas variáveis, afirmando que a *white-collar criminality* engloba um conjunto muito grande e diferenciável de delinquentes. Para estes Autores, o tratamento indistinto dos delinquentes que cabem dentro deste género prejudica o conhecimento rigoroso acerca das suas verdadeiras características e, concomitantemente, das causas dos crimes.

Assim, Nicole Leeper Piquero e David Weisburd³⁹, por exemplo, desenvolveram, com base num estudo de *follow-up*, por mais de dez anos, de um conjunto de criminosos de colarinho branco condenados, uma proposta tipológica e classificatória para estes delinquentes: os «*low rate offenders*», os «*intermittent offenders*» e os «*persistent offenders*» (que poderemos traduzir livremente por ofensores de baixa frequência, ofensores intermitentes e ofensores persistentes, respetivamente). Esta investigação, partindo do paradigma da carreira criminosa e da consequente abordagem desenvolvimentista, pretendeu verificar se era possível identificar um padrão longitudinal na atividade criminal deste tipo de delinquentes, avaliando a sua evolução ao longo da vida do agente.

Da análise levada a cabo (e que versa em particular, como decorre do seu objeto de estudo e da amostra escolhida, sobre a reincidência, sobre a repetição do padrão criminal depois

³⁸ *Idem.*

³⁹ Cf. NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 153-171. Como os próprios Autores explicam, o seu estudo tem por base outros trabalhos anteriores, cujos presupostos eles pretenderam reanalisar e aprofundar.

da condenação), os Autores concluíram que podem autonomizar-se três grandes grupos de criminosos, de acordo com a frequência da prática dos atos proibidos.

Num primeiro grupo, claramente maioritário (cerca de 70% dos indivíduos acompanhados), podiam encontrar-se os criminosos de baixa frequência, que episodicamente se haviam envolvido na prática de crimes, mas em relação aos quais não se podia falar, em sentido exato, em carreira criminosa. Estes indivíduos serão «*crisis responders*»⁴⁰ ou «*opportunity-takers*»⁴¹, conforme a sua ação criminosa derive da necessidade de lidar com uma crise experienciada na sua vida profissional ou pessoal, aproveitando para tal uma oportunidade pré-existente de violar a lei de modo a subsistir, ou resulte, antes, do aproveitamento de uma oportunidade de ganho inusual que surge repentinamente, apesar do conhecimento do caráter criminoso do comportamento em causa⁴².

Já os criminosos de frequência média ou intermitentes corresponderão habitualmente aos «*opportunity-seekers*».⁴³ Neste caso, o agente não aproveita apenas uma oportunidade que se lhe apresenta, ele procura-a ativamente, ele envida esforços no sentido de criar a situação para praticar certos tipos específicos de ofensas. Há aqui, pois, ao contrário do que sucedia com o primeiro tipo, um claro padrão criminal, muito embora o envolvimento dos indivíduos nos concretos atos criminosos seja intermitente⁴⁴.

Num terceiro conjunto, por sua vez, englobar-se-iam os criminosos de colarinho branco de alta frequência ou persistentes, correspondendo ao criminoso estereotipado, na medida em que demonstram um grande empenho no desrespeito pela lei. Estes indivíduos evidenciaram, de acordo com o estudo, uma tendência para persistirem no comportamento criminoso ao longo do período em análise, bem como uma propensão para iniciarem cedo a carreira criminosa. Os delinquentes pertencentes a este terceiro grupo, de acordo com a conclusão a que chegaram os referidos Autores, não se diferenciam significativamente dos criminosos comuns ou de rua, que começaram a sua atividade criminal ainda jovens e a desenvolveram ao longo da vida⁴⁵.

⁴⁰ Poderíamos talvez chamar-lhes «criminosos movidos pela crise».

⁴¹ Seriam os «criminosos aproveita oportunidades».

⁴² Cf. NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, p. 162.

⁴³ Neste caso, talvez pudéssemos chamar-lhes “criminosos busca oportunidades”.

⁴⁴ Ver NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, p. 163. De acordo com estes Autores, a este grupo poderiam reconduzir-se cerca de 25% dos indivíduos que compunham a amostra.

⁴⁵ *Idem*, p. 167.

Este esforço de mais profunda compreensão da tessitura da «criminalidade de colarinho branco» tem vindo, pois, a permitir conhecer mais detalhadamente os perpetradores destes crimes, reconhecendo, nomeadamente, a heterogeneidade existente dentro desta classificação e, ao contrário do que poderia prever-se, a sobreposição de carreiras criminosas entre «delinquentes comuns» e «delinquentes de colarinho branco». A assimilação destes postulados permitirá, a um tempo, constatar a necessidade de procurarmos diferentes modelos explicativos para distintos tipos de criminosos, bem como a consequente exigência de que essas variações terão de refletir-se quer nas opções político-criminais, quer nas correspondentes soluções dogmático-penais⁴⁶.

Ora, assim sucintamente delineados os principais traços do criminoso empresarial, restam-nos ainda uma última reflexão, que equacione a possibilidade de inferir de tudo quanto ficou dito premissas aplicáveis aos comportamentos que aqui em concreto pretendemos analisar. Poderemos nós, pois, reconduzir os atos próprios de uma participante num cartel, de um «cartelista», a este modelo? E, se assim for, apresentará este criminoso algum conjunto de atributos que permita aprofundar a sua caracterização e análise? Tentemos, pois, a partir das considerações que até aqui fizemos, avançar um pouco mais no conhecimento das feições próprias desta criminalidade⁴⁷.

Ninguém nega que, até do ponto de vista da emergência histórica da figura, o cartel está muitas vezes associado a momentos de crise, quer de determinado setor económico, quer da própria economia como um todo⁴⁸. Não é, por isso, difícil compreender que muitos empresários

⁴⁶ Muito embora não caiba dentro do escopo deste trabalho uma teorização a respeito da «criminalidade de colarinho branco», razão pela qual não aprofundaremos muito mais o problema, não podemos deixar de chamar a atenção para as consequências ínsitas nesta nova compreensão deste tipo de criminalidade, sobretudo no que tange com a necessidade de adequação do *instrumentarium* penal a esta multiplicidade de formas. Uma tal adaptação parece-nos impor-se a diferentes níveis, tanto de ordem substantiva como adjetiva, mas assumir relevo particular em termos de sanções jurídico-criminais. Compreender e aceitar a distinção que se propõe (ou outra, que parta da mesma necessidade de análise pormenorizada do problema) conduzirá – segundo julgamos, de modo inexorável – à necessidade de reequacionar as penas em causa, ajustando-as a cada uma das categorias.

⁴⁷ Extrapolamos aqui a partir da experiência e dos estudos realizados noutros países, sobretudo os pertencentes à comunidade anglo-saxónica, uma vez que não existe em Portugal, tanto quanto pudemos apurar, nenhuma investigação a respeito desta matéria. É, nesse sentido, óbvio, que a esmagadora maioria das análises efetuadas a este propósito provenham dos EUA e da Inglaterra, países onde, além de uma tradição criminológica muito mais aprofundada e desenvolvida do que a nossa, os comportamentos em causa são considerados crime e têm sido muito discutidos – o que, naturalmente, tem também alimentado a reflexão criminológica. Por essa razão, como é natural, as conclusões a que tais trabalhos chegaram não podem ser extrapoladas, sem mais, para a realidade portuguesa. Conscientes disso, afigura-se-nos, todavia, que poderão constituir um contributo de relevo para a análise do problema.

⁴⁸ Uma tal característica foi clara no panorama europeu, onde o cartel ganhou importância primeiro na Alemanha, muito identificado com períodos de crise económica e social. Num momento inicial, que podemos situar entre a

que embarcam nesta prática restritiva da concorrência pertençam ao primeiro grupo apontado, sendo verdadeiros «*crisis responders*», uma vez que praticam o ato em causa na tentativa de estabilizar os preços e resistir à volubilidade do mercado provocada, por exemplo, por uma depressão económica severa⁴⁹.

Se muitos «cartelistas» estão seguramente dentro deste núcleo, não pode, todavia, refutar-se que tantos outros veem na cartelização uma oportunidade de maximizar lucros ou minimizar perdas, apresentando-se recetivos à participação que lhes é oferecida («*opportunity-takers*») ou buscando mesmo as condições para a criar («*opportunity-seekers*»). Na primeira hipótese, o empresário é, por exemplo, confrontado com um cartel já existente e sedimentado na prática comercial de um determinado setor e convidado ou pressionado pelos seus pares para

afirmação da liberdade de empresa (que se fez, primeiro, através da aprovação na Prússia, em 1810, do *Gewerbesteueredikt*), e o início da Grande Depressão de 1873, os cartéis eram, essencialmente, agrupamentos regionais de empresários pertencentes a um mesmo setor produtivo, normalmente revestindo até uma certa configuração social, pois que muitas destas coligações assumiam mesmo a forma de clubes. Estes cartéis eram, por isso, muito pouco organizados, assentes mais numa ideia de *status* social do que propriamente numa metodologia cuidada com regras bem definidas – daí terem ficado conhecidos como *Frühstückskartelle* (cartéis de pequeno-almoço, em tradução literal). Num segundo momento, que se estendeu desde a crise de 1873 até aos anos noventa do século XIX, estes pactos deixaram então de ser meros *gentlemen's agreements* para adotar formatos mais sofisticados, transformando-se em verdadeiros contratos, frequentemente, aliás, contratos de sociedade. Na verdade, a afirmação da liberdade de concorrência havia gerado, como seria de esperar, alguma comoção nos mercados, com a chegada de mais empresas e os concomitantes aumento da oferta e descida dos preços. O recurso ao figurino da sociedade anónima – que havia sido criada em 1870 e foi difusamente utilizada nesta época – passou a ser habitual, aumentando muito as empresas de grandes dimensões. Esta expansão na capacidade produtiva não foi, contudo, acompanhada por semelhante incremento na procura, o que, aliado à recessão económica internacional, que dificultava o escoamento dos produtos para os mercados estrangeiros, redundou em crises de sobre-produção e queda de preços. O cartel assomou, neste quadro, como um instrumento de controlo da instabilidade, assumindo o papel de ordenador do caos em que as práticas concorrenciais ruinosas haviam transformando o mercado e permitindo adaptar a oferta à procura, de modo a reduzir os efeitos da sobre-produção, do subemprego e da queda acentuada dos preços. Cf., para uma análise histórico-problemática do surgimento do cartel, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017. Ver, igualmente, com profusas referências bibliográficas e jurisprudenciais, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência a a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina, 2007, sobretudo pp. 119 e ss.

⁴⁹ No mesmo sentido, CHRISTINE PARKER, "Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 256. A Autora sublinha, ademais, em sentido crítico, as implicações que um tal facto tem em termos de efetividade da criminalização do comportamento, pois que as pessoas que tomam uma decisão nestas circunstâncias estão sujeitas a uma tal pressão que não pode considerar-se a sua opção racional e, por isso, os efeitos dissuasores das penas serão francamente limitados: "[t]his has important implications for the effectiveness of criminalisation. People deciding to break the law in a crisis might be quite impervious to deterrence: they are not making, and perhaps are not capable of making, a considered rational decision to engage in cartel activity, and therefore the theoretical availability of increased sanctions might not make a difference to them". Muito embora não discordemos da conclusão – o aumento das sanções não implicará necessariamente um crescimento do efeito dissuasor –, não podemos aceitar sem mais as premissas: não nos parece que as pessoas que decidem num momento de crise aderir a um cartel estejam despojadas da sua capacidade de decidir racionalmente, nem que a circunstância de o ato em causa poder ser crime seja irrelevante para o empresário decisor.

fazer parte dele – não há aqui, pois, uma procura deliberada do ato criminoso, mas uma adesão a um comportamento em execução ou a uma decisão criminosa proposta por outrem⁵⁰. No segundo caso, estamos já perante um agente que premedita a sua ação criminosa, que explora as circunstâncias concretas de mercado e a sua posição empresarial no sentido de encontrar a melhor forma de implementar o cartel ou que busca nele participar⁵¹.

Como resulta do que dissemos quanto ao terceiro grupo de ofensores em causa – ofensores persistentes ou de alta-frequência –, os participantes num cartel podem também enquadrar-se aqui, sendo que este comportamento será apenas mais um de entre uma grande variedade de atos criminosos. Dada a apetência destes indivíduos para o desrespeito pela norma, a prática deste ato restritivo da concorrência configurará apenas mais um crime de entre um leque muito provavelmente amplo de ofensas, sejam de «colarinho branco» ou não⁵².

De uma outra perspetiva – que, segundo cremos, entronca nesta em larga medida –, Christopher Harding⁵³ chama a atenção para a necessidade de atendermos às principais linhas motivacionais do «cartelista», de modo a melhor compreendermos a sua atuação. Este pode ter uma motivação empresarial («*business driven*»), uma motivação política ou de poder («*power driven*») ou uma motivação pessoal («*personal need*»).

Assim, o impulso para a prática do ato pode, desde logo, ser económico, envolvendo-se o agente em comportamentos cartelizadores pelas mesmas razões empresariais que determinam a organização enquanto ator económico: o controlo do mercado, a maximização de lucro, a minimização de perdas ou a garantia de sobrevivência da empresa, por exemplo. Nestes casos, o indivíduo vê-se, sobretudo, como homem de negócios, identificando-se fortemente com os interesses da empresa (que confunde com os seus) e permitindo que estes se sobreponham a

⁵⁰ Também aqui CHRISTINE PARKER, *op. et loc. cit.*, entende que o efeito de dissuasão pretendido pela criminalização não será atingido, por entender que os «*opportunity takers*» respondem impulsivamente e não racionalmente à oportunidade que se lhes apresenta. Por maioria de razão, não nos parecem proceder também aqui os motivos indicados pela Autora.

⁵¹ Considerando que este tipo de «cartelistas» são racionais e estão permanentemente a ponderar as suas possibilidades de ganhos, CHRISTINE PARKER, *op. et loc. cit.*, entende que estes agentes são os que mais provavelmente podem ser afetados pelo objetivo dissuasor das consequências criminais.

⁵² Mais uma vez aqui, tendo em atenção a propensão para o cometimento de crimes destes ofensores persistentes, CHRISTINE PARKER, *ibidem*, sustenta que “[c]riminal activity is a sign of fundamental psycho-social problems that should be adressed in a holistic way that might include deterrence, incapacitaion, rehabilitation and personal and social development. But deterrence alone is unlikely to be effective in preventing or resolving their carterl conduct”.

⁵³ CHRISTOPHER HARDING, "The Anti-Cartel Enforcement Industry: Criminological Perspectives on Cartel Crminalisation", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 368-370.

quaisquer considerações éticas a respeito da legalidade da conduta em causa. O que está em causa aqui é, sempre, a melhor decisão do ponto de vista estritamente empresarial.

Já na segunda hipótese, aquilo que moverá o indivíduo é a sensação de poder, o sentimento de realização pessoal e de alguma emoção que o exercício desse domínio lhe transmite. Trata-se, naturalmente, do poder de controlo sobre as incertezas e variações do mercado (fim primeiro da atuação), mas igualmente da emoção obtida com a participação numa organização sofisticada e secreta, que desafia permanentemente os limites e as capacidades do sistema legal.

O terceiro impulso é de natureza mais personalizada e está intimamente relacionado com as necessidades emocionais e psicológicas individuais. Segundo o Autor, deparamo-nos aqui, na verdade, com uma mistura de insegurança e necessidade de emoção, uma vez que, por um lado, há o medo de não ter o controlo – seja sobre o mercado, seja sobre os demais empresários, seja mesmo sobre a sua própria carreira –, mas, simultaneamente, e de modo porventura um pouco contraditório, há uma certa excitação que decorre quer do elemento conspirativo do cartel, quer do jogo com a lei⁵⁴.

4. Conclusão prospetiva

Tecidas estas reflexões acerca quer da criminalidade empresarial, por um lado, quer do próprio participante no cartel, por outro, parece-nos bem que delas se podem retirar algumas conclusões, ainda que intrinsecamente incompletas e sobretudo pensadas de um modo prospetivo, a demandar futura e mais aprofundada análise e ponderação.

Em primeiro lugar, afigura-se-nos poder sustentar-se que o cartel, enquanto prática limitativa da liberdade de concorrência, parece ter lugar dentro da categoria «crime de colarinho branco», perfeitamente enquadrável nos postulados que Sutherland começou por enunciar e que têm vindo a ser desenvolvidos pela doutrina posterior. Na verdade, tanto a perceção das motivações que podem guiar estes indivíduos, como a discussão a respeito das condições que os levam a praticar os atos legalmente proibidos, como ainda as características específicas da sua

⁵⁴ Como sublinha CHRISTOPHER HARDING, *ibidem*, a aplicação da teoria do jogo a este problema tem vindo a relevar-se cada vez mais importante: “*there may be sense of excitement, deriving first from cartel conduct in itself (the element of clever conspiracy) and, secondly and increasingly now, the legal gamble, playing with the risk of detection, engaging on prisoner’s dilemma leniency calculations and even imagining the celebrity of being an Interpol fugitive, as some compensation for the otherwise mundane lifestyle of sales manager*” (p. 369).

atuação de desrespeito para com as regras estabelecidas, parecem apontar para dentro dos limites do direito penal, mais especificamente para o âmbito da criminalidade económica. Naturalmente, esta afirmação tem por base uma análise criminológica, mais do que propriamente de dogmática jurídico-penal, pois que esta não cabe dentro deste estudo⁵⁵. Assenta, pois, se quisermos, na identidade detetável entre o comportamento do «cartelista» e a dos delinquentes económicos comumente reconhecidos enquanto tal.

Ora, essa similitude de características permite-nos igualmente, segundo cremos, propor as tentativas classificatórias que aqui ensaiámos como válidas para a generalidade da delinquência económica, entendendo como fazendo parte dela (ou, mais exatamente, devendo fazer *de iure condendo*) o cartel, enquanto mais grave atentado à liberdade de concorrência. Naturalmente, esta proposta tem apenas um carácter introdutório, de aproximação ao problema, focando-se em dois aspetos específicos de estudo: a carreira criminosa, por um lado, e a motivação do delinvente, por outro. Muitos outros haverá seguramente a tratar para que seja possível uma compreensão mais exata, mais pormenorizada e, por essa razão, mais útil, da criminalidade económica. Não apresentamos, pois, aqui uma proposta de leitura integral para este tipo de delinquência, mas apenas um contributo para uma leitura possível.

O que nos conduz, portanto, num último ponto, à necessária prospetiva a respeito do tema em causa. A criminalidade económica (financeira, empresarial, organizada...) consubstancia um dos maiores desafios da atualidade e representa uma fatia significativa das cifras penais. Se durante muito tempo as comunidades não estavam suficientemente sensibilizadas para este tipo de delinquência, hoje a atenção dos cidadãos volta-se cada vez mais para estas realidades, suscetíveis de causar danos muito sérios em bens jurídicos coletivos ou supra-individuais. Novos desafios se colocam, nessa medida, ao direito penal e, a montante, à própria política criminal. Como gizar a atividade de prevenção e repressão deste tipo de criminalidade é tarefa que só se conseguirá cumprir cabalmente se, antes disso, se compreender o substrato dessa delinquência, se conhecerem os seus agentes típicos, se perceberem as suas motivações, se deslindarem as suas formas de atuação. Nesse esforço, afigura-se-nos

⁵⁵ Já a realizámos, todavia, noutra sede e as conclusões a que aí chegamos apenas reforçam este entendimento. Na verdade, em nossa opinião, estamos perante um bem jurídico com dignidade penal (a liberdade concorrencial), carente de proteção face à insuficiência da tutela contraordenacional. Cf., desenvolvidamente, o que dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017.

incontornável o contributo da criminologia – cumprindo-se, afinal, a proposta ciência conjunta do direito penal.

5. Referências

APEL, Robert; PATERNOSTER, Raymond. "Understanding 'Criminogenic' Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina, 2002.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009.

BERGER, Ronald J. *White-Collar Crime: the Abuse of Corporate and Government Power*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2011.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Para um Modelo de Segurança e Controlo da Criminalidade Económico-financeira – Um Contributo Judiciário*, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, Working Papers, n.º 18, 2013.

CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*, New York: The Free Press, 1980.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 71, março-abril 2008.

FROUFE, Serafim Pedro Madeira. *A Reforma do Direito Comunitário da Concorrência: o sentido descentralizador e/ou re-centralizador do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (dissertação*

de doutoramento), Braga:
<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/11261/1/TESE.pdf>, 2009.

GOBERT, James; PUNCH, Maurice. *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003.

HARDING, Christopher. "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14 , 2006.

HARDING, Christopher. *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007.

HARDING, Christopher. "The Anti-Cartel Enforcement Industry: Criminological Perspectives on Cartel Criminalisation", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

LOUREIRO, Flávia Novera. "A criminalidade económica e os seus agentes sob a perspetiva criminológica - análise a partir da prática de cartel", in *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

LOUREIRO, Flávia Novera. "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira", in *IV Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, 2016.

LOUREIRO, Flávia Novera. *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017.

PARKER, Christine. "Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

PIQUERO, Nicole Leeper; WEISBURD, David. "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009.

PUNCH, Maurice. "The organizational component in corporate crime", in *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London: Routledge, 2011.

ROCHA, Manuel António Lopes. "A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas - Novas Perspectivas", in *Direito Penal Económico*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1995.

ROSS, Edward Alsworth "The Criminaloid", *Atlantic Monthly*, 99, 1907.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *A Monopolização da Concorrência a a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SIMON, David R. *Elite Deviance*, Boston: Allyn and Bacon, 1999 (6.^a ed.).

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. "A Criminologia Empresarial: why good people do dirty work", in *Criminalidade Econômica e Empresarial: Escritos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SUTHERLAND, Edwin H. "White Collar-Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1940.

TORRÃO, Fernando. *Societas Delinquere Potest? da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa"*, Coimbra: Almedina, 2010

Sobre el compliance en la contratación pública

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: La contratación pública es una de las causas de la corrupción. Además de la dimensión punitiva es necesario explorar otras aproximaciones que parten de la perspectiva preventiva. Son las técnicas de compliance y de *self-cleaning*, de inspiración anglosajona. La Unión Europea acaba de regular en su Directiva de contratación pública de 2014 el *self-cleaning* estableciendo una serie de características que deberán ser desarrolladas por los Estados Miembros.

Palabras Claves: contratación pública. Lucha contra la Corrupción. Derecho Comparado. Compliance. *Self-cleaning*.

Abstract: Public procurement is one of the causes for corruption. In addition to the punitive aspect, it is necessary to study other approaches that address the preventive aspect. These would be the compliance and self-cleaning techniques, originating in English-speaking.

Key Words: Public procurement. Fight against Corruption. Comparative Law. Compliance.

1. Introducción

Los resultados de la lucha contra la corrupción aconsejan, hoy más que nunca, explorar la virtualidad operativa de las denominadas técnicas preventivas y precautorias para detener esta terrible lacra social que, poco a poco, carcome los fundamentos de la vida democrática y nos conduce a una pérdida inquietante del temple cívico de la población. En efecto, junto a la perspectiva represora y sancionadora, es conveniente indagar acerca de las posibilidades de la

¹ Catedrático-Director del Grupo de Investigación en Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña. Jaime.rodiguez-arana.munoz@udc.es

autorregulación regulada más allá de visiones exclusivamente punitivas también en materia de contratación pública.

La formación de los empleados públicos en los valores del servicio objetivo al interés general debe acompañarse del sólido compromiso de las empresas y sus dirigentes con la efectiva realización y cumplimiento de obligaciones atinentes a la limpieza de la contratación, evitando conductas ilícitas y, sobre todo, esto es lo más importante, asumiendo programas de “Compliance” previos a la contratación que realmente garanticen la actuación empresarial con arreglo a exigentes criterios deontológicos.

La cultura empresarial, especialmente en los países anglosajones, incluye, como es sabido, dentro de la buena administración y del buen gobierno corporativo, exigentes programas de “Compliance”. Medidas y acuerdos que en EEUU desde 2008 constituyen incluso requisitos para contratar con las Administraciones públicas.

Las medidas para combatir la corrupción en la contratación pública, como es bien sabido, se han desarrollado de manera significativa en los últimos años tras la constatación de ser este uno de los sectores más proclives a la proliferación de prácticas ilícitas. Los incumplimientos más graves de los deberes de objetividad e imparcialidad en la búsqueda del interés general son merecedores de reproche penal y de su condena pueden derivarse consecuencias administrativas tales como impedir adjudicar un contrato público a quienes hayan sido condenados por determinados delitos. Ahora bien, con independencia de la perspectiva punitiva, necesaria, un marco integral de lucha contra la corrupción exige además poner el acento en la prevención. Por ello, las acciones a emprender desde la normativa contractual deben centrarse en un enfoque preventivo que vincule tanto a la Administración como al ámbito empresarial y que evite el desvío de fondos públicos hacia intereses privados espurios.

Una regeneración en la gestión de los recursos públicos se debe llevar a cabo desde una mayor formación e independencia de las personas encargadas de la adjudicación contractual, pero también fomentando medidas de autorregulación que incrementen los controles internos en las propias empresas poniendo obstáculos a posibles conductas ilícitas. Esta posibilidad se encuentra refrendada por la OCDE y expresamente autorizada en los países anglosajones que se muestran favorables a considerar los programas de cumplimiento normativo (*Compliance*), los códigos internos de comportamiento ético y la adopción de pactos de integridad en las compras públicas.

La Administración pública actúa ordinariamente de forma unilateral y en ocasiones acude a la sociedad para reclamar su colaboración para prestar servicios públicos o construir infraestructuras públicas que mejoren la calidad de vida de las personas. Para cumplir sus fines, también en materia de contratación, la Administración pública precisa realizar su tarea de forma adecuada y pertinente, sirviendo permanente y objetivamente el interés general.

Pues bien, constatadas relevantes insuficiencias y disfuncionalidades relevantes en el funcionamiento y actividad de las Administraciones públicas, surge el debate acerca de la necesidad de contar con aparatos y estructuras públicas que trabajen con equidad, con imparcialidad, con sensibilidad social y que sean capaces de resolver los asuntos en plazos razonables. En este sentido, se comprende fácilmente que una Administración caracterizada de esta manera esté en las mejores condiciones posibles para hacer posible el libre y solidario desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos.

La buena administración trae consigo la necesidad de prevenir la corrupción en la contratación pues, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, es una de las causas, junto al urbanismo y la financiación de los partidos políticos, que desencadena esta lacra social que solo en el año 2014 se cobró 120.000 millones de euros.

2. Los compromisos de compliance en la lucha anticorrupción: sentido y funcionalidad

Desde una perspectiva unilateral, la sanción frente a los casos de corrupción constituye la prohibición o exclusión para contratar y, es, desde luego, la solución clásica al problema. Sin embargo, junto a la necesidad de castigar el ilícito penal o administrativo, es menester también tener presente que, desde el pensamiento abierto, dinámico y compatible, es menester integrar otros factores en esta cuestión como puede ser la garantía de un mercado competitivo que ofrezca buenos servicios y buenas obras públicas.

Si se genera una cultura de la prevención pertinente e inteligente, hasta se podría pensar, como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica, que la emisión de compromisos de “Compliance” por las empresas sea requisito para ser admitido a una licitación pública¹. Es decir, los programas de “Compliance”, además de atenuar la responsabilidad penal de la empresa contratista ante los daños causados por su personal en nombre y por cuenta de la

¹ Vid. Government Compliance Handbook, 4ª edición, 2012.

empresa, pueden ser medios eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, jurídicas y éticas, por parte del contratista.

Ni que decir tiene que frente a una razonable política de promoción de programas de “Compliance” por parte de los contratistas, es necesaria también la existencia de códigos de conducta, de buenas prácticas por parte de la Administración, por parte de los funcionarios que integran las mesas de contratación, por el personal al servicio de la Administración pública que forma parte de los Poderes adjudicadores. Esto es, hay que seguir programas de Compliance por ambas partes pues la corrupción, no lo olvidemos, es cosa de dos. Por cierto, los órganos de contratación y los Poderes adjudicadores, al igual que los Tribunales y Comisiones encargadas de la selección de personal al servicio de la Administración pública, deben estar integrados exclusivamente por personal no político. De otra manera, no se estaría atajando creíblemente la corrupción.

Si como parece el hecho de que las empresas dispongan de programas de “Compliance” para detectar la existencia de comportamientos y conductas ilícitas y de ponerlas en conocimiento de la Administración, atenúa la responsabilidad penal de las empresas, es lógico, deseable, que se establezca como una exigencia de contratación que las empresas contratistas de la Administración pública tengan un sistema de “Compliance” efectivo y en vigor al momento de enviar sus ofertas². En este sentido, ha sido constante, dice GÓMEZ-JARA, la inclinación de la doctrina especializada hacia estas prácticas pues la instauración de estos programas en los que resultan indispensables sistemas de denuncias internas, nombramiento de un oficial de cumplimiento, reacciones post-delictivas de investigación de los hechos denunciados, formación continuada, etc, son una necesidad para una mejor y más justa imputación o des imputación de los contratistas y también, por supuesto, para evitar la comisión de delitos³

Esta tendencia, que se nos antoja imparable, es consecuencia, no sólo de la operatividad de la denominada autorregulación regulada, sino de las exigencias del pensamiento abierto, dinámico y compatible aplicado a la lucha anticorrupción. Es decir, la colaboración de las

² C. GÓMEZ-JARA DÍEZ. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs “anticorrupción” como exigencias legales de contratación pública?*, en A. PALOMAR OJEDA/M. GARCÉS SANAGUSTÍN (Directores), *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2013, p. 1236

³ ES decir, estas prácticas, dice GÓMEZ-JARA..., p. 1247, constituyen un marcado incentivo para que las organizaciones adopten o implementen de manera efectiva dichos programas de cumplimiento puesto que constituyen su herramienta de defensa más evidente frente a una eventual imputación de responsabilidad penal.

empresas es fundamental para vencer a la corrupción. Para ello, es menester que se instalen estos programas de cumplimiento. Unos programas llamados a prevenir y detectar las conductas ilícitas⁴. Prevención y detección precoz son dos armas fundamentales en el combate a la corrupción que estos instrumentos, cuando se implementan con rigor y seriedad, con sistemas de evaluación y seguimiento eficaces, realmente pueden obtener mejores resultados que la dimensión exclusivamente penal o punitiva.

Por ello, bien podría establecerse que como requisito *sine qua non* para poder presentarse a licitaciones públicas, las empresas presenten programas de Compliance solventes que deberían ser juzgados por Comisiones independientes establecidas al efecto integradas por personas de reconocido prestigio en la materia.

La estrategia de “Compliance” parte de la autorregulación y busca evitar el incumplimiento de las normas y, por supuesto, de las obligaciones que caracterizan la posición jurídica de quien contrata con la Administración pública.

En Estados Unidos desde 2008 es menester para contratar con la Administración pública contar con un programa de cumplimiento anti-corrupción⁵. Tal medida trae su causa de la experiencia de los programas de buen gobierno corporativo en el sector privado. Al igual que aconteciera con la introducción de códigos éticos al interior del sector público, que se establecieron a imagen y semejanza de lo que acontecía en el sector privado (*management* cualitativo)⁶, ahora, tras constatar el fracaso de la perspectiva exclusivamente punitiva en el combate a la corrupción, se buscan otros caminos más complementarios y compatibles y se acude “*mutatis mutandis*” a estos programas de cumplimiento en el sector privado⁷ adaptados, es lógico, a negocios en los que prima el interés general, como son los contratos públicos, una categoría jurídico-administrativa que, como queda expuesto, es expresión de la política pública de un Estado definido como social y democrático de Derecho.

⁴ Vid. J. ALONSO GALLO, *Los programas de cumplimiento*, en J. DÍAZ MAROTO (Coordinador), Estudios sobre la reforma del Código Penal, Madrid, 2011, pp. 141 y ss.

⁵ Tal exigencia se repite como imprescindible para los contratos de una cuantía superior a los cinco millones de dólares y a partir del 24 de septiembre de 2007 con carácter general tras las pertinentes reformas de la legislación norteamericana. Cfr. R. SCHECHTER/S. TURNER, *New challenges in Government Contractors in an Aggressive Enforcement Environment*, en *Government Contractors Compliance*, 2012, pp. 7 y ss.

⁶ Vid. J. RODRIGUEZ-ARANA, *La dimensión ética de la función pública*, INAP, Madrid, 2013, pp. 25 y ss.

⁷ C. GÓMEZ-JARA..., p. 1248. Vid. C. YUNKINS, *Enhancing Integrity-Aligning proposed contractor compliance requirements with broader avances in Corporate Compliance*, *The Government Contractor* 49 (2007), pp. 146 y ss.

La tendencia a la progresiva implementación de estos programas de cumplimiento anti-corrupción tuvo su apogeo en EEUU tras los escándalos de todos conocidos protagonizados por relevantes contratistas durante las operaciones militares desarrolladas en Irak y Afganistán, en las que asuntos de obvio interés general relativos a la seguridad se confiaron al sector privado.

En esta política pro “Compliance” anticorrupción ha tenido mucho que ver la acción pública del Presidente Obama pues se puede apreciar recientemente el aumento de los procedimientos sancionadores a cargo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, así como el crecimiento exponencial de las denominadas acciones “qui tam”⁸, en las que personas físicas que denuncian determinados hechos delictivos que conocen en relación con empresas son beneficiarios de un porcentaje de la multa adoptada tras el acuerdo entre la Administración y la compañía⁹.

Estos programas de cumplimiento se fundan sobre cuatro elementos¹⁰. Primero, integridad al tratar con funcionarios públicos, prohibiéndose expresamente toda promesa, dádiva o recompensas a este personal. Las relaciones entre el licitador o contratista y los funcionarios públicos encargados del procedimiento de adjudicación o de ejecución contractual deben constar por escrito y las conversaciones orales deben estar a disposición de quienes ostenten un interés legítimo en su difusión. Por supuesto, de las reuniones que se mantengan deberá siempre levantarse acta por escrito. En este punto, un asunto relevante que afecta a los conflictos de interés se refiere a la futura contratación del personal funcionario por la empresa una vez incluso que se supere el periodo de gracia en el que tras la salida de la función pública ha de abstenerse de mantener relaciones comerciales o profesionales con compañías con las que ha trabajado de algún modo de su condición de servidor público. En este punto, como en casi todos los que se refieren a la ética de las conductas de los funcionarios públicos, la transparencia y publicidad que ha de caracterizar su actividad y sus relaciones con las empresas privadas, suele resolver siempre cualquier dilema o problema que se plantee.

El segundo de los argumentos sobre los que descansan estos programas de cumplimiento se refiere a la honestidad en el intercambio de información, prohibiéndose, es lógico, las falsedades documentales. Pienso que no solo se debe castigar este tipo penal sino también la puesta en conocimiento de los licitadores de información privilegiada. También debería encajar

⁸ Vid. M.H. LEMOS, *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review 95 (2011), pp. 782 y ss.

⁹ C. GÓMEZ-JARA..., p. 1249.

¹⁰ *Ibidem*.

aquí la prohibición de facilitar más o menos información a unos licitadores que a otros y, por ende, cualquier manejo de la información que no siga las reglas de la objetividad y de la igualdad entre todos los licitadores.

El tercer elemento se refiere a la consolidación de las relaciones éticas con terceros prohibiéndose especialmente las comisiones ilícitas o Kicks-backs, hoy lamentablemente una práctica habitual en esta materia. El fortalecimiento ético pasa, en este tema, por mantener elevados estándares éticos en las denominadas subcontrataciones, muchas veces un mundo opaco e ignoto en el que se realizan grandes intercambios financieros al margen de la ética y la legalidad.

En cuarto y último lugar, estos programas de cumplimiento anti-corrupción deben fomentar la competencia leal evitándose toda suerte de prácticas encaminadas a que los licitadores o el marco jurídico general expresen subjetividad o favoritismo¹¹.

Estos programas de cumplimiento anti-corrupción en materia contractual en los EEUU deben contener un mapa de riesgo, que es un análisis acerca de las principales áreas de corrupción que amenazan a una empresa. También el plan de Compliance debe contar con un Código de buena conducta que identifique buenas prácticas, un Código que debe elaborarse con la colaboración de los directivos y de los empleados de las empresas y que debe ser objeto de revisión periódica y de formación continuada.

Junto a la existencia de códigos de conducta y de buenas prácticas, los programas de “Compliance” anticorrupción deben disponer de revisiones periódicas que aseguran su efectiva implantación y realización. Es decir, los contratistas deben verificar periódicamente que el programa se cumple efectivamente y que, por ello, la sensibilidad ética en la compañía aumenta exponencialmente. Además, y esto es complejo y difícil, cada empresa debe tener un sistema que permita reportar o informar en tiempo a la Administración acerca de conductas ilícitas de personal de la compañía. Para ello se debe garantizar el anonimato y hasta incentivar y premiar estas denuncias pues siempre es preferible el interés general al particular. Los programas de cumplimiento incorporan también, es lógico, la realización de auditorías internas y externas acerca del grado de efectividad del programa y, por supuesto, la adopción de medidas disciplinarias internas cuándo se detectan comportamientos ilícitos. Finalmente, es menester que las empresas contratistas de la Administración en materia contractual colaboren plenamente

¹¹ Vid. A.B. STYLES, *Developing Effective, Transparent Compliance Program for Government Contractors*, en *Government Contractors Compliance*, 2012, pp. 89 y ss.

con la Administración pública competente para perseguir estas conductas ilícitas, ministerio fiscal especialmente.

La exigencia de estos programas de cumplimiento anti-corrupción para las empresas que quieran contratar con la Administración pública en Estados Unidos de Norteamérica implica que han de aplicar respecto de sus empleados un estándar de diligencia debida así como informar a las Autoridades por escrito, adjuntando el material probatorio correspondiente, acerca de aquellas conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier tipo de actividad ilícita que detecten al interior de su propia compañía¹². Estas regulaciones están modificando cualitativa y sustancialmente la praxis anterior, de forma y manera que han aumentado exponencialmente las denuncias de los contratistas que llegan a las Autoridades públicas. Hasta el punto de que, como señala GÓMEZ-JARA, los Tribunales están comenzando a considerar que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuándo el contratistas debía estar al tanto de las mismas consiste una falsedad documental perseguible de oficio por las Autoridades competentes¹³.

Algunas de las cuestiones que las Autoridades consideran relevantes en orden a la eficacia de estos programas de “Compliance” se refieren a si la empresa dispone realmente de mecanismos a través de los cuales los empleados pueden informar de conductas ilícitas, a si existe algún instrumento que preserve la documentación sensible para investigar las conductas denunciadas, a si el contratista adopta medidas adecuadas cuándo el sistema detecta fallos en el sistema de “Compliance”, a si el contratista revisa periódicamente la eficacia del procedimiento de control interno y a si el contratista ha declarado y ejecutado una política de no represalias contra los empleados denunciantes¹⁴.

La experiencia norteamericana nos enseña que fue la regulación penal la que provocó la emergencia en el ámbito público la proliferación de los *Compliance program*. Programas que en opinión de GÓMEZ-JARA son la única defensa que las empresas contratistas tienen frente a imputaciones de responsabilidad penal por actuaciones de sus empleados en su nombre y representación y con la intención de beneficiarla¹⁵.

¹² C. GÓMEZ-JARA....., p. 1250

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Vid. C. GÓMEZ-JARA DIEZ, *Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The interplay between Corporate Compliance, Self-regulation and Corporate Citizenship*, en *New Criminal Law Review* 14, 2011, pp. 78 y ss.

¹⁵ C. GÓMEZ-JARA....., p. 1251.

En efecto, en esta dirección se pronuncia GIMENO FELIÚ pues en realidad si queremos que el principio de integridad brille con luz propia en esta materia y disponga de eficacia jurídica, es menester exigir estos programas de Compliance como requisitos para contratar con las Administraciones públicas¹⁶. En un mundo de legislación motorizada en el que reina la heterogeneidad de las normas, especialmente en materia punitiva, es menester que estos programas de buen gobierno y de buena administración de las empresas se implementen. De forma y manera que esta tarea de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas permita gestionar las consecuencias de que una compañía pueda sufrir como resultado del incumplimiento de leyes, reglamentos, normas, reglas, o estándares de conducta o comportamiento autorregulados¹⁷.

3. Reflexión conclusiva

La lucha contra la corrupción debe plantearse de forma integral. Desde la perspectiva punitiva y, también, dado el éxito de las políticas represoras, desde la prevención. La prevención de esta terrible lacra social invita a elevar la temperatura ética de la vida social, para lo cual es menester, desde luego, trabajar a fondo en los ámbitos educativos y familiares. Y, en el campo del combate a la corrupción en el marco de la contratación pública, a la vista de lo experimentado estos últimos años en diferentes países y ordenamientos, parece conveniente incluir como criterio de clasificación para las empresas contratistas acreditar sólidos programas de cumplimiento. Además, en los casos de empresas castigadas por casos de corrupción. Siempre que se pueda verificar, a través de Autoridades independientes, de que se han eliminado las causas próximas y remotas de tales ilícitos, podría, excepcionalmente, y de acuerdo con argumentadas razones de interés general, rehabilitar a tales empresas siempre que ello sea beneficioso para que ciertamente los ciudadanos puedan disponer de las mejores obras y servicios públicos posibles.

La existencia de programas de cumplimiento y de medidas de autosaneamiento que están en vigor en el presente, especialmente en el marco de la Unión Europea, aconsejan que la

¹⁶ J.M. GIMENO FELIÚ, *La Reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española: Una visión desde la perspectiva de la integridad*, en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur menor, Navarra, 2015, pp. 37 y ss, especialmente páginas 94 y ss.

¹⁷ M.A. BERNAL BLAY, *Los efectos de los programas de Compliance en la contratación pública*, en *Las nuevas...*, p. 413

dimensión preventiva y la perspectiva de la autorregulación regulada puedan ayudar a reducir la cuantiosísima factura que la corrupción pasa año a año a los ciudadanos.

Sobre o conceito de dolo

Paulo Queiroz¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Querer me parece, antes de tudo, algo complicado, algo que somente como palavra constitui uma unidade. Em todo querer existe, primeiro, uma pluralidade de sensações, a saber, a sensação do estado que se deixa, a sensação do estado para o qual se vai, a sensação desse deixar e ir mesmo, e ainda uma sensação muscular concomitante, que mesmo sem movimentarmos braços e pernas, entra em jogo por uma espécie de hábito, tão logo queremos. Portanto, assim como sentir, aliás muitos tipos de sentir, deve ser tido como ingrediente do querer, do mesmo modo, e, em segundo lugar, também o pensar: em todo ato da vontade há um pensamento que comanda; - e não se creia que é possível separar tal pensamento do querer, como se então ainda restasse a vontade! Em terceiro lugar, a vontade não é apenas um complexo de sentir e pensar, mas sobretudo um afeto: aquele afeto que comanda (...). Um homem que quer - comanda algo dentro de si que obedece, ou que ele acredita que obedece. Mas agora observem o que é mais estranho na vontade - numa coisa tão múltipla, para a qual o povo tem uma só palavra: na medida em que somos ao mesmo tempo a parte que comanda e a que obedece, e como parte que obedece conhecemos as sensações de coação, sujeição, pressão, resistência, movimento, que normalmente têm início logo após o ato de vontade... (Nietzsche. Além do bem e do mal. São Paulo. Companhia das letras, 2021, aforismo 19, pp. 22/23).

1. Sobre os limites de um conceito

Dolo é um conceito, um conceito jurídico, não somente um conceito jurídico-penal. E como conceito, remete necessariamente a outros tantos: tipo penal, consciência, vontade, culpa, bem jurídico etc., que reenviam a outros tantos, motivo pelo qual só se pode obter um conceito de dolo por meio de remissões, associações, analogias etc.¹

O mais perfeito ou prestigiado conceito de dolo é apenas um entre vários conceitos possíveis, de modo que traduz em última análise o ponto de vista de seu autor ou de quem o

¹ Professor da UnB, Subprocurador-Geral da República.

¹ Cada conceito remete a outros conceitos, não somente em sua história, mas em seu devir ou suas conexões presentes. Cada conceito tem componentes que podem ser, por sua vez, tomados como conceitos (...). Os conceitos vão, pois, ao infinito e, sendo criados, não são jamais criados do nada. Giles Deleuze e Félix Guattari. O que é filosofia? S. Paulo: Editora 34, 2005.

adota, afinal outros tantos conceitos, mais ou menos exatos, mais ou menos amplos, são igualmente possíveis. Também por isso, um conceito constitui uma apreensão sempre parcial do mundo num universo de possibilidades; um conceito é uma simplificação, uma redução.²

E todo conceito, como representação do pensamento, pouco ou nada diz sobre o seu conteúdo, isto é, pouco ou nada diz sobre as múltiplas formas que ele pode assumir histórica e concretamente, até porque, embora pretenda valer para o futuro, é pensado a partir de uma experiência passada, a revelar que definir algo é de certo modo legislar sobre o desconhecido.³ Também por isso, um conceito, como expressão da linguagem, é estruturalmente aberto, e, pois, pode compreender objetos históricos os mais díspares (v. g., o conceito de legítima defesa depende do que se entenda, em dado contexto, por “injusta agressão”, “uso moderado dos meios necessários” etc.). Conceitos são cheques em branco.

Além disso, um conceito, que é assim socialmente construído, só é compreensível num espaço e tempo determinados, motivo pelo qual, com ou sem alteração de seus termos, está em permanente transformação, afinal um conceito encerra uma convenção (sempre provisória) e está condicionado por pré-conceitos ou pré-juízos. Por isso é que o legal e o ilegal, o lícito e o ilícito variam no tempo e no espaço, independentemente (inclusive) da alteração dos termos da lei, até porque o direito existe com ou sem leis (v. g., comunidades ou países que adotam um direito costumeiro). Todo conceito, como todo texto, pressupõe um dado contexto.

Exatamente por isso, o que é justo hoje ou o foi ontem não será necessariamente amanhã. Pode ocorrer, inclusive, de se ter por justo e legal num dado momento algo que se tornará injusto e ilegal – e eventualmente criminoso – em momento posterior, podendo-se imaginar que no futuro muito do que atualmente é ilegal se tornará legal (e vice-versa). Aliás, historicamente

² Na Física a situação não é diversa, porque, de acordo com Fritjof Capra, “a Física moderna confirmou, de forma dramática, uma das ideias básicas do misticismo oriental: a de que todos os conceitos que utilizamos para descrever a natureza são limitados, e não são características da realidade, como tendemos a acreditar, mas criações da mente, partes do mapa e não do território. Sempre que expandimos o reino de nossas experiências, as limitações da nossa mente racional tornam-se evidentes, levando-nos a modificar, ou menos a abandonar, alguns de nossos conceitos. O Tao da Física. S. Paulo: Cultrix, 1995, p. 126.

³ Talvez por isso, tenha dito Nietzsche que “conhecimento em si no devir é impossível; como é, portanto, possível conhecimento? Como erro sobre si mesmo, como vontade de poder, como vontade de ilusão.” Vontade de poder, cit.

nem todas as pessoas foram consideradas sujeitos de direito (v. g., estrangeiros, prisioneiros de guerra, mulheres, escravos).⁴ O ser do direito é um devir.⁵

Não existe, portanto, direito vagando fora ou além da história, nem fora ou além das relações de poder que o constituem. Afinal, o tempo – são palavras de Kant – é a condição formal *a priori* de todos os fenômenos em geral, uma vez que todos os objetos dos sentidos estão no tempo e necessariamente sujeitos às relações do tempo.⁶

O conceito de dolo, tal qual o conceito de autoria, erro de tipo, erro de proibição, culpa, crime continuado etc., e diferentemente do conceito de cavalo, diamante etc., que dizem respeito a algo concreto, não remete a uma coisa propriamente, mas a relações e conflitos que daí resultam. Exatamente por isso, o direito não é um conjunto de artigos de lei, mas um conjunto de relações humanas.⁷

Espinosa tinha razão, portanto, quando dizia que o bem (leia-se o *lícito*) e o mal (leia-se o *ilícito*) não são coisas reais (*entia realia*), mas antes da razão (*entia rationis*); logo, são apenas relações, e que, por isso, não existem na natureza, “pois jamais se disse que algo é bom senão em relação a outro que não é tão bom ou não nos é tão útil como o primeiro. E, assim, quando alguém diz que um homem é mau, não o diz senão em relação a outro que é melhor; ou, também, que uma maçã é má, senão em relação a outra que é boa ou melhor”.⁸ Ou, ainda, como escreve Michel Onfray: “o bem e o mal, o verdadeiro e o falso, o justo e o injusto, o belo e o feio pertencem a decisões humanas, contratuais, relativas e históricas. Essas formas não existem *a priori*, mas *a posteriori*, elas devem se inscrever na rede neuronal para ser: não há moral sem as conexões neuronais que permitam sua existência.”⁹

Por fim, todo conceito é construído pela equiparação de coisas desiguais e, por isso, constitui uma universalização do não universal, do singular; um conceito nasce, portanto, da postulação de identidade do não idêntico.¹⁰ O conceito de crime, por exemplo, refere-se a um

⁴ Também por isso, não é correto criticar a justiça ou injustiça de um ato ou instituição (v. g., a escravidão) desconsiderando o contexto em que surgiram. Não é de admirar, por isso, que no futuro, tal como já ocorre nalguns países, se for abolida a repressão ao tráfico ilícito, drogas passem a ser vendidas em drogarias e a história da sua repressão seja vista como selvageria ou algo similar.

⁵ Devir ou vir a ser. 1. O mesmo que mudança. 2. Uma forma particular de mudança, a mudança absoluta ou substancial que vai do nada ao ser ou do ser ao nada. Nicola Abbagnano. Dicionário de Filosofia, cit., p. 268.

⁶ Crítica da razão pura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 73.

⁷ Arthur Kaufmann. Filosofia do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

⁸ Breve Tratado de Deus, do homem e de seu bem-estar, São Paulo: Autêntica editora, 2012, p. 86/87.

⁹ A potência de existir. Michel Onfray. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 47.

¹⁰ Nietzsche, Friedrich. Sobre verdade y mentira en sentido extramoral. Madrid: Tecnos, 1996.

sem-número de condutas que a rigor nada têm em comum, à exceção da circunstância de estarem formalmente tipificadas: matar alguém, subtrair coisa alheia móvel, caluniar alguém, ferir ou mutilar animais etc., conceitos, que, por sua vez, unificam coisas díspares.

Com efeito, não existe um homicídio absolutamente igual a outro homicídio, nem um furto absolutamente igual a outro furto, nem um crime ambiental absolutamente igual a outro, pois as múltiplas variáveis que sempre envolvem tais atos tornam cada ação humana singular, única, irrepetível. Enfim, um conceito é formado pela eliminação do que há de particular em cada ato; e quanto mais exato, mais abstrato e mais vazio de conteúdo se torna.¹¹

Obviamente, como o dolo é dolo de tipo e cada tipo tem sua própria definição legal e criminaliza condutas díspares, utilizando sujeitos, verbos, predicados, advérbios etc. distintos, segue-se que cada tipo exige seu próprio dolo. Não existe um dolo universal, aplicável a todo e qualquer tipo penal, mas um dolo de matar alguém, de ofender a integridade física de outrem, de subtrair coisa alheia móvel etc. Mesmo crimes semelhantes exigem dolos distintos, porque remetem a tipos legais distintos. O dolo da calúnia é diferente da difamação, que difere da injúria. O dolo do estupro do art. 213 do CP é diverso daquele do art. 217-A do CP (estupro de vulnerável) etc.

Aliás, a analogia não constitui um elemento acidental, mas essencial ao conhecimento/interpretação, pois o belo e o feio, o justo e o injusto, o legal e o ilegal, são construídos em verdade a partir de comparações (analogias), isto é, recorrendo-se, conscientemente ou não, a experiências (sempre novas) de beleza, de justiça e de legalidade. O direito não é um saber lógico, mas analógico.¹²Nossos juízos de valor são juízos analógicos.

Por fim, o conceito de dolo não é a própria coisa (condutas etc.) que designamos como tal, assim como o conceito de automóvel não é o próprio automóvel.¹³Um conceito é essencialmente uma imagem, ela mesma um conceito.

De tudo isso resulta que o direito – e os conceitos de que se vale, aí incluído o dolo – não está previamente dado, pois é parte da construção social da realidade; e, portanto, o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, razão pela qual a interpretação não é um

¹¹ Nietzsche, Friedrich. *Sobre verdade y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Tecnos: 1996.

¹² Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 2004.

¹³ De acordo com Flávio Kothe, “jamais o que se tem na mente pode ser ‘idêntico’ à ‘coisa como tal’, já porque são duas existências distintas e irreconciliáveis numa só. Já por isso ninguém poderia, portanto, pretender absoluta ‘adequação’, já que existe uma inadequação constitutiva.” *Ensaio de semiótica da cultura*. Brasília: Editora UnB, 2011, p. 56.

modo de desvelar um suposto direito preexistente, mas a própria realização do direito. Enfim, não é a interpretação que depende do direito (ou da lei), mas o direito (ou a lei) que depende da interpretação. A interpretação é o direito realizado.

2. Dolo segundo o código penal

Como todo conceito, o conceito de dolo dado pelo Código Penal é uma simplificação de algo extremamente complexo.

De acordo com o art. 18 do CP, diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Como se vê facilmente, o Código equiparou duas situações distintas (analogia) na definição legal de dolo, já que querer o resultado não é o mesmo que assumir o risco de produzi-lo. Obviamente, quem quer o resultado e age no sentido de consumá-lo assume o risco de produzi-lo com sua conduta dolosa. O contrário, porém, não é verdade, visto que quem assume o risco de produzir um resultado típico praticando uma determinada ação não necessariamente quer o resultado. Assim, por exemplo, quem dirige veículo automotor embriagado atua com dolo quanto ao crime do art. 306 do Código de Trânsito¹⁴, mas não forçosamente em relação ao crime de homicídio que vier a praticar, podendo haver apenas o delito culposo do art. 302 do CTB¹⁵. Assumir o risco é uma condição necessária, mas não suficiente para a configuração do dolo eventual.

Se a lei se limitasse à primeira parte do artigo, o dolo eventual - e outros tantos casos de dolo - ficaria de fora e seria possivelmente tratado como culpa, a qual não é incompatível com a assunção de risco.

Mas não só. Todo conceito tem uma história. Claramente, o conceito de dolo foi pensado – e continua a sê-lo - para os crimes comissivos e de resultado (materiais), não para os delitos

¹⁴ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

¹⁵ Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor.

omissivos (próprios ou impróprios), sem resultado (formais) etc. Quase sempre os exemplos de dolo são casos de homicídio e toda a discussão se desenvolve em torno do dolo eventual. Pense-se a partir da exceção, não da regra. No fundo, a teoria do dolo é uma teoria do homicídio doloso, não necessariamente aplicável a outros delitos. Fórmulas como “assumir o risco”, “ser indiferente ao resultado”, “perigo doloso”, “perigo qualificado”, “resultado provável” etc., a princípio não fazem muito sentido para um crime de tráfico de drogas, peculato, corrupção passiva, furto, estupro, calúnia etc.

Como é óbvio, não faz muito sentido falar, por exemplo, que o agente “quis o resultado ou assumiu o risco de produzir o resultado” num crime como o tráfico de droga (exportar, importar, adquirir, vender, expor à venda droga), pois não há aí resultado algum (naturalístico). O mesmo pode ser dito dos exemplos referidos de crime de trânsito, em que só no homicídio há resultado (culposo, no caso). Na hipótese de embriaguez ao volante, não existe resultado, mas uma conduta perigosa.

O problema do conceito de dolo dado pelo Código Penal é o problema de todo conceito: vale para algumas situações, não para todas. Apesar disso, é preciso interpretar os casos penais conforme as definições legais, doutrinárias ou jurisprudenciais disponíveis.

Também por isso, é perfeitamente possível falar de dolo, por exemplo, num caso de homicídio, mesmo que o agente não tenha querido o resultado em situações em que claramente se quis a morte (dolo direto de primeiro grau), mas não aquela morte específica. Por exemplo, o autor que, querendo matar um inimigo, mata um amigo por erro na execução (CP, art. 73), responderá por homicídio doloso, ainda que ele quisesse atingir pessoa diversa que não foi atingida e ele não tivesse nem sequer imaginado que poderia ferir o amigo. É que, a princípio, não importa *quem* se quis matar; importa *que* se quis matar e se agiu com êxito nesse sentido. Nesse caso, o agente responde, segundo— a teoria da equivalência adotada pelo CP, por homicídio doloso consumado contra o inimigo, embora não atingido. O dolo é ou não imputável segundo parâmetros normativos, não arbitrários e fundamentadamente.

Como se vê com base no exemplo supra, não precisamos recorrer aos casos difíceis para demonstrar a insuficiência do conceito de dolo, qualquer conceito de dolo, frise-se. Nos casos difíceis haverá sempre diversas possibilidades de solução do problema, ainda que adotemos a mesma teoria ou o mesmo autor ou o mesmo texto legal, por mais claro.

Objecções semelhantes poderiam ser feitas nos casos de dolo eventual e de dolo direto de segundo grau, nos quais o agente poderia razoavelmente alegar que não queria o resultado.

O mesmo poderia ser dito de inimputáveis, de semi-imputáveis, de portadores de transtornos mentais graves, de autores de crimes praticados sob o efeito de droga etc. Em todos esses casos, afirma-se em geral que há dolo ou se presume o dolo, ainda que não se confesse isso. Sim, é preciso reconhecer que ainda há casos de responsabilidade penal sem dolo ou sem culpa.¹⁶

E assumir o risco de produzir um resultado é mero indício de um crime doloso, podendo haver apenas culpa ou mesmo um fato atípico, apesar disso.

Se, como dissemos, a interpretação não é um modo de constatar um direito preexistente, mas a própria realização do direito, é evidente que isso vale também para o dolo e para todos os conceitos jurídico-penais. Não existem fenômenos criminosos, mas uma interpretação criminalizante dos fenômenos e, pois, tipificante, antijuridicizante e culpabilizante dos fenômenos.¹⁷

O dolo é uma interpretação da conduta por parte de todos que participam do processo penal, não apenas o juiz, que decidirá se o agente agiu dolosamente. A princípio, todos têm igual importância para a verificação da verdade. Todos interpretam o caso penal: o autor do crime dará sua versão dos fatos; a vítima, as testemunhas, os peritos, o Ministério Público, a defesa etc., todas farão o mesmo, conforme seu ponto de vista, necessidades, motivações, sensibilidade, inteligência, discernimento, sobriedade, memória, fins, influências filosóficas e político-criminais etc. O juiz interpretará as interpretações; sentenciará.

Qualquer que seja o conceito de dolo, o mais importante não é a sua perfeição técnica, o grau de aceitação pela doutrina mais prestigiada, mas o seu uso e efeitos práticos. Um bom conceito, uma boa técnica, há de ser um método que conduza a soluções justas e razoáveis. Isso não exclui, inclusive, a adoção de soluções *ad hoc*, contra o método.¹⁸ O direito não é um fim em si mesmo, mas um meio de resolver conflitos justamente ou adequadamente. Como ferramentas que são, os institutos jurídicos podem ser bem ou mal utilizados.

Como escreve Zaffaroni, “Centrar o valor teórico-científico de uma construção jurídico-penal em sua não contradição interna pode levar a que se reverencie, como de máxima

¹⁶ O professor e promotor de justiça em Maceió Alfredo de Oliveira me contou certa vez a seguinte história: um réu acusado de matar uma criança dava, mais ou menos, a seguinte versão do ocorrido: “Eu vi uma grande bola de fogo. Lutei contra ela e venci.”. Tratava-se de um portador de transtorno mental grave, inimputável, passível de medida de segurança. Há dolo em semelhante caso? Onde estão o conhecimento e a vontade? Não é um caso de responsabilidade penal sem culpa?

¹⁷ Nietzsche. Além do bem e do mal. Aforismo 108: Não existem fenômenos morais, mas uma interpretação moral dos fenômenos.

¹⁸ Feyerabend, Paul. Contra o método. S. Paulo: Editora UNESP, 2007.

qualidade, a um sistema perfeitamente coerente, mas que, por sua vez, seja um discurso legitimante de um genocídio”.¹⁹

3. Elementos do dolo: dolo sem vontade? Vontade em sentido atributivo-normativo, não psicológico?

De um modo geral, a doutrina – dita volitiva ou volitivo-normativa - define dolo como consciência e vontade de realização dos elementos do tipo objetivo.

Há uma tendência, porém, fortemente influenciada por Puppe, de se definir dolo apenas como consciência de realizar os elementos do tipo objetivo ou admitir a vontade num sentido não psicológico, mas atributivo-normativo.

De acordo com Puppe, a proposição *dolo é vontade* é correta em sentido atributivo-normativo, não em sentido psicológico, porque a razão de se imputar a um autor um resultado como consequência de sua vontade, de seu querer, não está no fato de que o autor realmente o tenha querido, mas sim de que o autor tenha querido um estado de coisas que está vinculado de um modo específico a este resultado. Segundo essa concepção normativa da vontade, “interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo, perigo esse cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria apenas a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima”²⁰. Segundo a autora, “um perigo será um perigo doloso, que fundamenta o dolo, quando ele representar, em si, um método idôneo para a provocação do resultado”.²¹

Também José Carlos Porciúncula defende que “dolo é conhecimento por parte do autor do significado típico de sua ação. Não é necessário perguntarmos, adicionalmente, por um “querer”, porque quando alguém realiza uma ação com consciência de seu significado típico, podemos dizer que essa pessoa “quer”, com sua ação, expressar esse significado típico”.²²

Luís Greco rejeita igualmente a ideia de vontade em sentido psicológico e a considera irrelevante para a configuração do dolo, bastando o conhecimento. De acordo com Greco, dolo é “conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável”. “Psicologicamente, dolo é

¹⁹ Prefácio ao livro Fundamentos de teoria do delito, de Juarez Tavares. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

²⁰ Puppe, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Tradução: Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 58.

²¹ A distinção entre dolo e culpa. São Paulo: Manole, 2004, p.82, tradução de Luís Greco.

²² Porciúncula, José Carlos. Lo objetivo e lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno. Barcelona: Atelier Penal, 2014, p.308.

conhecimento, e não conhecimento e vontade. Se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo”.²³ Segundo Greco, no caso do atirador de Lacmann, o fazendeiro que dispara em direção a uma menina, com vontade de acertar-lhe o chapéu, e não a cabeça, sob pena de perder todo o seu patrimônio, não quer, em sentido psicológico, acertar a cabeça da menina, nem quer perder todo o patrimônio. Se ainda assim afirmamos que este fazendeiro age dolosamente, tal se deve a que consideramos possível a existência de um dolo sem vontade em sentido psicológico.²⁴

No mesmo sentido, Eduardo Viana tem que dolo deve ser compreendido “como compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.” Para ele, “A imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação. A essencial diferença entre o dolo e a culpa, portanto, equivale fundamentalmente à distinção entre o conhecimento e o desconhecimento do perigo com qualidade dolosa”.²⁵

Em geral, quem segue essa tendência defende um conceito unitário de dolo e propõe a abolição da classificação tripartite de dolo (dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual), visto que “o dolo eventual passa a ser a forma básica de dolo”.²⁶ Não está claro se tudo isso tem repercussão sobre o preterdolo.

Aparentemente, não se ganha nem se perde nada abolindo certas classificações, como dolo direito de primeiro e de segundo grau, que nosso CP não adota. Classificações são ou não úteis.

4. Crítica

Puppe tem razão – em parte - quando diz que a proposição dolo é vontade é correta no sentido atributivo-normativo. É óbvio que o juiz, ao condenar o réu por um crime doloso,

²³ Dolo sem vontade, in Silva Dias et ali (coords), Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905. No mesmo sentido, Márcio Gomes defende que “Com a conduta do agente, não importa qual a sua vontade, mas, sim, o juízo de valor que será lançado para verificação se essa conduta foi dolosa ou culposa. Não importa o que o autor daquela conduta determinada diz, mas, sim, a análise desta para quem cabe julgar e decidir”. Dolo. Cognição e risco. São Paulo: Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2019, p.29.

²⁴ Dolo sem vontade, cit.

²⁵ Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.366.

²⁶ Porciúncula, José Carlos. Lo objetivo e lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno. Barcelona: Atelier Penal, 2014, p.308.

atribui-lhe o dolo a partir da valoração dos elementos de prova colhidos nos autos e segundo parâmetros normativos não arbitrários.

Mas, como vimos, todos, a princípio, não só o juiz, participam desse processo de atribuição ou de não atribuição da responsabilidade penal por dolo ou por culpa. O réu se confessa ou não culpado, circunstanciado o crime, suas motivações etc., o mesmo ocorrendo com a vítima, a testemunha, os peritos, o Ministério Público, a defesa etc. Imputar é também não imputar, é culpar e não culpar.

A decisão judicial – não só em relação ao dolo – é uma decisão de poder que imputa (ou não) responsabilidade penal a alguém, acolhendo ou rejeitando as teses das partes. Assim, por exemplo, quando o juiz criminal rejeita a alegação de coação física irresistível, de legítima defesa, de erro de proibição, de inimputabilidade etc.

Realmente, dolo e culpa não são, a rigor, “estados mentais” do sujeito, mas uma imputação a esse título (a título de dolo ou culpa), a partir da valoração dos elementos de prova, aí incluída a própria versão do imputado, mais ou menos consistente e verossímil, que poderá até confessar-se culpado de uma conduta atípica, não culpável ou não punível. E, apesar da confissão, poderá ser absolvido inclusive por questões processuais (insuficiência ou ilicitude da prova etc.).

Dizer que o dolo não é um “estado mental” do sujeito, mas uma imputação a esse título, significa, mais concretamente, o seguinte: 1) que compete a um terceiro (notadamente o juiz), e não ao imputado, decidir se este agiu ou não dolosamente, razão pela qual a imputação a esse título não fica na dependência da interpretação que o próprio sujeito faz de seu ato; 2) que se trata, essencialmente, de uma valoração a partir da prova produzida nos respectivos autos e segundo parâmetros normativos; 3) que esse juízo de valor poderá eventualmente contrariar a própria versão do imputado, por mais verossímil, sobretudo nos crimes contra a honra (v.g., alega que agiu com *animus jocandi* etc.); 4) que, para a apuração do dolo, é essencial a consideração do contexto em que os fatos se passaram; 5) que o dolo não preexiste à interpretação, mas é dela resultado (não é previamente dado, mas construído), motivo pelo qual juízes e tribunais não raro divergem sobre o assunto, ora afirmando, ora negando a existência de dolo; 6) que o dolo é um conceito – logo, uma metáfora –, razão pela qual pode designar e compreender casos bastante díspares; 7) por encerrar uma imputação, é possível falar (em tese) de dolo mesmo em relação a adolescentes, portadores de transtorno mental etc.; 8) para evitar a responsabilidade penal objetiva, é preciso *individualizar o dolo*, isto é, a decisão sobre se o

autor agiu ou não dolosamente deve levar em conta o indivíduo concreto e suas circunstâncias, não podendo a decisão judicial fundar-se apenas em ficções jurídicas, como o homem médio, o sujeito racional etc.

Como é óbvio, a competência para decidir sobre o dolo é do juízo ou tribunal. Se o dolo dependesse, ou dependesse exclusivamente, da interpretação que o agente faz do seu ato, mitômanos, por exemplo, não seriam condenáveis ou dificilmente o seriam. Além disso, a confissão seria absolutamente necessária para tanto. Aliás, mesmo no acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A), que exige confissão formal e circunstanciada, a proposta de acordo poderá ser recusada se a confissão for inconsistente ou carecer de justa causa (v.g., incidem excludentes de tipicidade ou de ilicitude), já que é uma alternativa à denúncia, não ao arquivamento.

No referido exemplo do autor que, querendo matar um inimigo, matou acidentalmente o amigo, por mais que ele diga, de forma absolutamente convincente, que não quis matar o amigo, mas um inimigo, e, portanto, não agiu dolosamente, ele responderá, ainda assim, a título doloso, contra o inimigo (CP, art. 20, §3º, c/c art. 73), apesar de este não ter sido atingido. A solução para o erro sobre a pessoa é a mesma, hipótese em que o agente erra sobre a identidade da vítima.

A afirmação de que o dolo é atribuição normativa é correta – em parte –, a qual compete especialmente ao juiz (mas não só a ele), atribuição que é construída segundo o devido processo legal e de acordo com parâmetros jurídico-penais. Mas ela é correta apenas do ponto de vista de quem faz a imputação, e segundo a sua interpretação do caso penal e do direito, não necessariamente de quem sofre a imputação, a qual não pode ser desprezada imotivadamente (CPP, art. 315, §2º).

Mas isso elimina o aspecto psicológico do dolo? A versão/compreensão que o próprio acusado faz de seu ato não é relevante? Se fosse assim, seria uma imputação arbitrária, antigarantista e violaria o direito de defesa, já que o principal implicado no processo penal, que praticou a conduta criminosa e sofrerá suas consequências, se condenado, não participaria desse processo. E lhe negaríamos a condição de sujeito de direito, transformando-o em objeto. Nesse sentido, a afirmação de que “o dolo não está na cabeça do réu, mas na cabeça do juiz”²⁷, é falsa do ponto de vista dos fatos, já que o dolo é um elemento da conduta do autor do crime, não da

²⁷ Roxin, citado por Márcio Gomes, cit.

conduta do juiz; e como metáfora é uma meia verdade, visto que o juiz não pode afirmar a existência do dolo arbitrariamente.

Mas não só. O atributivo-normativo também é psicológico, é um ato de vontade. Quando se diz isso, o que se quer afirmar é que há um deslocamento do psicológico do réu para o juiz. O dolo estaria na cabeça do juiz, especialmente – aquele que imputa -, não na cabeça do réu – aquele que sofre a imputação.

Dizer que o dolo não é psicológico faz tanto sentido quanto dizer que a depressão, o transtorno de ansiedade e a esquizofrenia não são fenômenos psiquiátricos, mas normativos. Equivaleria a afirmar que o transtorno mental não está na cabeça do paciente, mas na cabeça do psiquiatra.

Trata-se de um reducionismo, evidentemente. De todo modo, tais coisas não são incompatíveis ou excludentes.

Juarez Tavares está certo quando pergunta: Como é possível descartar toda atividade subjetiva do agente, que está baseada na estrutura psicológica da vontade, se o dolo se expressa como vontade? Ou seja, é possível eliminar da vontade sua estrutura psicológica? Poder-se-ia radicalizar a pergunta: não existe vontade?²⁸

Na verdade, prossegue o autor, a adoção de um fundamento normativo-atributivo do dolo tem a finalidade de eliminar do sujeito a possibilidade de invocar em seu favor a ausência de vontade, isto é, o critério corresponde a uma política criminal fundada na decisão judicial, não na realidade empírica.²⁹

Ainda de acordo com Tavares, a adoção de um fundamento normativo-atributivo contém “uma séria desordem metodológica: a confusão entre a questão da definição do dolo, com base em seus elementos empíricos ou até mesmo ontológicos, com a questão de sua afirmação epistemológica, que diz respeito à sua prova no processo penal”.³⁰

Nesse sentido, Juarez Tavares conclui com razão que: a) a estrutura psicológica do sujeito se compõe de consciência e vontade, sem as quais não se lhe poderia reconhecer a qualidade de pessoa deliberativa, como condição essencial de um estado de democrático de direito; b) a vontade não pode ser eliminada da estrutura do dolo e, pois, do injusto; c) se a

²⁸ Fundamentos de teoria do delito. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 258.

²⁹ Fundamentos de teoria do delito. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 258/9.

³⁰ Fundamentos de teoria do delito. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p.259.

vontade for eliminada do âmbito do injusto, será impossível tematizar sua formação no âmbito da culpabilidade.³¹

Também segundo Zaffaroni, dolo sem vontade é uma forma de presunção de dolo, é dolo que não é dolo:

Na imputação subjetiva, com todo acerto, são rechaçadas as teses de dolo *que não é dolo*, ao privá-lo de seu conteúdo de vontade. É claro que os esforços normativistas por construir um dolo sem vontade se traduzem, antes ou depois, em uma claríssima presunção de dolo, ainda que isso seja negado, rotundamente, por seus formuladores. Trata-se de uma moderna tentativa de regressão, por via doutrinária, à presunção legislativa de dolo dos velhos códigos penais.³²

Aliás, mesmo autores que parecem radicalizar essa ideia e defendem dolo sem vontade reconhecem, como vimos, que “psicologicamente, dolo é conhecimento...”, mantendo o psicologismo do dolo, embora eliminem a vontade como elemento essencial.

Em suma, apesar de criticarem, com boas razões, o conceito de dolo, os autores que entendem o dolo no sentido atributivo-normativo ou pretendem eliminar o conteúdo volitivo, acabam propondo um conceito ainda mais impreciso de dolo. Substitui-se um erro por outro.

Obviamente, unificar o conceito de dolo ou eliminar as suas várias formas de expressão (dolo eventual etc.) não é eliminar os problemas práticos subjacentes. Uma das discussões mais frequentes na prática forense, por exemplo, a qual não deixaria de existir por causa dessa unificação, é saber se o dolo eventual é compatível com as qualificadoras do homicídio ou com a tentativa de crime. É possível, por exemplo, falar de homicídio com dolo eventual qualificado com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, motivo fútil, por recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima? É possível dolo eventual no crime de receptação (CP, art. 180, caput) e outros?

E por que abolir a vontade, não o conhecimento? A representação já não estaria implicada na ideia de vontade? Não se quer somente aquilo que se representa?³³ Por que excluir o psicologismo somente da vontade, e não também do conhecimento?

³¹ Fundamentos de teoria do delito. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p.265.

³² Prefácio ao livro Fundamentos de teoria do delito, de Juarez Tavares. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

³³ De acordo com Hungria, “Dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade. Como argumenta FLORIAN, a representação divorciada da vontade é “cosa inerte della psique”, e a vontade sem representação é, do ponto de vista da psicologia normal, uma impossibilidade. A representação é necessária, mas não suficiente à existência do dolo”. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.I, tomo II, p. 114. Também Antônio José da Costa e Silva escreveu que “Para que se reconheça a existência do dolo, é necessário que se tenham representado ao espírito as circunstâncias essenciais do facto, inclusive o resultado a produzir. O que não é representado não pode ser querido”. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado. Brasília: Senado

Tais questionamentos e outros tantos continuarão a existir independentemente do conceito de dolo adotado, por mais perfeito. A realidade é sempre mais complexa do que imagina a nossa vá filosofia, tão preocupada em esmerar conceitos.

Como reconhece Greco, “No sentido em que se usa o termo querer no direito penal, só se pode querer algo, se se sabe o que é esse algo. Por isso, a pergunta quanto a se o dolo sequer tem uma componente psicológica é idêntica à pergunta quanto a se o dolo tem uma componente cognitiva.”³⁴

De fato, uma das teses mais frequentes em crimes como moeda falsa e tráfico de drogas, por exemplo, é a alegação de que o acusado não tinha conhecimento (ausência de representação) de que as cédulas postas em circulação eram falsas e que o réu não sabia que trazia droga ilícita, mas outra substância legal, razão pela qual não houve dolo (erro de tipo). Apesar disso, os juízes condenam os réus com base em prova indiciária em geral, tais como: a quantidade de cédulas ou de droga, a forma como estavam ocultadas no veículo ou na casa, os antecedentes criminais etc., a indicar que agiram dolosamente.

Por fim, é importante notar que, embora a doutrina tenha ampla liberdade de propor o que quiser em matéria de dolo e outros temas, os casos penais não podem ser resolvidos à margem da lei e da Constituição, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Nosso Código Penal (CP, art. 18), além de adotar uma perspectiva volitista do dolo ou ontologista, como se prefere hoje, menciona a vontade em dezenas de artigos nos quais considerou relevante fazê-lo.

Aliás, dificilmente se poderá discutir certos temas sem ela. E é impossível distinguir os vários tipos dolosos sem apelar à vontade e ao modo como ela se manifesta concretamente.

Como falar de consumação de crime, de tentativa, de atos preparatórios, de desistência voluntária, de arrependimento eficaz sem recorrer à vontade do agente? Quem, por exemplo, aponta uma arma de fogo contra alguém pode praticar um fato típico ou não. E os crimes poderão ser os mais diversos: se a intenção do agente é matar, o fato é atípico em relação ao homicídio (atos preparatórios); se é apenas ameaçar, há ameaça consumada; se é roubar ou

Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p.140. E Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán consideram que “De algum modo o querer supõe também o saber, já que ninguém pode querer realizar algo que não conhece”. Derecho penal, parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 306.

³⁴ Dolo sem vontade, cit., p. 891, nota de rodapé 21.

estuprar a vítima, haverá roubo ou estupro tentado ao menos. O fato será atípico se o propósito era simplesmente fazer uma brincadeira e o autor tiver autorização para portar arma de fogo.

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para quem adquire ou guarda droga ilícita, que, dependendo da vontade, poderá responder, por exemplo, por tráfico, por porte para consumo ou por compartilhamento de droga, segundo a sua intenção.

Não é preciso mencionar que a palavra vontade aparece explícita e implicitamente em diversos artigos da parte geral e da parte especial do CP, a qual atravessa toda a teoria do delito e da pena, inclusive (v.g., concurso de crimes).

Além disso, as motivações do agente ao cometer do delito – obviamente, isso tem a ver com a vontade e como ela se manifesta – são importantíssimas para efeito de tipificação do crime e incidência das agravantes, causas de aumento de pena, qualificadoras, atenuantes etc. Pense-se, por exemplo, no motivo fútil ou torpe, no feminicídio, na injúria racial etc.

Como falar, por exemplo, de homicídio privilegiado (CP, art. 121, §1º), sem recorrer às diversas formas de manifestação da vontade? Afinal, essa causa de diminuição de pena está assim redigida: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

Como parece evidente, tudo isso tem a ver, direta ou indiretamente, com o dolo.

5. Conclusão

Talvez toda essa discussão não passe de logomaquia³⁵. Como escreve Faria Costa, “é nesse amálgama de opiniões só diferenciáveis à custa de muita filigrana que a discussão em torno do conceito se tem desenvolvido. Contudo, se bem vemos e valoramos as coisas, cada uma das várias concepções refere-se a um estado psíquico aparentemente diverso, mas não explica com mínima clareza e precisão onde reside aquilo que supostamente distingue uma coisa da outra. Ao menos nesse ponto, o embate teórico não parece ter conseguido ir além de uma mera disputa de fórmulas e de uma exageração terminológica”.³⁶

³⁵ Expressão usada por Nélson Hungria, para quem “O dissídio entre as teorias da representação e da vontade está, hoje, pode dizer-se, superado. Toda controvérsia reduzia-se, afinal, a pura logomaquia”. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.I, tomo II, p. 115.

³⁶ Noções fundamentais de direito penal. Coimbra: Coimbra editora, 2015, p. 377.

Dolo sem vontade ou dolo sem conhecimento é uma *contradictio in terminis*. A decisão de cometer ou não um delito é uma decisão complexa, que envolve atos conscientes e inconscientes, voluntários e involuntários, racionais e irracionais, previsíveis e imprevisíveis. Quem decide matar, roubar ou estuprar age por motivos que nem ele sabe bem por que, por vezes surpreende a si mesmo, arrepende-se e decide por um fim à própria vida. O homem pouco ou nada sabe de si mesmo. O homem racional é uma ficção. Reduzir a conduta à representação ou à vontade é simplificar as coisas, é empobrecer a vida. No fundo, o próprio juiz não sabe bem por que condena ou absolve. E chegará talvez o dia em que julgar seja indecente ou mesmo um crime, não somente um preceito bíblico (Mateus 7:1-5).

Com escreve Edgar Morin, “Os que projetam sua razão no universo tendem a considerar a irracionalidade uma ilusão dos ignorantes e, assim, se tornando eles próprios irracionais na ilusão racionalista, tendem a ficar cegos à irracionalidade do mundo.”³⁷

³⁷ Morin, Edgar. Conhecimento, ignorância, mistério. São Paulo: Bertrand Brasil, 2020, p.11. Ainda de acordo com o autor, “A doença da teoria está no doutrinário e no dogmatismo, que fecham a teoria nela mesma e a enrijecem. A patologia da razão é a racionalização que encerra o real num sistema coerente de ideias, mas parcial e unilateral, e que não sabe que um parte do real é irracionalizável, nem que a racionalidade tem por missão dialogar com o irracionalizável”. Introdução ao pensamento complexo. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 15.

Limites imanentes ao direito penal econômico e empresarial nos crimes tributários: política criminal e interpretação jurisprudencial.
Limits to economic and business criminal law in tax crimes: criminal policy and jurisprudential interpretation.

José Maria Panoeiro¹

Henrique de Sá Valadão Lopes²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Analisa o presente artigo a política criminal desenvolvida para os crimes tributários e seus reflexos na interpretação jurisprudencial dos dispositivos limitadores da criminalização dela própria derivados. Indaga-se da existência de limites interpretativos para os tribunais e juízes ou de sua ampla possibilidade de conformação da própria política por meio do processo de interpretação. Qual seria o quadro mais adequado para o fim de combater o ilícito e fomentar comportamentos em conformidade com a lei.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico e Empresarial – Crimes Tributários – Política Criminal – Interpretação jurisprudencial.

Abstract: This article analyzes the criminal policy developed for tax crimes and their reflexes in the jurisprudential interpretation of the limiting devices of the criminalization of itself derived. It is asked about the existence of interpretative limits for the courts and judges or their wide possibility of conformation of the policy itself through the interpretation process. What would be the most appropriate framework for combating illicit and promoting law-a-line behaviour.

¹ Mestre e Doutor em Direito Penal pela UERJ. Membro do Ministério Público Federal (Procurador da República). Pesquisador do CPJM-UERJ. Grupo de Trabalho sobre Crimes Tributários e Fiscais da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (2016/2018). Professor de Direito Penal.

² Membro do Ministério Público Federal (Procurador da República) e especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público da União. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Integra o GALD-CFIF-SFN (Grupo de Apoio em Lavagem de Dinheiros, Crimes Fiscais, Investigação Financeira e Contra o Sistema Financeiro Nacional) da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Keywords: Economic and Business Criminal Law - Tax Crimes - Criminal Policy - Jurisprudential Interpretation.

1. Introdução

Em Direito penal a aplicação da lei significa o pronunciamento acerca de uma pena, tendo por base um fato que se encontra definido como comportamento típico por meio de elementos abstratos no tipo penal.¹ Em sede penal econômica tal fato não é diferente, embora o aspecto multifacetário da regulação econômica possa ter uma relevância maior em termos de tensionamento do próprio Direito Penal.

A existência, portanto, de distintos âmbitos de regulação que idealmente guardariam uma coerência entre si, parecem não conduzir à conclusão de que um pretense caráter unitário da antijuridicidade lastreada na teoria da unidade do ordenamento jurídico. Trata-se mais de uma aspiração sistemática do que propriamente uma realidade normativa², afinal, o confronto do Direito Penal com outros setores põe em evidência supostas contradições. Algumas ações irrelevantes no âmbito civil são delitivas para o Direito Penal, ainda que isso possa aparentar uma censurável contradição regulatória (omissão de socorro, v.g.).

Ao se destacar o Direito Penal Econômico do Direito Administrativo, aquele surge como disciplina independente possibilitando uma compreensão mais refinada do Direito Penal Econômico, que a utiliza como substrato.³ Sem que se distancie desse pressuposto, parece adequado comungar com um significado mais amplo onde o Direito Penal Econômico moderno que se apresenta como disciplina específica da parte especial do Direito Penal, composto de condutas desenvolvidas em torno da atividade econômica e empresarial, visando a proteção à esfera socioeconômica, bem como de todos os grupos de interesses legítimos a ela circunscritos.⁴

¹ JESCHECK, Han-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Edición. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 163.

² POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2016, p. 153 e segs.

³ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*, Traducido por Manual Abanto Vázquez. 2.ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 2.

⁴ CARPIO BRIZ, David. Concepto y contexto del Derecho Penal Económico. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *MANUAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE EMPRESA. PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo 2. Valencia: Tirant lo blanch, 2016, p. 17.

Não se deve olvidar, todavia, que neste âmbito ocorre uma sobreposição regulatória e sancionatória em clara aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador.⁵ Deste modo, a instância administrativa pode concorrer validamente com a instância penal sem que isso importe em qualquer tipo de contradição ou *bis in idem*.⁶ A diversidade de objetos e cognições em ambas leva a refutar a tese de criação de uma suposta “dupla verdade”⁷, uma vez que o *bis in idem* pressuporia um duplo apenamento criminal e não entre instâncias diversas. Desse quadro podemos alinhar duas premissas. A primeira, de que a existência de um duplo ambiente sancionatório não gera contradição no ordenamento jurídico e a conclusão por parte da instância extrapenal não condiciona, ou não deveria condicionar, a instância penal. É o que ocorre, por exemplo, no Código Penal Espanhol onde a descoberta do delito tributário no âmbito das apurações administrativas autoriza a deflagração da persecução penal sem que haja paralisação da instância extrapenal.⁸ As instâncias concorrem na apuração do fato, todavia não exclui a possibilidade de ajuste do valor da cota defraudada apurada na instância administrativa ao que restou demonstrado no processo penal. Parece haver, pois, clara preferência à instância criminal.

Nada obstante, como já se advertiu, não é infrequente que a instância administrativa busque impor sua compreensão do fato ao Judiciário, o que pode ocorrer tanto para criminalizar um comportamento, quanto para advogar sua atipicidade.⁹ No Brasil, o condicionamento da persecução penal por crimes tributários ao lançamento definitivo do tributo na esfera administrativa, que resta consolidado na Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, não deixa de expressar esse tipo de condicionamento, ainda que por iniciativa do próprio Judiciário.

⁵FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade do Risco”. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. In: PALMA, Maria Fernanda [El al] *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso de Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 25-27.

⁶Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça: Dada a autonomia das instâncias, a decisão administrativa favorável não tem o condão de desconstituir decreto penal condenatório. (HC 24063 / SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 29/09/2003 p. 353).

⁷ESPEJO POYATO, Isabel. Isabel. *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.266.

⁸Artículo 305. 5.

⁹QUINTERO OLIVARES, GONZALO. Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico. DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director); DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica, DE LA TORRE GARCÍA, Faustino García (Coordinadores). *DERECHO PENAL ECONÓMICO Y TEORÍA DEL DELITO*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020, p. 49-50.

A segunda reside no fato da compreensão adequada do processo de criminalização por meio de tipos penais econômicos depender da correta leitura dos preceitos extrapenais que dão sentido à incriminação. Não há crime tributário sem tributo, porém, a interpretação de tais disposições não pode abstrair vetores criminológicos e de política criminal. O postulado “*nullum crime sine lege*” é a um só tempo um requisito para combater com sucesso o crime e um limite ao *jus puniendi* no Estado de Direito.¹⁰ Em síntese, se a criminalização de determinado comportamento expressa, ao nível do princípio da legalidade, uma manifestação político-criminal, parece intuitivo que a interpretação daquela não possa se dar de forma desvinculada dessa. Do contrário permitir-se-ia a inclusão no âmbito de fatos típicos de condutas tratadas como indiferentes na manifestação político-criminal ou, por outro lado, de retirar do âmbito criminal condutas para as quais existe decisão política no sentido da criminalização.

Permeando essa compreensão é preciso ter presente que a finalidade última do Direito não é o bem do homem em si mesmo e desconectado de seus semelhantes, mas o bem comum, da sociedade em que ele convive com os outros homens.¹¹ Nesse contexto, importa ao âmbito da compreensão das condutas qualificadas como delitos econômicos não apenas a compreensão do substrato normativo imediato, seja econômico ou penal, mas a própria tábua axiológica de valores que se infere da Ordem Econômica Constitucional. Desta são extraídos os postulados legitimadores da conformação ideológica do sistema econômico.¹²

Torna-se premente reforçar que a Justiça é o suporte normativo da vida comunitária e indica o dever para com outrem (*justitia est ad alterum*); o seu conteúdo consta da fórmula latina que o sintetizou: *jus suum quique tribuere* (dar a cada qual o que lhe pertence, ou o seu direito).¹³ Em termos de um sistema sancionatório, como o é na Justiça criminal, significa que punir o autor de um delito e absolver o inocente são postulados fundamentais à sua boa funcionalidade. O presente artigo tem por escopo refletir sobre o estado da arte relativo ao regime jurídico dos crimes tributários no Brasil. Para tanto se estabelece um recorte específico,

¹⁰ ROXIN, Claus; Traducción por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. *Derecho penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* Madrid: Civitas, 1997, p. 224.

¹¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: Parte Geral: I A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982. II Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 17.

¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 4.

¹³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, op. cit., p. 16.

a existência de causas de suspensão da pretensão punitiva (parcelamento tributário) e de extinção da punibilidade (pagamento do tributo).

As reflexões se dirigem, portanto, à necessária compreensão dos aspectos criminológicos, de política criminal e de vetores da ordem econômica constitucional para uma coerente atividade interpretativa por parte do Poder Judiciário. Não se deve olvidar, portanto, que a própria ordem econômica aponta que seu fim último é a promoção da Justiça Social.¹⁴ O centro gravitacional está, portanto, na decisão político-criminal de criminalizar a conduta de descumprimento doloso e fraudulento do dever de pagar de tributos. Em síntese, admitida a existência de um dever fundamental de pagar tributos¹⁵, a fonte principal para a promoção da justiça social proclamada na Carta Constitucional de 1988 e criminalizados determinados comportamentos em torno dele, há limites interpretativos dos benefícios legais outorgados ao autor de sonegação fiscal? Em outros termos: existe um limite interpretativo à jurisprudência de sorte a preservar a coerência de um sistema punitivo onde o delito há de ser reprimido e a atuação conforme a lei estimulada, inclusive no âmbito penal econômico?

2. A crise da lei penal e o direito penal econômico.

A lei, postulado maior de um Estado de Direito, que tem na figura de um legislador racional por excelência¹⁶, uma construção filosófica derivada da própria racionalidade da ilustração, parece cair em descrédito atualmente. A construção dessa figura, máxime para a busca da consolidação da vontade da coletividade e da submissão de todos à um tratamento isonômico, tinha por premissa eliminar as múltiplas fontes de produção normativa, acabar com a obscuridade e variabilidade do direito consuetudinário e da jurisprudência, materializando o império da lei escrita.¹⁷ A par dessa suposta racionalidade da lei, a consolidação, após a II Guerra Mundial, de uma dogmática constitucional ampla em princípios conformadores da legislação ordinária, inclusive penal, parecia criar um ambiente de resguardo de garantias individuais ao mesmo tempo em que dirigia sua eficácia protetiva a bens jurídicos transindividuais igualmente portadores de dignidade penal.

¹⁴ Art. 170, *caput*, Constituição Federal.

¹⁵ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206-210.

¹⁶ BECERRA MUÑOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal: Bases para un análisis multidisciplinar*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 34.

¹⁷ *Idem*.

Não obstante, parecemos viver um momento de crise, em especial da lei penal. E isso não se deve, como pode parecer, a uma pretensa expansão do Direito Penal que é alvo de crítica por parte de um setor dogmático.¹⁸ Apesar disso, ao menos na quadra penal econômica, parece existir um evidente contraste, ao menos a nível dogmático e jurisprudencial, acerca daquilo que é o binômio essencial do Direito Penal, o delito e a pena.

El binomio esencial del Derecho penal viene integrado por la pareja de conceptos delito/pena. El delito es el presupuesto conceptual y el fundamento jurídico de la sanción penal, y la pena es la legítima consecuencia jurídica del delito, esto es, la sanción punitiva que se impone al acto delictivo. [...] El delito y la pena son dos conceptos antagónicos entre sí, pero que al propio tiempo se muestran interdependientes y correlativos reciprocamente. Ello significa, por un lado, que delito y pena se contraponen conceptualmente en cuanto categorías antitéticas, de manera que uno es el reverso del otro. Pero, por otro lado, también significa que uno no puede ser explicado sin el otro, es decir, que ambos conceptos se exigen mutuamente.¹⁹

Não existe um delito sem que seja sancionado por uma pena e nem uma pena que não tenha como antecedente lógico um delito.²⁰ Destarte, a pena é um potente motivador da obediência às leis que regulam nossa convivência. Ela é a segunda mais importante instituição da Parte Geral do Direito Penal, a primeira é o delito.²¹

En sus líneas más generales, la pena debe ser entendida como la consecuencia – u la consecuencia jurídica, más precisamente – del delito, y son infinitas las definiciones que, en su dimensión material, se han formulado acogiendo el concepto de pena, no solo por el Derecho penal [...] Según Hobbes la pena es “un mal inflingido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la ley, a fin de que la voluntad de los hombres esté, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia.”²²

Assim sendo deliberada politicamente a qualificação de um dado comportamento como delituoso e a ele atribuída uma pena, não podem a doutrina e a jurisprudência, sem traição à lógica e à racionalidade, construir soluções à margem da lei e que não foram objeto de

¹⁸ Sobre a crítica em questão: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 124-126.

¹⁹ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Tomo II. 2. ed. Madrid: tecnos, 2016, p. 17.

²⁰ *Idem*.

²¹ ROSAL, M. Cobo Del; ANTÓN, T.S. Vivés. *Derecho Penal*, Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch libros, 1999, p. 795.

²² *Idem*.

deliberação. Tomado em outros termos, nas sociedades modernas, organizadas sob a forma democrática, a lei deve, ou deveria, expressar a vontade da coletividade fixando as condições de subsistência do próprio grupo. Assim haveria de ser por uma simples razão, o Direito se liga às sociedades humanas pela justa razão das necessidades fundamentais do homem para garantir-lhe um ambiente seguro e dentro do qual o Estado organizado velará pelo cumprimento das regras de coexistência social.²³

O fato que se apresenta contrário à norma do Direito, porque ofende ou põe em perigo o objeto de sua proteção, forma o ilícito jurídico, cuja espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as mais fundamentais entre as leis da convivência. Compreende-se, então, que o Estado se arme contra esses fatos com a mais severa das sanções, que é a pena, e procure, por meio dessa e de outras medidas, combater-los, prevenindo-os ou reprimindo-os, por necessidade de defesa social. Defesa social que se resolve, em suma, na proteção de bens jurídicos essenciais, de condições que a vida coletiva reclama que sejam respeitadas e por isso recebem a tutela do Direito. O conjunto de normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate ao crime é o Direito Penal. Nele se definem fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções.²⁴

Contudo, apesar da clareza solar quanto à necessidade de um sistema punitivo que reprima os comportamentos lesivos a relevantes interesses da coletividade, como o é a sonegação fiscal, muito se tem advogado em desfavor da pena de prisão e, conseqüentemente, do próprio Direito Penal.

Os poderes do Estado capitalista, os órgãos midiáticos e os partidos políticos divulgam uma cultura de medo e de insegurança, propagam discursos repressivos e punitivistas, propõem políticas públicas paranoicas de segurança e prevenção, como denuncia Vera Malaguti Batista - e nenhum programa oficial de educação, de saúde, de emprego e de salário capaz de erradicar a pobreza da população das periferias urbanas, a violência estrutural primária que condiciona e explica a violência individual, objeto exclusivo da preocupação oficial. A legislação penal cria novos crimes de perigo, introduz formas de punição antecipada, institui medidas cautelares, investigatórias, probatórias e prisionais, acompanhadas da exclusão/redução de princípios penais e garantias processuais e constitucionais dos acusados. O resultado é a tendência mundial de expansão geométrica da população carcerária do sistema econômico neoliberal globalizado, complementada pela indústria privada do encarceramento, com a privatização de presídios e as novas empreitadas de exploração lucrativa do trabalho carcerário.²⁵

O discurso unilateral e quase incontestável no sentido de que a pena privativa de liberdade – a principal e mais grave modalidade de pena, ressalvada a excepcionalíssima pena

²³ BRUNO, Anibal. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 25.

²⁴ BRUNO, Anibal, op.cit., p. 25-26.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 397-398.

de morte - estaria em estado falencial, ecoa muito forte (“*prision does not work*”).²⁶ Não obstante existem vozes que transcendem o tempo ao criticar: “*como a pena de prisão não cumpre sua finalidade regeneradora, então, como “solução”, vamos soltar todo mundo. É por essa razão que aqueles que deviam estar atrás das grades andam pelas ruas a praticar crimes ao passo que o homem de bem vive cercado por grades em sua moradia*”.²⁷ Todavia, o discurso liberal, tal e qual um bumerangue, acaba se voltando contra seus autores, supostamente partidários de um Estado Social e Democrático de Direito. Detratores da pena de prisão parecem olvidar que sua crítica perpassa pela seletividade do sistema penal, com os pobres como potenciais destinatários dela e, como parece claro, pela impunidade da lesiva criminalidade econômica.

o grande mérito histórico de Sutherland é a identificação social e o estudo científico da criminalidade do colarinho-branco, publicado em 1949 sob o título *White-collar criminality*, descrevendo a criminalidade do poder econômico e político, com a utilização do aparelho econômico da empresa ou do poder político do Estado, que produz intenso dano à economia, à saúde e à vida dos cidadãos e que se caracteriza pela impunidade.²⁸

Entretanto, como é sabido, a criminalidade econômica, aquela praticada sem violência, é a beneficiária primeira de tal discurso apesar dos enormes gravames que causa à coletividade. São esses gravames os responsáveis por impedir que o Estado Social se realize, ao menos no que toca os crimes tributários, ante a privação de recursos necessários às mais variadas políticas públicas. Como conjugar um Direito Penal que se pretende menos gravoso com a necessidade de intimidação que deve decorrer da pena? Como escapar de uma dinâmica em que a pena no delito econômico se reduz à perda patrimonial diluindo-se no risco da própria atividade empresarial?

Paralelamente a esse quadro, desde os anos noventa do século passado, a dogmática penal vem se ocupando para agrupar sistematicamente um corpo jurídico relativo à toda regulação jurídica do setor econômico, o que deu lugar ao reconhecimento de um Direito

²⁶ SACK, Fritz. Economización del ámbito de la criminalidade y su control. In: Eugenio Raúl ALBRECHT, Hans-Jörg; SIEBER, Ulrich; SIMON, Jan-Michel; SCHWARZ, Felix. *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal em la actualidad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 327.

²⁷ HAMILTON, Sergio Demoro. O Custo Social de uma Legislação Penal Excessivamente Liberal. In: *Processo Penal: Reflexões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.231.

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 148-149.

econômico que seria substrato, na parte penal, de um Direito Penal Econômico.²⁹ Esse traço característico, em oposição à criminalidade clássica oriunda da Ilustração, aquela baseada no núcleo vida-propriedade e na ocorrência de dano ou lesão³⁰, faz do Direito Penal Econômico um âmbito onde as decisões político criminais e a aplicabilidade concreta das normas penais não pode abstrair o substrato regulatório básico. Tomada de forma exemplificativa, nem toda venda de valores mobiliários por parte de detentor de uma informação privilegiada há de ter lugar no delito de *insider trading* (Art. 27-D da Lei nº 6.385/76³¹). Tão somente se enquadra no modelo legal aquele uso de informação privilegiada que se traduza em assimetria informacional relativa ao valor mobiliário negociado. Todavia, nem sempre existe uma capacidade da jurisprudência lidar com as sensíveis questões interpretativas que envolvem os delitos econômicos.

O confronto com os delitos do Direito Penal clássico expõe a tensão imposta aos princípios do Direito Penal, como a retroatividade da lei penal mais benéfica. Ao cuidar do crime de furto e valorar a possibilidade de um tratamento mais benéfico em razão do valor da *res* (furto privilegiado), a jurisprudência entende por avaliar a lesividade da conduta ao tempo em que realizada.

1. Não se revela de reduzida expressividade financeira o valor da bicicleta subtraída pelo paciente - avaliada em R\$ 200,00 (duzentos reais) - **se levado em conta que o valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos (28/4/08)** era de R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais). (...) 4. Ordem denegada” (HC nº 118.028, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 17.12.2013). (sem grifo no original)

As instâncias antecedentes decidiram em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, ao afastarem a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de furto quando, embora de pequeno valor o bem subtraído, constata-se sua **expressividade quando confrontado com o valor do salário-mínimo vigente na data dos fatos.** (STF: HC 182712 / SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe-069 DIVULG 23/03/2020 PUBLIC 24/03/2020) (sem grifo no original)

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómica em el proyecto de Código Penal Español de 1994. In: PRADO, Luís Regis; DOTTL, René Ariel (Orgs.). Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2), p. 93-94.

³⁰ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. El bien jurídico y su recepción en el derecho penal económico. In GARCÍA FALCONÍ, Ramiro; GRACIA MARTÍN, Luis; SCHÜNEMANN, Bernd; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal Económico, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 158.

³¹ BRASIL, Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

Entretanto, quando a apreciação se desloca para um delito econômico, no crime tributário, por exemplo, a aferição da lesividade da conduta passa a ser tomada, segundo interpretação jurisprudencial, pelo valor da execução fiscal, a apreciação é mais benéfica. Admite-se que a mudança do referencial para o interesse fiscal tornaria uma conduta, relevante ao tempo em que realizada, insignificante com o decorrer do tempo.

I – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. **(STF: HC 118000 / PR , Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013)**

I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, que, por se tratar de normas mais benéficas ao réu, devem ser imediatamente aplicadas, consoante o disposto no art. 5º, XL, da Carta Magna. **(STF: HC 122213, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2014 PUBLIC 12-06-2014)**³²

A distinção de tratamento operada na Suprema Corte entre o delito de classe baixa e o delito de classe alta, construída a partir de interpretação jurisprudencial, ainda que condicione instâncias inferiores³³ provoca outras perplexidades no tratamento de fatos similares. Na forma dos elementos demonstrados, é possível concluir pela existência de uma insegurança no Direito Penal.³⁴

³² Registre-se, todavia, existir no mesmo Tribunal precedente que nega a transposição critério do descaminho para delitos de sonegação fiscal, embora deixe claro que o montante do débito ultrapassa aquele patamar: HC 134982 AgR / SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJe 07-02-2017.

³³ 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp nº 1.112.748/TO – Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias nº 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias nº 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. **(STJ: REsp nº 1.688.878/SP, Rel. Min. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 3ª Seção, DJe: 04/04/2018)**; Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. **(STJ: Tema Repetitivo 157, DJe: 04/04/2018)**

³⁴ No sentido de recusar que lei estadual possa atribuir efeito retroativo na interpretação da norma penal sob o prisma do princípio da insignificância, por força da competência da União para legislar sobre Direito penal:

3. Direito penal, criminologia e política criminal empresarial

É sabido que o Direito Penal enquanto disciplina normativa pressupõe um conhecimento acerca da realidade que pretende disciplinar, sem ele suas normas perdem o sentido.³⁵ A missão e os limites do Direito Penal, que poderiam ser consolidados em torno de ideias como “*luta contra o crime*”, “*busca por uma retribuição justa*”, “*proteção de valores ético-sociais da ação e por extensão a proteção a bens jurídicos*”, “*proteção contra a violação de bens jurídicos*”, “*proteção da vida comunitária do homem*”³⁶ podem, atualmente, ser sintetizadas no compromisso irrenunciável de proteção a bens jurídicos como fim último do Direito Penal.³⁷ Alguns autores preferem especificar um pouco mais essa função no sentido de que busca a proteção de bens jurídicos e a prevenção dos ataques lesivos aos mesmos, ficando em segundo lugar, mais como uma consequência direta dessa função tutelar-preventiva, a vigência da norma.³⁸

Destarte, os limites da intervenção penal parecem traçados aprioristicamente a partir da Constituição, a quem coube por meio dos princípios³⁹, promover uma certa normatização das diretivas político-criminais.⁴⁰ O estado da arte do saber criminológico, após fortes influxos da criminologia crítica, que sublinhava o caráter exacerbado da proteção de interesses individuais na legislação penal como expressão do poder das classes dominantes, deságua no único sentido possível para a investigação criminológica nos dias atuais, a realização de uma justiça social e, portanto, uma melhor justiça penal.⁴¹

STJ: HC 593133/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 24/03/2022. Em sentido próximo, mas seguindo por outro caminho, o de que retroatividade benéfica diria respeito às normas penais em sentido estrito, não em relação a normas tributárias: **STJ: AgRg na RvCr 4.881/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2019, DJe 28/05/2019.**

³⁵ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S.. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 123.

³⁶ Neste sentido a síntese das posições, respectivamente, de Maurach, Bettiol, Welzel, Mayer e Jescheck: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5ed, 6ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 6-7.

³⁷ HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM 87, 2010, p. 104.

³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 5ª edición*. Madrid: Editorial Tecnos, 2021, p. 91.

³⁹ ROXIN, Claus; Traducción por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. *Derecho penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição, 5ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

⁴¹ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T., op. cit., p. 126-127.

O Direito Penal e a Criminologia aparecem assim como duas disciplinas que tendem ao mesmo fim por meios distintos. O Direito Penal a partir do estudo das normas jurídico-penais. A Criminologia a partir do conhecimento da realidade. A crítica das normas em seu aspecto ideal, a crítica da realidade por elas reguladas, são complementares. Não é necessário dizer que desde tais abordagens não cabe falar em contraposição entre saber criminológico e saber normativo. O saber normativo completa o saber criminológico, e este, por sua vez, contribui para o melhor conhecimento das normas. Essa perspectiva de colaboração não é apenas adequada, é absolutamente necessária, pois a Ciência do Direito Penal não pode avançar se se limita a reflexão especulativa.⁴²

3.1 Criminologia empresarial e delinquência fiscal

Anteriormente à consolidação do conceito de delitos do colarinho branco, onde estão os crimes fiscais, Cesare Lombroso, pioneiro da criminologia, afirmava que o dirigente político que desejasse prevenir o delito deveria preocupar-se tanto com os perigos da riqueza, quanto com os da pobreza. E motivava seus argumentos no sentido de que o poder político se conseguia por meio do dinheiro e não pela espada, como já ocorrera, em outros tempos, na história. Prosseguia afirmando que essa guerra que se desenrolava era comercial, por meio do uso de ardis e enganosa.⁴³

Foi, porém, com a substituição da expressão comportamento *criminaloid* (Ross) por crime do colarinho branco (Sutherland) e com a apresentação de suas características que se viu uma virada definitiva nos estudos criminológicos.⁴⁴ Em suas investigações Edwin Sutherland investigou as 70 maiores empresas norte-americanas num lapso retroativo de 45 anos quando evidenciou que, apesar da ocorrência de delitos, tais fatos não eram alcançados nos registros e estatísticas oficiais.⁴⁵ O cruzamento de suas investigações pelas instâncias criminal, civil e regulatória mostrava que a compreensão do fenômeno criminoso em questão não poderia abstrair a moldura empresária.⁴⁶ A ideia do pai (*Funding Father*) fundador da criminologia empresarial vem, entretanto, passando por sucessivas revisões, para identificar nessa

⁴² COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T., op. cit. P. 127.

⁴³ FITOR MIRÓ, Juan Carlos. DELITO FISCAL. Un análisis criminológico. Valencia: Tirant lo blanch, 2018, p. 55.

⁴⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal Empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: Editora LiberArs/CPJM, 2021, p. 27-28

⁴⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.28.

⁴⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.29.

criminalidade empresarial a conduta da empresa ou daqueles que são seus integrantes ou que em seu nome/benefício atuam.⁴⁷

Como parece claro, a empresa aparece por trás das graves lesões à interesses coletivos que são resguardados pelo ordenamento jurídico (ordem tributária, funcionamento do mercado de capitais, seguridade social, relações de consumo, patrimônio público). Tal fato não exclui que determinados agentes possam, isoladamente, realizar crimes neste âmbito, todavia os maiores gravames decorrem, por certo, de atividades empresariais. A multiplicidade de afetados e o comprometimento da própria regulação setorial dirigida à empresa restam frustradas por este tipo de delinquência econômica. Fato que a desloca do âmbito dos delitos patrimoniais comuns para uma quadra superior em lesividade.⁴⁸

A lesividade de tais comportamentos delituosos praticados por detentores do poder econômico, para além de grave e de todos os debates que suscita, aponta quase sempre, para a impunidade.

Segundo Lyra, os detentores de poder econômico dispõem de inúmeros recursos para inviabilizar a persecução penal, como a contratação de grandes advogados, a produção de provas e outras diligências difíceis e onerosas, a corrupção de agentes públicos, além de outras iniquidades que garantem a impunidade.⁴⁹

A decisão pela prática do comportamento criminoso no âmbito empresarial não deve olvidar perspectivas já consolidadas e referentes à este tipo de criminalidade complexa. A teoria da associação diferencial desenvolvida por Sutherland⁵⁰, inserida no contexto das teorias da aprendizagem social⁵¹, permite fixar algumas linhas que tornam possível o surgimento do delito: (1) O comportamento criminoso é aprendido. Não é inato, mas sim adquirido, quem não é treinado no crime não inventa o comportamento criminoso. (2) O comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas num processo de comunicação; (3) A parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre em grupos próximos e íntimos,

⁴⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.30.

⁴⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. Cuestiones fundamentales de la parte general del Derecho penal económico y de la empresa: DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO PENAL PATRIMONIAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO. GALÁN MUÑOZ, ALFONSO; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *MANUAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, p. 19-20

⁴⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.33.

⁵⁰ SUTHERLAND, Edwin H. ; CRESSEY, Donald R. ; LUCKENBILL, David F. *Principles of Criminology*. 11th Ed. New York: General Hall, 1992, p. 88-90.

⁵¹ GARCÍA FALCONÍ, Ramon. *Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: las teorías de la criminalidad económica* in FALCONÍ, Ramon García; SCHUNEMANN, Bernd; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal Económico*, tomo I. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 23.

inclusive no ambiente de trabalho (a empresa); (4) O aprendizado envolve técnicas para cometer o crime, os motivos e a racionalização das atitudes; e (5) Um certo impulsionamento na medida em que além de ser aprendida, a realização depende de definições favoráveis ou desfavoráveis ao cometimento do delito.⁵²

Sob tal perspectiva ambiente o corporativo, conforme as definições favoráveis ou desfavoráveis ao delito, induz o homem a assimilar a linguagem, as técnicas e as justificações, o que permite identificar tal ambiente como criminógeno ou não.⁵³ Na esteira da compreensão da complexa criminalidade econômica encontra eco, ainda, a teoria da escolha racional. Extraída do pensamento de Gary Becker e tomada como um referencial utilitarista bastante adequado ao *homo economicus*⁵⁴, ela permite compreender o delito cometido em benefício da empresa como uma escolha racional na busca pelo lucro. Destarte, ainda que se possa validamente questionar se o homem é movido exclusivamente por interesses econômicos ou, alternativamente, se paixões influenciam decisões econômicas, delitivas inclusive, tal fato não retira a validade das teorias da escolha racional nesta quadra investigatória. Parece certo que não vivemos em um mundo de *econs* - calculadores racionais de custos e benefícios -, mas tão somente faz com que elementos de economia comportamental devam ser trazidos para a análise do comportamento inadequado.⁵⁵

Se o cometimento do delito importa em riscos não calculados quando da decisão de empreender, por qual razão a empresa optaria pelo seu cometimento?

Outras explicações podem ser encontradas numa atuação de dirigentes voltada para a glorificação do êxito (Teoria da anomia, Merton)⁵⁶ em detrimento da realização concreta e conformada regularmente da atividade econômica. Tal fato abre espaço à produção de lucros artificiais por meio da superestimação de receitas e minimização de custos, atuação especulativa ou fraudulenta, o que propicia elevadas remunerações aos gestores. Ademais, a existência de oportunidades delitivas no âmbito da estrutura empresarial favorece a decisão no sentido do

⁵² SUTHERLAND, Edwin H. ; CRESSEY, Donald R. ; LUCKENBILL, David F, op. cit., nota 51.

⁵³ GIL VILLA, *Introducción a las teorías criminológicas. Por que rompemos con la norma*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 46-47.

⁵⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.40.

⁵⁵ THALER, Richard H.. *Comportamento inadequado: A construção da economia comportamental*. Coimbra: Conjuntura Actual Editora, 2016, p. 19-23.

⁵⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.43-45. Tomando em Merton a perspectiva de que criminosos do colarinho branco são pessoas acomodadas, avarentas e que tem desejos ilimitados: FITOR MIRÓ, Juan Carlos, op. cit., p. 57.

cometimento de crimes (possibilidade de celebrar um megacontrato com o poder público, de deixar de pagar vultosa parcela de imposto se adotado um expediente etc.).⁵⁷

Em síntese, sob o prisma da criminologia empresarial é preciso constatar que a empresa é um ambiente de aprendizagem social, local onde, embora os homens ali presentes mais se aproximem das figuras dos *econs*, pelo condicionamento finalístico da busca do lucro, existem variáveis que podem estimular a busca pelo ganho econômico em detrimento da governança corporativa ou da observância das leis. E isso se manifesta com maior intensidade diante de determinados momentos ou das possibilidades de negócios.

Nesse sentido, as empresas buscam alcançar o poder econômico, obtendo benefícios econômicos ao menor custo possível, em um espaço de tempo muito curto, buscando sua expansão, domínio de mercado e estabelecimento econômico como resultado de tudo isso. Isso implica que eles subordinam a lei aos seus interesses corporativos. Para explicar por que as empresas e seus diretores praticam atos criminosos em benefício corporativo, observamos a existência de uma regulamentação que premia a obtenção de lucros, colocando-os antes da legalidade, um isolamento social dos diretores, que interagem entre os pares, e a implementação de um sentimento de irresponsabilidade para com a sociedade em geral. Da mesma forma, destaca-se a separação entre acionistas e administradores como fator de incentivo ao comportamento criminoso, em aplicação da divisão de responsabilidades.⁵⁸

Se, por um lado, a sonegação fiscal é um meio ilegítimo de obtenção de recursos para a atividade econômica e, conseqüentemente, um impulsionador do lucro, a empresa, sob o prisma da ordem jurídica, não visa exclusivamente o lucro.

Todos precisamos respirar para viver, mas não vivemos para respirar. Da mesma maneira, a empresa tem de gerar lucros para investir e sobreviver. Mas não vive para lucrar. O lucro serve à empresa, mas a empresa não serve ao lucro. Além de gerar lucros para si e seus acionistas, a empresa tem responsabilidade para com funcionários, clientes e fornecedores, com o meio ambiente e as comunidades em que se insere. Tem de sujeitar-se às leis, pagar os impostos. O lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcaturias, nem à custa dos concorrentes. A concorrência desleal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial. A empresa moderna requer eficiência, produtividade, qualidade de produtos e serviços, e ela tem de atingi-las com ética e responsabilidade social.⁵⁹

⁵⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, p.45-47.

⁵⁸ FITOR MIRÓ, Juan Carlos, op. cit., p. 56.

⁵⁹ MOREIRA, Marcílio Marques. “Existe uma Ética do Mercado?”. *Revista do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial*, nº 10, ano 5, agosto de 2008. Fonte: http://www.etc.org.br/user_file/revista/etco_10.pdf - Acesso em: 22 jul 2013.

Na perspectiva da ordem econômica, a sonegação fiscal gera um desequilíbrio entre concorrentes, facilita o surgimento de grupos econômicos maiores e supostamente mais eficientes, que acabam por absorver o mercado. Como se sabe, quanto maior é o poder econômico dentro de um mercado específico, menos operará com eficácia o princípio da livre concorrência. Tendencialmente os abusos poderão se tornar mais frequentes. Ademais, quanto maior o poder econômico de determinado grupo, maior sua influência no processo político e legislativo, o que pode consolidar uma ordem jurídica que favorece esse tipo de atuar criminoso em detrimento da atuação em conformidade.⁶⁰

Como em qualquer conduta criminosa, nas ações dos criminosos de colarinho branco são valorizados os custos de oportunidade da renda sonegada, as chances de ser detectado e punido e a maior ou menor aversão ao risco. Eles a realizam para conseguir algo que desejam.⁶¹

Outrossim, apesar de o corte empreendido por Sutherland dirigir-se a pessoas de elevada estatura social, a criminologia empresarial tem, desde a perspectiva de Edelhertz, trabalhado com a noção de que o crime do colarinho branco se caracteriza como um ato ou uma série de atos ilegais cometidos por meios não físicos e por fraude (engano) para obter dinheiro ou propriedade, para evitar o pagamento ou a perda de dinheiro ou propriedades, ou para obter proveito em negócios ou vantagens pessoais.⁶²

Destarte, a política criminal econômica a ser desenvolvida no âmbito dos delitos fiscais deve, por premissa, alcançar e limitar os benefícios outorgados de sorte que o móvel da conduta, o engano, a fraude, o descumprimento deliberado do dever de recolher o tributo, sejam adequadamente contidos e minimizado o impacto da conduta penalmente relevante.

3.2 Racionalidade da política criminal empresarial e análise econômica das normas penais empresariais

Quando se fala em política, segundo uma compreensão técnica, está a se referir à forma de governo do Estado, que se relaciona com a gestão, a partir de uma determinada esfera de

⁶⁰ No mesmo sentido: “Os efeitos da concentração de poder nas mãos de entidades dessa magnitude as tornam entidades autônomas em seu funcionamento, mesmo dominando o poder político. O que permite até certo ponto que eles não sejam afetados por controles externos. Detendo um poder econômico crescente, manipulam a opinião pública controlando a mídia e influenciam a política por meio do controle econômico em suas mais diversas formas, seja legal ou fora da lei.” (FITOR MIRÓ, Juan Carlos, op. cit., p. 56.)

⁶¹ FITOR MIRÓ, Juan Carlos, op. cit., p. 56-57.

⁶² FITOR MIRÓ, Juan Carlos, op. cit., p. 57.

poder, dos negócios públicos. Ela possui manifestações muito diversas segundo o tipo de atividade que é objeto da administração (política sanitária, política educacional, política de saúde pública, política econômica etc.). A política econômica, por exemplo, oferece uma perspectiva para a gestão dos recursos econômicos segundo o papel desempenhado pelo Estado (a forma como se admite a intervenção estatal na economia, a liberdade de empresa, as relações de trabalho, o regime de seguridade social, o regime fiscal, os subsídios etc.).⁶³ Uma dessas manifestações da política é a chamada política criminal. Ela designa a abordagem que, a partir da esfera estatal, é estabelecida para lidar com o fenômeno criminal desde a seleção de comportamentos que serão assim qualificados, como aspectos relacionados à segurança dos cidadãos, direitos dos acusados, a funcionalidade do sistema de justiça entre outros temas. A exposição do problema, a argumentação em torno das propostas passíveis se serem utilizada, desde a opção pela não criminalização ou descriminalização até a própria criminalização e criação de seu estatuto.⁶⁴ É um campo de decisões que deve informar aos operadores do direito, de sorte a não ampliar o que se pretendeu regular e nem restringir objetos do processo decisório.

Política criminal é aquele setor do conhecimento que tem como objeto o estudo do conjunto de medidas, critérios e argumentos que empregam os poderes públicos para prevenir e reagir frente ao fenômeno criminal.⁶⁵

Refletir, portanto, sobre uma política criminal para a delinquência econômica e empresarial significa não ignorar o conluio que muitas das vezes se manifesta entre os poderes político e econômico, que compartilham interesses e se protegem mutuamente.⁶⁶ Conluio este que se reflete em legislações mais brandas para a criminalidade dos poderosos e que, não bastasse isso, conta com alguma leniência por parte de uma parcela relevante do Judiciário.

Com efeito, em todos os momentos históricos e em todos os espaços geográficos, os grandes monopólios do poder econômico, político, social ou religioso, quando abusaram do seu poder infringindo a lei, influenciaram decisivamente aqueles que têm o poder de lhes aplicar as regras de modo a evitar submeter-se a elas. E na medida em que historicamente o próprio Judiciário fez parte das estruturas tradicionais desse poder, pode-se entender que a Justiça não tem sido aplicada com o mesmo padrão a todos os cidadãos. Os poderosos têm tido mais oportunidades de violar a lei sem que lhes seja imposto qualquer tipo de responsabilidade criminal, seja porque (quase sempre), a ação penal nem sequer foi dirigida contra os infratores, seja porque, se

⁶³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano CURSO DE POLÍTICA. CRIMINAL 3ª Edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 19.

⁶⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, op. cit., p. 19-20.

⁶⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, op. cit., p. 21.

⁶⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, op. cit., p. 250.

processados, a desistência da causa (a anulação do processo, v.g.) ou a absolvição gratuita foram alcançadas.⁶⁷

A evolução de um Estado Liberal para um Estado Intervencionista faz surgir ao lado da delinquência relacionada ao patrimônio individual (roubo, furto, apropriação indébita e pequena fraude etc.), outros crimes de viés econômico que eram desconhecidos e tolerados.⁶⁸ Essa virada político-criminal demonstra a ruptura com o paradigma da propriedade privada como dogma absoluto e o modelo de mercado autorregulado como solução para todos os problemas econômicos da sociedade.⁶⁹ Ao lado da visão de que os ataques a ativos individuais deveriam ser severamente punidos, o Estado intervencionista que não confia na autorregulação dos mercados, intervém para garantir condições de funcionamento do próprio sistema econômico e resguardar certos interesses que lhe são próprios e permitem atuar, como a arrecadação fiscal.

O casamento entre política econômica (política fiscal, neste caso) e política criminal deve, portanto, ter em vista a união entre Direito e Economia, afinal, relações econômicas são fortemente influenciadas pelas normas jurídicas, inclusive penais. O modo como a empresa vai se organizar será fortemente influenciado pela regulação jurídica, como ocorre na vigente política criminal do Compliance.⁷⁰ Neste sentido, se assinala necessário estabelecer um ambiente de segurança jurídica onde a justiça penal não seja um obstáculo à livre iniciativa, mas que se possa reprimir aquelas atividades levadas a cabo com fraudes e coações.⁷¹

Sob uma perspectiva de análise econômica do Direito as normas penais precisam dissuadir as violações às regras de propriedade, pois tão somente assim a circulação da propriedade se fará com os menores custos de transação (Coase), facilitando o próprio desenvolvimento econômico.⁷² É de se notar que a premissa não parte de uma perspectiva estritamente liberal de propriedade senão da propriedade ajustada ao regime jurídico de sua conformação. Em outros termos, ao modo como o modelo econômico estabelecido na

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, op. cit., p. 253.

⁶⁹ A crise dos *subprimes* (2008) demonstra o fracasso de um mercado livre de qualquer regulação estatal: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: Uma política criminal na era Compliance*. Coimbra, Almedina, 2019, p.13.

⁷⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit. nota 45, 73-89

⁷¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*, Traducido por Manual Abanto Vázquez. 2.ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 37.

⁷² RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito: Uma introdução*. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 204.

Constituição conforma essa propriedade e sua circulação. Destarte, se existe a incidência de tributos sobre a circulação da propriedade em determinado caso, a regra de funcionamento do mercado aponta que para todos os operadores os custos de transação devem ser idênticos, de sorte a possibilitar que a disputa pelo mercado se faça com base na eficiência. Assim, quando o Estado expressa sua opção político-criminal no sentido da criminalização de um dado comportamento, parece intuitivo que as eventuais limitações nessa decisão devem decorrer estritamente do que foi objeto de decisão político criminal. Não pode a jurisprudência, por mais que se pretenda invocar uma interpretação mais benéfica, transcender os limites político-criminais de uma benesse sob pena de frustrar não apenas a política criminal ali materializada, mas a própria política fiscal que dá base ao Estado Social. Não se pode interpretar dispositivos penais em afronta aos princípios de vigência e da unidade sistemática. Entre duas interpretações possíveis para um dispositivo a mais adequada é aquela que encontra o sentido das palavras no sentido de reforçá-lo e não negá-lo. Por outro lado, a ideia de uma unidade sistemática conduz a uma interpretação que obriga o reconhecimento da validade simultânea de todos os preceitos que compõem o ordenamento jurídico.⁷³

Estamos diante de matéria de direito estrito, como ocorre nas causas de justificação, que anulam a tipicidade de determinados fatos⁷⁴, pois decorrente da própria essência do Direito Penal Econômico, deita seus limites imanentes na política econômica que lhe dá substrato.

Evidentemente, o aprofundamento do estado social também contribuiu, e contribuirá, para a persecução e punição desse conjunto de atos criminosos. Neste momento está a tornar-se claro para o público que a apropriação de fundos públicos constitui uma apreensão ilícita do dinheiro de todos os contribuintes, que quem rouba ao Estado já não é um "esperto", mas sim um insensível que atrapalha o bem-estar social, que o banqueiro que, ao abusar de informações privilegiadas, se beneficia de operações milionárias na bolsa, está colocando em risco a credibilidade do sistema financeiro e prejudicando a economia do país... Ainda há muito a ser feito, mas o infrator de processo e gravata, quando infringir a lei penal, já é qualificado como "delinquente", como qualquer outro cidadão que comete ato punível, seja ele qual for.⁷⁵

⁷³ COBO DEL ROSAL, M.; VIVÉS ANTÓN, T.S., op.cit., p. 120.

⁷⁴ Não vemos, entretanto, no momento, espaço no direito brasileiro para outras causas supralegais de justificação e menos ainda para o extenso rol de causas legais, geralmente citado nos tratados de origem alemã. É que, entre nós, a inclusão, no Código Penal, como causas legais, do exercício regular de direito e do estrito cumprimento do dever legal, inexistentes no Código alemão, fez com que tais causas legais operem como verdadeiros gêneros das mais variadas espécies de normas permissivas espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, abrangendo-as todas. Assim, por exemplo, a “atuação como representante do poder estatal”, o “direito de correção e de educação” etc., do direito alemão, ou o uso legítimo de armas, do direito italiano, se incorporam, entre nós, em uma das causas legais antes mencionadas. (TOLEDO, Francisco de Assis, op.cit., p. 172)

⁷⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, op. cit., p. 257.

4. Disciplina legal relativa ao parcelamento. Introdução.

Ao longo das últimas três décadas houve uma profusão de leis prevendo consequências penais decorrentes do pagamento ou do parcelamento dos valores sonegados ou apropriados e das respectivas multas tributárias e encargos legais incorridos. Apesar da profusão legislativa típica do âmbito tributário, a questão não é complexa, como será analisado a seguir.

Dito isso, a expressão “crimes fiscais” foi usada para abarcar tantos os crimes previstos na Lei nº 8.137/90⁷⁶ quanto os crimes de sonegação e apropriação previdenciária previstos no art. 168-A e 337-A do Código Penal. Já a expressão “crimes tributários” se limitou aos crimes previstos na Lei nº 8.137/90⁷⁷ e “crimes previdenciários” se limitou aos crimes previstos no art. 168-A e 337-A do Código Penal.

Os crimes de descaminho e contrabando, por se tratarem de crimes formais (de perigo), dizerem respeito à proteção aduaneira (distinta da questão tributária) e não serem afetados pelo pagamento/parcelamento dos tributos devidos, não são objetos desse documento.

4.1 Dever de pagar tempestivamente tributos

Em tese, valores devidos ao fisco devem ser pagos no momento de seu vencimento. Existe não só um dever fundamental de pagar tributos, mas também um dever de os pagar tempestivamente. O diferimento do pagamento incapacita o Estado brasileiro para custear suas demandas impostergáveis, necessidades que ocorrem a tempo e modo segundo o papel que o Estado assume perante a coletividade. A compreensão do bem jurídico tributário à luz de uma teoria social permite destacar características comuns diferentes objetos jurídicos do Direito Penal Econômico⁷⁸, dentre as quais sua vinculação às ideias de solidariedade, igualdade e justiça, próprias de um Estado social.⁷⁹ Em outros termos, parece adequado extrair do sistema

⁷⁶ BRASIL, Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

⁷⁷ Idem 77.

⁷⁸ Segundo Hefendehl os bens coletivos, próprios de uma teoria social do bem jurídico, teriam certas características comuns a saber: 1) a não exclusividade no gozo e a não rivalidade no consumo, são bens impossíveis de serem atribuídos por cotas; 2) uma certa dimensão de confiança que neles se faz presente em delitos como moeda falsa (na moeda), corrupção (na probidade dos funcionários públicos) e mesmo no falso testemunho (no funcionamento da Justiça), o que demonstra que a lei vigente não é a “lei do mais forte”; 3) são bens vinculados aos valores de igualdade, justiça ou solidariedade, por isso bens jurídicos vinculados a uma visão de esquerda. Neste sentido: HEFENDEHL, Roland, *op.cit.*, p. 114/115.

⁷⁹ HEFENDEHL, Roland, *op.cit.*, p. 114.

tributário previsto na Constituição o dever fundamental de pagar tributos, por ser o meio principal, senão único, para viabilizar a justiça social nela declarada.⁸⁰ A título de exemplo, tratamentos médicos se não administrados no momento correto por falta de recursos acarretam não só o agravamento das doenças e o maior dispêndio de valores para seu enfrentamento, mas também a morte desnecessária daqueles pacientes que não puderam ser tratados a tempo e modo. O dever de pagar tributos fica integralmente condicionado às condições legais que incluem, como é intuitivo, o momento de recolhimento de cada tributo.

4.2 Tipos de parcelamentos tributários

O parcelamento tributário é um instituto previsto no art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN) e, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), pode ser dividido em 2 grupos: o parcelamento convencional e os parcelamentos especiais.

O parcelamento convencional, disciplinado do art. 10 ao 14-F da Lei nº 10.522/2002⁸¹, está sempre disponível ao contribuinte e tem por finalidade atender às situações de normalidade institucional. Não há prazo para adesão, que pode ser realizada a qualquer tempo, tampouco restrição quanto a data específica de vencimento dos débitos, todavia existem restrições excepcionais quanto aos tipos de débitos que podem ser parcelados – em regra valores retidos na fonte não são parceláveis. Isso demonstra que os valores retidos de terceiros, por não possuírem relação com a situação econômica daquele que faz o pagamento, em regra nunca justificariam o parcelamento, uma vez que implicaria ao Fisco incentivar a apropriação de valores de terceiros.

Já os parcelamentos especiais são aqueles que trazem regras excepcionais, ou seja, seu propósito seria tratar de situações que fogem da normalidade institucional. Neles são fixados os prazos específicos para adesão e as restrições quanto aos tipos de débitos que podem ser incluídos, seja em razão do tipo de tributo, seja em razão da data de vencimento do débito ou ainda outro requisito que limite a inclusão de determinado débito no parcelamento. Desta forma, dívidas normalmente não parceláveis passam a ser parceláveis. Além disso, nos parcelamentos especiais há duas formas de pagamento: (a) à vista, com descontos mais significativos sobre o valor devido; (b) a prazo, ou seja, parcelado, com menores descontos sobre os valores devidos.

⁸⁰ FELDENS, Luciano, op. cit., p. 206/210.

⁸¹ BRASIL, Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

Para evitar o uso de expressões um tanto confusas como “parcelamento especial parcelado” e “parcelamento especial à vista”, os parcelamentos especiais serão chamados de programas especiais de extinção do crédito tributário, fazendo-se assim uso da terminologia usada pelo art. 156 do CTN. Ainda que a só concessão do parcelamento não seja uma causa de extinção do crédito, como se pode ver do próprio art. 156, o pagamento integral do parcelamento, como pagamento que é, extingue o crédito tributário nos termos do art. 156, inciso I, do CTN.

Para melhor compreensão, o Governo Federal disponibilizou através do Portal da Receita Federal os citados programas de extinção do crédito tributário: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/pagamentos-e-parcelamentos>.⁸²

4.3 Profusão de programas especiais de extinção do crédito tributário

A profusão de programas de parcelamentos tributários que outorgam variados benefícios, ora penais, ora exclusivamente tributários, abre espaço para uma análise concisa de cada um desses parcelamentos com o escopo de delimitar aquelas normas aptas a produzir efeitos na seara penal.^{83 84}

Ato(s) Normativo(s) Nome do Programa	Débitos passíveis de inclusão	Data Limite do Pedido de Inclusão	Benefícios	Quantidade de Parcelas
Lei nº 9.964/2000 Lei nº 10.002/2000 Refis	Débitos fiscais de pessoas jurídicas vencidos até 29/02/2000	14/12/2000 (até noventa dias, contados a partir da data de publicação da Lei nº 10.002/2000)	valor da parcela é calculado pela aplicação de um percentual da receita bruta mensal (0,3% a 1,5%)	ilimitado
Lei nº 10.684/2003 Paes	Débitos fiscais vencidos até 28/02/2003	31/07/2003 (último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação da Lei)	Redução de 50% nas multas que incidem sobre os débitos	Até 180 meses
Lei nº 11.345/2006 Timemania e Santas Casas	Débitos administrados pela RFB/PGFN/INSS	14/08/2007 (até a data de publicação do decreto que regulamenta esta Lei)	Redução de 50% nas multas que incidem sobre os débitos	Até 240 prestações mensais

⁸² Gov.br: Pagamentos, Parcelamentos e Taxas de Juros. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/pagamentos-e-parcelamentos>. Acesso em 2 nov 2022

⁸³ <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/parcelamentos-especiais>.

⁸⁴ Gov.br: Parcelamentos Especiais. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/parcelamentos-especiais>

	vencidos até 15/08/2007			
LC nº 123/2006 Ingresso no Simples Nacional 2007	Débitos de ME e EPP com União, Estados e Municípios e de seu titular ou sócio, vencidos até 30/06/2008	requerido no prazo estabelecido em regulamentação do Comitê Gestor.	Sem reduções	Até 100 parcelas mensais
LC nº 123/2006 Simples Nacional	Débitos apurados no Simples Nacional	20/08/2007	Sem reduções	Até 60 parcelas mensais
LC nº 128/2008 Ingresso no Simples Nacional 2009	Débitos de ME e EPP com União, Estados e Municípios e de seu titular ou sócio, vencidos até 30/06/2008	requerido no prazo estabelecido em regulamentação do Comitê Gestor.	Sem reduções	Até 100 parcelas mensais
MP nº 457/2009 Lei nº 11.960/2009 Lei nº 12.058/2009 Entes públicos municipais	Contribuições devidas por municípios, suas autarquias e suas fundações vencidos até 31/01/2009.	31/08/2009 (até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação da Lei 11.960)	Redução de 100% das multas de mora e de ofício e de 50% dos juros de mora	Até 240 prestações mensais
MP nº 449/2008 Lei nº 11.941/2009 Refis da Crise	Saldos remanescentes de Refis, Paes, Paex, MP nº 303/2008, art. 38 da Lei nº 8.212/1991, art. 10 da Lei nº 10522/2002, aproveitamento indevido de IPI, referentes a dívida vencidas até 30/11/2008	30/11/2009 (até o último dia útil do 6º (sexto) mês subsequente ao da publicação desta Lei.)	Reduções decrescentes quanto a multa de mora, multa de ofício, multa isolada, juros de mora e encargo legal se o pagamento for realizado à vista, em até 30, 60, 120 ou 180 prestações mensais	Até 180 meses
MP nº 470/2009 MP 470	Débitos de aproveitamento indevido de IPI	MP perdeu eficácia em 23/03/2010.	Redução de 100% das multas de mora e de ofício, de 90% das multas isoladas e de 100% do valor do encargo legal	Até 12 prestações mensais
Lei nº 12.688/2012 Proies	Débitos de instituições de ensino superior em grave situação econômico-financeira vencidos até 31/05/2012	31/12/2012 (art. 14) 30/09/2012 (art. 25)	12 meses de moratória	Até 180 prestações mensais
MP nº 574/2012 Pasep	Débitos dos Estados, DF, Municípios, suas autarquias e fundações, com o Fisco Federal relativos ao PASEP,	MP perdeu eficácia em 09/11/2012.	Redução de 60% das multas, de 25% dos juros e de 100% do encargo legal	Até 180 prestações mensais

	vencidos até 31/12/2011			
MP nº 589/2012 Lei nº 12.810/2013 Pasep	Débitos dos Estados, DF, Municípios, suas autarquias e fundações, com o Fisco Federal relativos ao PASEP, vencidos até 28/02/2013	30/08/2013 (último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente ao da publicação desta Lei)	Redução de 100% das multas de mora ou de ofício, de 50% dos juros de mora e de 100% do encargo legal	Até 240 parcelas
Lei nº 12.865/2013 Lei nº 12.973/2014 PIS e COFINS das Instituições Financeiras	Débitos de PIS e COFINS devidos por instituições financeiras e companhias seguradoras vencidos até 31/12/2013	31/07/2014 (útil do segundo mês subsequente ao da publicação da Lei decorrente da conversão da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013), ou seja, da edição da 12.973/14	Redução de 80% das multas de mora e de ofício, de 80% das multas isoladas, de 40% dos juros de mora e de 100% dos encargos legais	Até 60 parcelas mensais
Lei nº 12.865/2013 Lei nº 12.973/2014 IRPJ e CSLL (TBU)	Débitos de IRPJ e CSLL decorrentes da aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, vencidos até 31/12/2013	31/07/2014 (útil do segundo mês subsequente ao da publicação da Lei decorrente da conversão da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013), ou seja, da edição da 12.973/14	Redução de 80% das multas de mora e de ofício, de 80% das multas isoladas, de 50% dos juros de mora e de 100% dos encargos legais	Até 180 prestações
Lei nº 13.043/2014 Lei nº 13.097/2015 Ganhos de Capital	Débitos com o Fisco Federal de IRPJ e CSLL decorrentes de ganho de capital ocorrido até 31/12/2008	05/02/2015 Portaria Conjunto RFB/PGFN nº 148, de 26 de janeiro de 2015	Redução de 80% da multa isolada e das multas de mora e de ofícios, de 40% dos juros de mora	Até 60 meses
LC nº 150/2015 Contribuições Previdenciárias dos Empregador e dos Empregados Domésticos - Redom	Débitos previdenciários do empregador e do empregado doméstico vencidos até 30/04/2013	29/09/2015 (O parcelamento deverá ser requerido no prazo de 120 (cento e vinte) dias após a entrada em vigor desta Lei.)	Redução no pagamento à vista de 100% das multas e encargos e de 60% nos juros de mora	Até 120 meses
Lei nº 13.155/2015 Profut	Débitos vencidos até julho/2015	30/11/2015 (até o último dia útil do terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei.)	Redução de 70% das multas, de 40% dos juros de mora e de 100% dos encargos legais	Até 240 meses, com parcelas reduzidas nos primeiros 60 meses
Lei nº 13.496/2017 Pert	Débitos vencidos até 30/04/2017 , inclusive de parcelamentos	31/10/2017 (A adesão ao Pert ocorrerá por meio de requerimento	Reduções decrescentes quanto a multa de mora,	Até 120 prestações

	anteriores rescindidos ou ativos.	a ser efetuado até o dia 31 de outubro de 2017)	multa de ofício, multa isolada, juros de mora e encargo legal à medida que o número de prestações cresce	
Lei nº 13.586/2017 IRRF	Débitos relativos à diferença devida de IRRF cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31/12/2014	31/01/2018 (IN RFB nº 1.780, de 2017)	Redução de 100% das multas de mora e de ofício	Até 12 parcelas
Lei nº 13.606/2018 PRR – Programa de Regularização Tributária Rural	Débitos do produtor rural pessoa física ou do produtor rural pessoa jurídica vencidos até 30/08/2017	28/12/2018 , sexta-feira, já que 31/12/2018 não é dia útil	Redução de 100% (cem por cento) do valor correspondente às multas de mora e de ofício e de 100% (cem por cento) dos juros de mora	Até 176 prestações
LC nº 162/2018 Pert-SN ou Simples Nacional 2018	Débitos de ME e EPP optantes do Simples Nacional vencidos até a competência do mês de novembro de 2017	05/07/2018 (90 dias após a entrada em vigor da LC)	Reduções decrescentes quanto a multa de mora, multa de ofício, multa isolada, juros de mora e encargo legal à medida que o número de prestações cresce	Até 175 parcelas
LC nº 193/2022 Relp	Débitos de MEI, ME e EPP, inclusive em recuperação judicial, que sejam optantes do SIMPLES vencidos até a competência de fevereiro/2022	29/04/2022 (último dia útil do mês subsequente ao da publicação da LC)	Reduções decrescentes quanto a multa de mora, multa de ofício, multa isolada, juros de mora e encargo legal à medida que o número de prestações cresce	Até 180 parcelas

4.4 Consequências penais dos programas especiais de extinção do crédito tributário.

De todas as normas citadas acima, apenas as Leis do Refis (Lei nº 9.964/2000⁸⁵), do Parcelamento Especial (Lei nº 10.684/03⁸⁶) e do Refis da Crise (Lei 11.941/09⁸⁷) preveem consequências penais para o deferimento da inclusão do contribuinte dentro dos programas especiais de extinção do crédito tributário.

Diferentemente destes Programas Especiais de Extinção do Crédito Tributário, a Lei nº 10.522/02⁸⁸, que trata da Lei do Parcelamento Ordinário, não prevê qualquer consequência penal para o deferimento do parcelamento ou para a quitação dos valores devidos dentro do parcelamento ordinário.

Isso quer dizer que as consequências penais dos Programas Especiais de Extinção do Crédito Tributário (Refis - Lei nº 9.964/2000⁸⁹, Paes - Lei nº 10.684/03⁹⁰, e Refis da Crise - Lei 11.941/09⁹¹), só ocorrem, como visto na tabela acima, quanto aos tipos específicos de créditos tributários, cujos vencimentos e pedidos de parcelamento ocorreram em datas específicas. Em outras palavras, quanto aos créditos ali tratados e que foram tempestivamente incluídos no Refis, Paes ou Refis da Crise.

Portanto, valores cuja quitação foi incluída formalmente nos demais Programas Especiais de Extinção de Crédito ou na Lei nº 10.522/02⁹² não ensejam qualquer consequência penal ou processual penal.

⁸⁵ BRASIL, Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19964.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

⁸⁶ BRASIL, Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

⁸⁷ BRASIL, Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/111941.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

⁸⁸ Idem 78.

⁸⁹ Idem 82.

⁹⁰ Idem 83.

⁹¹ Idem 84.

⁹² Idem 79.

5. Pagamento, parcelamento, suspensão e extinção da punibilidade dos crimes fiscais

5.1 Lei nº 8.137/1990 e lei nº 8.212/1991

Após a Constituição de 1988, a primeira norma geral editada a prever a extinção da punibilidade pelo pagamento dos valores incorridos em razão de crimes tributários foi a própria Lei nº 8.137/90⁹³ que previu os crimes tributários e a possibilidade de extinção da punibilidade desde que os pagamentos fossem realizados antes do recebimento da denúncia.⁹⁴

Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, **antes do recebimento da denúncia.**⁹⁵

Com a edição da Lei nº 8.212/91⁹⁶ que estabeleceu o Custeio da Seguridade Social, o art. 95 passa a prever, de forma especial, os crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária. Não há, porém, qualquer menção a extinção da punibilidade pelo pagamento.

Com a promulgação do art. 98 da Lei nº 8.383/91⁹⁷, o artigo 14 da Lei nº 8.137/90⁹⁸ foi revogado e o ordenamento jurídico brasileiro passou, então, a não prever qualquer hipótese de extinção da punibilidade pelo pagamento.

5.2 A lei nº 9.249/1995

Nos anos de 1995, a Lei nº 9.249/95⁹⁹, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, trouxe em seu bojo o retorno da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo:

⁹³ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em 2.1.2022.

⁹⁴ É de se observar que o dispositivo em questão permitia a extinção da punibilidade de comportamentos praticados por agentes públicos como a corrupção, a concussão, a advocacia administrativa e o extravio de livros fiscais que ocorrer o depurador pagamento do tributo pelo contribuinte. O que soava como um rematado absurdo.

Idem 79.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 2.11.2022

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm. Acesso em 02.11.2022

⁹⁸ Idem 77.

⁹⁹ BRASIL. Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em 2 nov 2022.

“Art. 34. **Extingue-se a punibilidade** dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o **pagamento do tributo ou contribuição social**, inclusive acessórios, **antes do recebimento da denúncia**”.(grifos meus)

Ao se analisar tanto o conteúdo da Lei nº 9.249/95¹⁰⁰, logo à sua ementa, é possível verificar que diz respeito à norma de aplicação geral, que trata de forma ampla de matéria tributária e penal tributária. Deste modo, com a edição da Lei nº 9.249/95¹⁰¹, a extinção da punibilidade apenas dos crimes fiscais previstos na Lei nº 8.137/90¹⁰². Passou a ser aplicada quando o pagamento do tributo era realizado antes do recebimento da denúncia, não havendo que se falar na referida extinção da punibilidade quando realizada após esse momento.

Outro ponto é que os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação previdenciária não foram abarcados pela Lei nº 9.249/95¹⁰³, pois como dito anteriormente, estavam previstos no art. 95 da Lei nº 8.212/91¹⁰⁴ e, posteriormente, incluídos no próprio Código Penal sem referências na Lei nº 8.137/90¹⁰⁵.

5.3 A lei nº 9.964/2000

A Lei nº 9.964/00 (Lei do Refis) não alterou esse quadro. Ela é explícita em limitar temporalmente seus efeitos jurídicos, penais e não penais, apenas aos créditos tributários devidos por pessoas jurídicas (pessoas físicas foram excluídas da Lei), vencidos até 29/02/2000 e cujo requerimento de inclusão no Refis ocorreu até 14/12/2000.

Em suma, trata-se de uma lei especial, por não se referir à totalidade de débitos tributários vencidos e vincendos, pretéritos e futuros. Alcança tão somente débitos pretéritos e até a data que especifica. O conteúdo e a ementa da Lei nº 9.964/00¹⁰⁶ (Refis) e sua ementa comprovam o caráter de lei especial dela. O art. 15 e seus parágrafos são ainda mais explícitos em demonstrar que a especialidade da norma não pretendeu revogar o art. 34 da Lei 9.249/95¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Idem 95.

¹⁰¹ Idem 95.

¹⁰² Idem 77.

¹⁰³ Idem 95.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

¹⁰⁵ Idem 77.

¹⁰⁶ Idem 82.

¹⁰⁷ Idem 95.

Analisando o caput do art. 15, primeiramente percebe-se que a suspensão da pretensão punitiva ficava limitada aos créditos incluídos no Refis “desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal”. Como dito anteriormente, apenas poderiam ser incluídos no Refis créditos de pessoas jurídicas vencidos até 29/02/2000 e cujo requerimento de inclusão ocorreu até 14/12/2000.

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, **durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.**

Em um segundo momento, a análise do §1º do art. 15 dispõe sobre a prescrição criminal, trazendo em sua literalidade que a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva”. Desta forma, enquanto o débito estiver sendo pago dentro do Refis não corre prescrição criminal.

Por fim, o §3º do art. 15 é explícito em afirmar que a extinção da punibilidade só ocorre quando há o “pagamento integral dos débitos fiscais parcelados dentro do Refis e desde que o deferimento de inclusão tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia”, ou seja, quando há a quitação integral de todas as parcelas devidas dentro do Refis.

Art. 15, § 3º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo **quando** a pessoa jurídica relacionada com **o agente efetuar o pagamento integral dos débitos** oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido **objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.**

Portanto, não houve revogação do art. 34 da Lei nº 9.249/95¹⁰⁸, uma vez que se trata de norma geral para os crimes contra a ordem tributária dispostos na Lei nº 8.137/90¹⁰⁹. Deste modo, ela não foi afetada pelas normas especiais criadas pela Lei nº 9.964/00¹¹⁰.

5.4 Lei nº 9.983/2000

Como visto, a Lei nº 9.249/95¹¹¹ disciplinou que exclusivamente nos crimes previstos na Lei nº 8.137/90 há extinção da punibilidade quando o agente promover o pagamento do

¹⁰⁸ Idem 95.

¹⁰⁹ Idem 77.

¹¹⁰ Idem 82.

¹¹¹ Idem 95.

tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. Já a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação previdenciária e apropriação indébita previdenciária foi regulamentada pela Lei nº 9.983/00¹¹², quando tais crimes deixaram de estar previstos na Lei nº 8.212/91 e passaram a ser incluídos no Código Penal.

Nesse sentido, o §2º do art. 168-A do Código Penal e o §1º do art. 337-A previram o “início da ação fiscal” como o marco legal relevante para que o pagamento das contribuições apropriadas ou sonegadas extinguissem a punibilidade.

Art. 168-A, CP

§ 2º **É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento** das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, **antes do início da ação fiscal.**

Art. 337-A

§ 1º **É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições**, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, **antes do início da ação fiscal."**

A expressão “ação fiscal” aqui deve ser entendida como abertura do procedimento de fiscalização por parte da autoridade fiscal, retomando assim a expressão usada no art. 47 da Lei nº 9.430/96¹¹³ e no art. 2º da Lei nº 4.729/1965¹¹⁴ (Lei que previa a sonegação fiscal antes da edição da Lei nº 8.137/90).

Outro ponto que deve ficar claro é a extinção da punibilidade do crime de sonegação previdenciária daquele que declara e confessa os valores devidos antes do início da ação fiscal, que tem efeitos bastante limitados em razão da relação de subsidiariedade e especialidade entre as condutas descritas no art. 337-A e no art. 168-A do Código Penal. Em ambos está presente o não recolhimento do tributo, todavia, na sonegação previdenciária a fraude aparece como elemento típico especializante. Tal fato dá uma nota, também, de subsidiariedade deste em relação à apropriação, que por ter menos requisitos e regime jurídico mais rigoroso, se faz o delito preponderante em muitos casos.

¹¹² BRASIL. Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19983.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.729, de 14 de maio de 1996. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

Como alinhado, o crime de sonegação previdenciária demanda o não repasse dos valores devidos e a ocorrência de fraude. Todavia, de acordo com o §1º do art. 337-A do Código Penal, a lei cria uma forma de extinção da punibilidade em razão de uma denúncia espontânea na qual se dispensa o próprio recolhimento das contribuições. O legislador se satisfaz, para fins de afastamento da punição, com a confissão que viabilizará futura execução fiscal. É preciso assentar que estamos diante de previsões específicas para os delitos previdenciários e que tem como referencial o início da ação fiscal. Não obstante exigir para a apropriação indébita previdenciária a confissão e o pagamento e não o fazer para a sonegação de contribuição previdenciária, por mais criticável que seja esta segunda opção, foi a política criminal materializada, ainda que proporcionando uma proteção deficiente ao bem jurídico.

Problemas em torno do enfrentamento adequado dos crimes tributários não são privilégio brasileiro como relata a doutrina espanhola sobre a evolução daquela legislação.

[...] que en el empeño de reducir el fraude fiscal adquiere enorme importancia el diseño del sistema de prevención y control. Por ello también ha existido preocupación por conocer la funcionalidad/disfuncionalidad del modelo de intervención penal [...] para mejorar los resultados de la lucha contra el fraude em sede penal. [...] En fechas correspondientes a oct. 2003, la Asociación que agrupa los inspectores de Hacienda Apife elaboro um documento em el que [...] se describían catorce fórmulas de evasión, la mayoría propiciadas por una legislación que deja importantes resquicios. “A veces tenemos a sansación de que se promueven normas que dificultan” la persecución del fraude y que benefician em “exclusiva” a contribuyentes de gran poder económico. El documento, aprobado por unanimidad em el XIII Congreso de la Asociación, denuncia que el fraude fiscal va em aumento, y de manera especial em los sectores financiero e inmobiliario.¹¹⁵

Por outro lado, é preciso destacar que as previsões trazidas pela Lei nº 9.983/00¹¹⁶, que alterou o Código Penal, veiculam normas de caráter geral. Tais normas não excluem a aplicação de normas especiais relativas ao parcelamento são colhidas em legislação própria. Destarte, seguem vigentes as normas previstas no Código Penal para os delitos tributários tendo como referencial o início da ação fiscal. Uma vez superado tal momento a aplicação se dirigirá, caso assim exista, para outros limites temporais previstos em disciplina especial.

¹¹⁵ AYALA GÓMEZ, Ignacio. “Antecedentes Legislativos de Los Delitos Contra La Hacienda Pública”. In: TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio (Dir.y Coord.). *Delitos e Infracciones Contra la Hacienda Pública*. Valencia: Tirant to Blanch, 2009, p. 25/26.

¹¹⁶ Idem 109.

5.5 A lei nº 10.684/2003 (PAES)

Insta suscitar que a Lei nº 10.684/03¹¹⁷ (Paes) não altera o quadro estabelecido pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95. Tal qual a Lei nº 9.964¹¹⁸ (Refis), a Lei nº 10.684/00¹¹⁹ (Paes) também é de caráter especial e apenas prevê consequências legais penais e não penais para débitos específicos, vencidos em datas específicas e cujo pedido de inclusão no Parcelamento Especial ocorreu até uma data específica.

Para ser exato, apenas débitos fiscais vencidos até 28/02/2003, cujo pedido de inclusão no Parcelamento Especial tenha sido feito até 31/07/2003 têm direito aos benefícios previstos na lei. Mesmo os benefícios penais previstos, se limitam a estes marcos, de forma que pagamentos ocorridos após 31/07/2003 não estão submetidos ao seu regime especial e não fazem jus à regra especial de extinção da punibilidade.

Dessa forma, conforme estipulado no art. 9º e parágrafos da lei supracitada, é possível chegar a conclusão da disposição de regime especial. O caput do art. 9º dispõe sobre a suspensão da pretensão punitiva “durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”. Já o parágrafo 1º do art. 9º, por sua vez, estabelece que “não corre prescrição criminal” enquanto os valores devidos estiverem sendo regularmente pagos dentro do Parcelamento Especial.

Para além das especificidades dos tipos de débitos, da data limite de vencimentos dos débitos e data limite de inclusão no programa, o parágrafo 2º do art. 9º também utiliza a expressão “pagamento integral”, empregada na Lei nº 9.964/00¹²⁰ em seu art. 15, no parágrafo 3º para se referir a quitação integral de todas as parcelas devidas dentro do Programa Especial de Extinção do Crédito Tributário.

Art. 1º Os **débitos** junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, **com vencimento até 28 de fevereiro de 2003**, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

(...)

Art. 4º **O parcelamento** a que se refere o art. 1º:

I - **deverá ser requerido**, inclusive na hipótese de transferência de que tratam os arts. 2º e 3º, **até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação desta Lei**, perante a unidade da Secretaria da Receita Federal ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, responsável pela cobrança do respectivo débito;

¹¹⁷ Idem 83.

¹¹⁸ Idem 82.

¹¹⁹ Idem 83.

¹²⁰ Idem 82.

(...)

Art. 9º **É suspensa a pretensão punitiva** do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **durante o período em que** a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes **estiver incluída no regime de parcelamento.**

§ 1º **A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.**

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente **efetuar o pagamento integral dos débitos** oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Consequentemente, o “pagamento integral dos débitos” previsto no art. 9º, §2º da Lei nº 10.684/03¹²¹ se refere à quitação integral de todas as parcelas devidas dentro do Parcelamento Especial, além de débitos passíveis de inclusão cujo requerimento foi realizado até 31/07/2003. Eventuais pagamentos ocorridos após 31/07/2003, mesmo que à vista, não fazem jus à extinção da punibilidade prevista no art. 9º, §2º da Lei nº 10.684/03¹²².

5.6 A lei nº 11.941/2009

Tampouco a Lei nº 11.941/09¹²³ muda o quadro legal mencionado até agora. Isso porque, trata-se da criação de mais um Programa Especial de Extinção de Créditos Tributários. Novamente se estabeleceram débitos específicos que poderiam ser incluídos no Programa, vencidos até uma data específica (30/11/2008) e cujo requerimento de inclusão deveria ser realizado até uma data limite (30/11/2009). Logo, já de plano percebe-se que os efeitos jurídicos da lei são limitados, se tratando a Lei nº 11.941/09 no ponto de norma especial.

Art. 69. **Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68** quando a pessoa jurídica relacionada com o agente **efetuar o pagamento integral** dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

¹²¹ Idem 83.

¹²² Idem 83.

¹²³ Idem 84.

Não se tratando de norma geral, a extinção de punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 8.137/90¹²⁴ continua sendo regulada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95¹²⁵, com efeitos limitados aos casos de pagamentos feitos antes do recebimento da denúncia criminal. Já a extinção da punibilidade dos crimes previdenciários continua prevista no Código Penal.

5.7 Lei nº 12.382/2011

Aplacando qualquer dúvida que ainda restasse, a Lei nº 12.382/11¹²⁶ tratou de forma ampla e geral das consequências do parcelamento tributário para eventual extinção da punibilidade. Foram incluídos seis parágrafos no art. 83 da Lei nº 9.430/96¹²⁷, que além de tratar de forma ampla sobre regras de direito tributário, regulamentava desde 1996 a representação fiscal para fins penais, em um primeiro momento nos crimes de sonegação tributário e posteriormente nos crimes de apropriação e sonegação previdenciárias.

Neste ponto, a redação dos parágrafos no art. 83 da Lei nº 9.430/96¹²⁸, ao adotarem forma idêntica àquela adotada pelas Leis nº 9.964/00¹²⁹ (Refis), nº 10.684/03¹³⁰ (Paes) e nº 11.941/09 (Refis da Crise) indica, de forma cognoscível, a intenção do legislador de estatuir um regime permanente de parcelamento e pagamento para todos os crimes tributários.

Outro ponto digno de nota é o parágrafo 5º do art. 83 da Lei nº 12.382/11¹³¹. Ele deixa claro que há débitos que não são passíveis de parcelamento. A Lei retoma, assim, o que já havia sido previsto no art. 14 da Lei nº 10.522/02¹³² (Parcelamento Ordinário).

Ademais, reforça que não há motivo para permitir que os devedores tributários possam captar de imediato e na íntegra os recursos dos contribuintes de fato para repassá-los ao Fisco de forma parcelada e distante no tempo, já que isto implicaria incentivar a apropriação de valores de terceiros. Nesse âmbito, o Plenário do STF, em 18/12/2019, foi explícito no RHC 163.334/SC em reprovar tal apropriação de valores ao dizer que “O contribuinte que deixa de

¹²⁴ Idem 77.

¹²⁵ Idem 95.

¹²⁶ BRASIL, Lei nº 12.283, de 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112382.htm>. Acesso em 3 nov 2022.

¹²⁷ Idem 110.

Idem 110.

¹²⁹ Idem 82.

¹³⁰ Idem 83.

¹³¹ Idem 123.

¹³² Idem 79.

recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90¹³³”.

De acordo com o parágrafo 6º do art. 83 da Lei nº 12.382/11¹³⁴, permanece ainda vigendo o art. 34 da Lei nº 9.249/95¹³⁵, ou seja, o apropriador/sonegador pode optar por parcelar ou por realizar o pagamento à vista do tributo e seus acessórios antes do recebimento da denúncia. Feito o parcelamento, a pretensão punitiva está suspensa durante sua validade, com extinção da punibilidade apenas ao final pela quitação integral dos valores devidos. No caso de pagamento à vista antes do recebimento da denúncia, a extinção da punibilidade ocorre já com a quitação do débito decorrente do pagamento.

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos **arts. 1º e 2º da Lei no 8.137**, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos **arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º **É suspensa a pretensão punitiva do Estado** referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, **desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal**. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 3º **A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva**. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 4º **Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput** quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o **pagamento integral dos débitos** oriundos de tributos, inclusive acessórios, **que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento**. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 5º **O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento**. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 6º **As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei no 9.249**, de 26 de dezembro de 1995, **aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia [sic] pela juiz**.

¹³³ Idem 77.

¹³⁴ Idem 123.

¹³⁵ Idem 95.

5.8 Lei nº 12.382/11 e revogação parcial do art. 34 da lei nº 9.249/95.

Conforme abordado, o art. 34 da Lei nº 9.249/95¹³⁶ não abarca os crimes previdenciários. A sua redação era silente quanto aos crimes previdenciários que estavam regulados, naquele tempo, no art. 95 da Lei nº 8.212/91¹³⁷. Com a edição da Lei nº 9.983/00¹³⁸, a não aplicação do art. 34 passa a ser ainda mais patente. Como já exposto, disposições próprias da apropriação indébita previdenciária e da sonegação previdenciária se valiam de outro referencial temporal, o “início da ação fiscal”, enquanto o “recebimento da denúncia” aparecia no art. 34 da Lei nº 9.983/00¹³⁹.

Em momento posterior, com advento da Lei nº 12.382/11¹⁴⁰ há uma nova norma geral sobre parcelamento, tal como visto em tópico anterior, a qual permite a suspensão da pretensão punitiva para crimes tributários e crimes previdenciários desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia.

Com isso, se o parcelamento da dívida pode ser feito até o recebimento da denúncia, inclusive nos casos de crimes previdenciários. Torna-se sem sentido exigir que o pagamento à vista dos valores tenha de ocorrer “antes do início da ação fiscal”. Bastaria então, ao sonegador/apropriador, em vez de pagar à vista, parcelar os tributos e acessórios devidos antes do recebimento da denúncia. Portanto, quanto a este ponto específico, a regra do art. 34 foi estendida também para os crimes previdenciários, já que é possível o pagamento à vista dentro do Parcelamento Ordinário da Lei nº 10.522/02¹⁴¹.

Não houve, contudo, revogação integral do art. 34. O art. 83 da Lei nº 9.430¹⁴², em seu parágrafo 5º incluído pela Lei nº 12.382/11¹⁴³, dispõe que há hipóteses em que o parcelamento está vedado e nesses casos não há que se falar em suspensão ou em posterior extinção da pretensão punitiva em razão da quitação integral do parcelamento. Para essas hipóteses, o art. 34 continua vigendo como hipótese alternativa de extinção da punibilidade exclusivamente dos crimes previstos na Lei nº 8.137/90¹⁴⁴.

¹³⁶ Idem 95.

¹³⁷ Idem 101.

¹³⁸ Idem 109.

¹³⁹ Idem 109.

¹⁴⁰ Idem 123.

¹⁴¹ Idem 79.

¹⁴² Idem 110.

¹⁴³ Idem 123.

¹⁴⁴ Idem 77.

Assim, para aquelas situações em que os débitos não são passíveis de parcelamento, previstos no art. 14 da Lei nº 10.522/02¹⁴⁵. São hipóteses de débitos decorrentes de crimes de sonegação/apropriação tributária previstos na Lei nº 8.137/90¹⁴⁶, a extinção da punibilidade ocorre desde que o sonegador/apropriador tributário faça o pagamento à vista dos tributos e acessórios antes do recebimento da denúncia, permanecendo vigente o art. 34 da Lei nº 9.249/95¹⁴⁷.

5.9 Síntese do arcabouço normativo dos efeitos criminais de pagamentos e parcelamentos tributários

Em suma, apesar da profusão legislativa típica do âmbito tributário, a questão não é complexa e pode ser sintetizada da seguinte forma:

(I) A lei ou disposição especial prepondera sobre a lei ou disposição de lei geral.¹⁴⁸ Logo, norma especial não revoga normal geral.

(II) As Leis nº 9.964/00¹⁴⁹ (Refis), nº 10.684/03¹⁵⁰ (Paes) e nº 11.941/09¹⁵¹ (Refis da Crise) são leis especiais e temporárias que regulamentam Programas Especiais de Extinção do Crédito Tributário, já que se referem débitos vencidos até datas específicas, pessoas específicas a serem beneficiadas, possuem prazos limite específicos para requerimento de inclusão, descontos específicos nos valores devidos e benefícios penais específicos.

(III) Como leis especiais, as Leis nº 9.964/00¹⁵² (Refis), nº 10.684/03¹⁵³ (Paes) e nº 11.941/09¹⁵⁴ (Refis da Crise) preveem cada uma a suas próprias consequências penais limitadas aos respectivos débitos.

(IV) Fora das previsões penais especialmente previstas, respectivamente para as Leis nº 9.964/00¹⁵⁵ (Refis), nº 10.684/03¹⁵⁶ (Paes) e nº 11.941/09¹⁵⁷ (Refis da Crise), não existem

¹⁴⁵ Idem 79.

¹⁴⁶ Idem 77.

¹⁴⁷ Idem 95.

¹⁴⁸ BRUNO, Anibal, op. cit., p. 275.

¹⁴⁹ Idem 82.

¹⁵⁰ Idem 83.

¹⁵¹ Idem 84.

¹⁵² Idem 82.

¹⁵³ Idem 83.

¹⁵⁴ Idem 84.

¹⁵⁵ Idem 82.

¹⁵⁶ Idem 83.

¹⁵⁷ Idem 84.

outros Programas de Extinção de Crédito Tributário que as prevejam, seja dentro de Parcelamento Ordinário (Lei nº 10.522/02¹⁵⁸), seja no extenso rol de Leis de Parcelamentos Especiais.

(V) O art. 83, caput e parágrafos, da Lei nº 9.430/96¹⁵⁹, com a redação dada pelas Leis nº 12.350/10 e 12.382/11¹⁶⁰, é a norma geral que regulamenta os efeitos do parcelamento nos crimes tributários (art. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90¹⁶¹) e de apropriação e sonegação previdenciária (168-A e 337-A, CP).

(VI) Nos termos do parágrafo 2º do art. 83 da Lei nº 9.430/96¹⁶², incluído pela Lei nº 12.382/11¹⁶³, o parcelamento para obstar a ação penal por crimes tributários (art. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90¹⁶⁴) ou de apropriação e sonegação previdenciária (168-A e 337-A, CP) precisa necessariamente ter sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

(VII) Nos termos dos parágrafos 2º e 4º do art. 83 da Lei nº 9.430/96¹⁶⁵, incluídos pela Lei nº 12.382/11¹⁶⁶, passa a ser possível a extinção da punibilidade dos crimes previdenciários pelo pagamento dos tributos e acessórios até o recebimento da denúncia, estendendo-se a regra do art. 34 também para os crimes previdenciários, já que o pagamento à vista, em parcela única, é possível dentro da Lei de Parcelamento Ordinário (Lei nº 10.522/02¹⁶⁷).

(VIII) Nos termos do art. 14 da Lei nº 10.522/02¹⁶⁸, há dívidas fiscais não passíveis de parcelamento:

Art. 14. É vedada a concessão de parcelamento de débitos relativos a: (Vide Medida Provisória nº 766, de 2017)

I – tributos passíveis de retenção na fonte, de desconto de terceiros ou de sub-rogação; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários – IOF, retido e não recolhido ao Tesouro Nacional;

III - valores recebidos pelos agentes arrecadadores não recolhidos aos cofres públicos.

¹⁵⁸ Idem 79.

¹⁵⁹ Idem 110.

¹⁶⁰ Idem 123.

¹⁶¹ Idem 77.

Idem 110.

¹⁶³ Idem 123.

¹⁶⁴ Idem 77.

¹⁶⁵ Idem 110.

¹⁶⁶ Idem 123.

¹⁶⁷ Idem 79.

¹⁶⁸ Idem 79.

IV – tributos devidos no registro da Declaração de Importação; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

V – incentivos fiscais devidos ao Fundo de Investimento do Nordeste – FINOR, Fundo de Investimento da Amazônia – FINAM e Fundo de Recuperação do Estado do Espírito Santo – FUNRES; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

VI – pagamento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, na forma do art. 2º da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

VII – recolhimento mensal obrigatório da pessoa física relativo a rendimentos de que trata o art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

VIII – tributo ou outra exação qualquer, enquanto não integralmente pago parcelamento anterior relativo ao mesmo tributo ou exação, salvo nas hipóteses previstas no art. 14-A desta Lei; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

IX – tributos devidos por pessoa jurídica com falência decretada ou por pessoa física com insolvência civil decretada; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009) (Vide Medida Provisória nº 766, de 2017)

X – créditos tributários devidos na forma do art. 4º da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, pela incorporadora optante do Regime Especial Tributário do Patrimônio de Afetação. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

(IX) Em relação a essas dívidas não passíveis de parcelamento, é possível a extinção da punibilidade quanto aos crimes previstos no art. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90¹⁶⁹, desde que o pagamento seja feito antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95¹⁷⁰.

6. Conclusão

Conforme o exposto, parcela significativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com ressalvas a alguns posicionamentos isolados, têm olvidado que leis especiais não revogam leis gerais e que leis posteriores revogam leis anteriores. Não fora bastante tal aspecto, têm levado a cabo interpretações que dão tamanho elástico às causas suspensivas da pretensão punitiva e extintivas da punibilidade que violam frontalmente o princípio da vigência e o da unidade sistemática. Criam definições muito mais favoráveis ao cometimento de crimes fiscais em relação ao cumprimento voluntário da lei.

¹⁶⁹ Idem 77.

¹⁷⁰ Idem 95.

A título de exemplo é possível colacionar a “solução jurisprudencial” do pagamento “a qualquer tempo” para fins de extinguir a punibilidade nos crimes tributários.

O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos - empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou **o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo.** 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente. (HC 116828 / SP, Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013) (sem grifos no original)

Recurso ordinário em habeas corpus. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP). Condenação. **Trânsito em julgado. Pagamento do débito tributário. Extinção da punibilidade do agente.** Admissibilidade. Inteligência do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. Ausência de comprovação cabal do pagamento. Recurso parcialmente provido para, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, determinar ao juízo das execuções criminais que declare extinta a punibilidade do agente, caso venha a ser demonstrada, por certidão ou ofício do INSS, a quitação do débito. 1. **Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03.** Precedentes. 2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito. 3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade. 4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS. 5. Recurso parcialmente provido. (RHC 128.245, MIN. DIAS TOFFOLI, DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016) (sem grifos no original)

[...] Com o advento da Lei 10.684/2003, **no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.** 2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado. (STJ: HC 362478 / SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 20/09/2017)

É de se ressaltar que inexistente norma que afirme que o pagamento possa ocorrer a qualquer tempo para fins de extinção da punibilidade. Nem mesmo o próprio dispositivo

invocado permite tal interpretação.¹⁷¹ Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já apreciara tal questão decidindo em sentido diametralmente oposto:

AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. **O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.**” (STF: HC nº 81.929/RJ (Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, DJ de 27/2/04) (sem grifo no original)

A referência no acórdão ao pagamento posterior à denúncia (“a qualquer tempo”) destaca o confronto entre o dispositivo posterior, o Art. 9º § 2º da Lei nº 10.684/03¹⁷², que instituiu regime especial de parcelamento e pagamento de débitos tributários, com a legislação precedente, a Lei nº 9.964/00¹⁷³, de mesmo teor, que limitava o pagamento até o recebimento da denúncia.

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos [arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e no [art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#), durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal. (sem grifo no original)

Como se vê, o dispositivo acima trata exclusivamente do pagamento decorrente do parcelamento. Para o eventual pagamento de forma direta, isto é, sem parcelamento, seguia

¹⁷¹ Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

¹⁷² Idem 83.

¹⁷³ Idem 82.

em vigor a norma da Lei nº 9.249/95¹⁷⁴, que limitava o momento temporal do pagamento ao recebimento da denúncia.

Art. 34. **Extingue-se a punibilidade** dos crimes definidos na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e na [Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965](#), **quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.** (sem grifo no original)

Por essas razões, quando se vai à *ratio decidendi* da referência a “qualquer tempo”, no julgado se percebe que o fundamento dogmático discorre sobre a possibilidade de pagamento ao longo de todo o estágio processual.

“Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios” (artigo 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito. Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídico-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, **não importando, igualmente, o estágio processual** (art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP)” (Heloísa Estellita, “Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: a Nova Disciplina da Lei nº 10.684/03, in Boletim IBCCRIM, SP, set. 2003, p. 2-3).

Em síntese, não é dado ao intérprete, nem mesmo a pretexto de interpretação mais benéfica ao acusado, reestruturar a norma que materializa a política criminal relativa aos delitos econômicos. Tal tipo de construção, assim como outras similares de mesma natureza, subvertem o escopo da política fiscal e criminal que deram ensejo ao processo de criminalização. Não é a jurisprudência o *locus* adequado a esse tipo de debate, mas o Congresso Nacional. Ademais, é preciso que a jurisprudência se forme em torno de um estímulo ao comportamento lícito e à repressão ao ilícito, sob pena de fazer tábula rasa não apenas aos princípios de índole penal como à proteção de bens jurídicos, mas também a outros princípios relativos à isonomia e moralidade fiscal, bem como ao resguardo da livre concorrência.

7. Bibliografia

BECERRA MUÑOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal: Bases para un análisis multidisciplinar*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

¹⁷⁴ Idem 95.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano CURSO DE POLÍTICA. CRIMINAL 3ª Edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2021.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARPIO BRIZ, David. Concepto y contexto del derecho penal económico. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *MANUAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE EMPRESA. PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo 2. Valencia: Tirant lo blanch, 2016, p. 17.

COBO Del ROSAL, M.; VIVÉS ANTÓN, T.S.. *Derecho Penal*, Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch libros, 1999.

ESPEJO POYATO, Isabel. Isabel. *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 266.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade do Risco”. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. In: PALMA, Maria Fernanda [El al] *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso de Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: Parte Geral: I A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982. II Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

FITOR MIRÓ, Juan Carlos. DELITO FISCAL. Un análisis criminológico. Valencia: Tirant lo blanch, 2018.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. El bien jurídico y su recepción en el derecho penal económico. In GARCÍA FALCONÍ, Ramiro; GRACIA MARTÍN, Luis; SCHÜNEMANN, Bernd; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal Económico, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

GARCÍA FALCONÍ, Ramon. *Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: las teorías de la criminalidad económica* in FALCONÍ, Ramon García; SCHÜNEMANN, Bernd; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal Económico, tomo I*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

GIL VILLA, *Introducción a las teorías criminológicas. Por que rompemos con la norma*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

HAMILTON, Sergio Demoro. O Custo Social de uma Legislação Penal Excessivamente Liberal. In: *Processo Penal: Reflexões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM* 87, 2010.

JESCHECK, Han-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Edición. Granada: Editorial Comares, 2002.

MOREIRA, Marcílio Marques. “Existe uma Ética do Mercado?”. *Revista do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial*, nº 10, ano 5, agosto de 2008. Fonte: http://www.etc.org.br/user_file/revista/etco_10.pdf - Acesso em: 22/ jul 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómica em el proyecto de Código Penal Español de 1994. In: PRADO, Luís Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Direito Penal Econômico e da empresa: Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2).

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. Cuestiones fundamentales de la parte general del Derecho penal económico y de la empresa: DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO PENAL PATRIMONIAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO. GALÁN MUÑOZ, ALFONSO; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. **MANUAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA**. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 5ª edición*. Madrid: Editorial Tecnos, 2021.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição, 5ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico. DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director); DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica, DE LA TORRE GARCÍA, Faustino García (Coordinadores). **DERECHO PENAL ECONÓMICO Y TEORÍA DEL DELITO**. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: Uma política criminal na era Compliance*. Coimbra, Almedina, 2019.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito: Uma introdução*. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

ROXIN, Claus; Traducción por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. *Derecho penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* Madrid: Civitas, 1997.

SACK, Fritz. Economización del ámbito de la criminalidade y su control. In: Eugenio Raúl ALBRECHT, Hans-Jörg; SIEBER, Ulrich; SIMON, Jan-Michel; SCHWARZ, Felix. Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal em la actualidad. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição [livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal Empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do Compliance. São Paulo: Editora LiberArs/CPJM, 2021.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980.

SUTHERLAND, Edwin H. ; CRESSEY, Donald R. ; LUCKENBILL, David F. *Principles of Criminology*. 11th Ed. New York: General Hall, 1992.

THALER, Richard H.. *Comportamento inadequado: A construção da economia comportamental*. Coimbra: Conjuntura Actual Editora, 2016.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*, Traducido por Manual Abanto Vázquez. 2.ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5ed, 6ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

La delincuencia económica desde una perspectiva criminológica crítica

Soffía Andrea Curatolo¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: El estudio de la criminalidad económica fue ensayada primeramente por Edwin Sutherland quien postuló la teoría de la asociación diferencial para intentar explicar las causas del delito, haciendo hincapié en que el crimen atraviesa todas las capas sociales, poniendo de manifiesto la enorme impunidad de los delitos de cuello blanco. Si bien entendemos que fue un punto de partida fundamental, dado que en la criminología no se había estudiado al respecto, es necesario incorporar y hacer énfasis en el poder punitivo, habida cuenta quienes llevan a cabo delitos económicos o de cuello blanco ocupan una posición dentro de la escala social de poder, y el poder opera como garantía de cobertura frente al sistema penal. Teniéndose en cuenta la dificultad de persecución y condena de estos delitos es que observamos la necesidad de repensar la teoría del delito para analizar la responsabilidad penal de las empresas.

Palabras clave: Delitos económicos – delitos de cuello blanco – criminalización secundaria – baja vulnerabilidad – poder punitivo – crimen organizado

Resumo: O estudo do crime econômico foi testado primeiramente por Edwin Sutherland que postulou a teoria da associação diferencial para tentar explicar as causas do crime, enfatizando que o crime atravessa todas as camadas sociais, revelando a enorme impunidade dos crimes do pescoço. Embora entendamos que foi um ponto de partida fundamental, visto que a criminologia não o estudou a esse respeito, é necessário incorporar e enfatizar o poder punitivo, visto que aqueles que praticam crimes econômicos ou de colarinho branco ocupam uma posição dentro da escala social de poder, e o poder opera como garantia de cobertura perante o sistema penal. Levando em consideração a dificuldade de processar e condenar esses crimes, observamos a necessidade de repensar a teoria do crime para analisar a responsabilidade penal das empresas.

¹ Abogada, Diploma de Honor, Especialista en Derecho Penal y Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cumpliendo funciones en el Poder Judicial de la Nación. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Contacto: soficuratolo@gmail.com.

Palavras-chaves: Crimes econômicos – crimes de colarinho branco – criminalização secundária – baixa vulnerabilidade – poder punitivo – crime organizado

1. Introdução

El presente artículo tiene por finalidad analizar la delincuencia económica desde un enfoque criminológico, ya que este tipo de criminalidad ha sido generalmente relegada en esta disciplina, haciendo hincapié en los delitos contra la vida, integridad física, sexual y propiedad, es decir, aquellos que pueden considerarse tangibles.

Para ello, abordaremos el concepto de delito de cuello blanco, terminología que, desde la óptica criminológica, fue ensayada por primera vez por Edwin Sutherland, quien marcó la relación entre esferas que nunca habían sido vinculadas en los análisis en ese ámbito, como así también la vinculación con el crimen organizado; y por otra parte, el concepto de derecho penal económico y la gama de delitos que se encuentran incluidos en esta rama del derecho penal.

Posteriormente nos abocaremos a los aspectos centrales de las problemáticas de estos delitos, desde la dificultad para su investigación y, por otro lado, poniendo de relieve la afectación que producen en las sociedades desiguales, inequitativas y excluyentes.

Finalmente, postularemos la necesidad de repensar la teoría del delito para el abordaje de la responsabilidad penal de las empresas.

2. Desarrollo

a) Concepto de delito de cuello blanco

Como pionero en la cuestión de la criminalidad económica corresponde comenzar señalando a Sutherland (1883-1950), quien estudió en Chicago y fue profesor en las universidades de Illinois, Minnesota, Chicago e Indiana. Enunció la teoría de la asociación diferencial en la edición de su libro *Criminology* en 1939 y la modificó en 1947, sintetizándola en nueve asertos básicos: 1) la conducta criminal se aprende, como cualquier otra actividad; 2) el aprendizaje se produce por interacción con otras personas en un proceso de comunicación; 3) la parte más importante del aprendizaje tiene lugar dentro de los grupos personales íntimos; 4) el aprendizaje del comportamiento criminal abarca tanto las técnicas de comisión del crimen como la dirección específica de los motivos, actitudes, impulsos y racionalizaciones; 5) la

dirección específica de los motivos e impulsos se aprende de definiciones favorables o desfavorables a ellas; 6) una persona se vuelve delincuente por el efecto de un exceso de definiciones desfavorables a la violación de la ley, que predominan sobre las definiciones desfavorables a esa violación (este es el principio de asociación diferencial); 7) las asociaciones diferenciales pueden variar tanto en frecuencia, como en prioridad, duración e intensidad; 8) el proceso de aprendizaje del comportamiento criminal por medio de la asociación con pautas criminales y anticriminales comprende los mismos mecanismos abarcados por cualquier otro aprendizaje; 9) si bien el comportamiento criminal es expresión de necesidades y valores generales, no se explica por éstos, dado que el comportamiento no criminal también es expresión de los mismos valores y necesidades¹.

El autor publicó el famoso libro *White Collar Crime* en el cual explica que el crimen atraviesa todas las capas sociales, poniendo de manifiesto la enorme impunidad de los delitos de cuello blanco.

Pues bien, ¿cómo define Sutherland al *delito de cuello blanco*? Señala que el delito de cuello blanco puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación². Básicamente se utiliza este término para hacer referencia a empresarios y ejecutivos.

Esto quiere decir que esta conducta criminal es llevada a cabo por las capas superiores -económicamente hablando- de la sociedad, que en la criminología no fue advertida sino hasta hace muy poco tiempo. Aquí Sutherland identificó correctamente este campo específico de investigación criminológica, que había pasado o que habían hecho pasar hasta ese entonces, desapercibido.

Estas violaciones a la ley por parte de integrantes de la clase socioeconómica alta son llamadas, convenientemente, “delitos de cuello blanco”. Sin embargo, excluye las estafas de los miembros ricos, ya que no se trata de personas de respetabilidad y estatus social alto.

En palabras de Rafaela Miareli Rosa: “*os crimes de colarinho branco tem intrínseco à sua existência o sujeito ativo que, consiste em pessoa de notório status social no exercício de*

¹ Zaffaroni, E.R. (2017). *La Palabra de los Muertos*. Buenos Aires: Ediar, p. 184.

² Sutherland, E. H. (2021). *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires: Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, p. 9.

*sua atribuição e o objetivo exclusivamente pecuniário desses delitos, culminando com a obtenção ilegal de quantia vultuosa*³.

Aquí cabe señalar que compartimos la postura de Sutherland en cuanto sostiene que: *“las personas de la clase socioeconómica alta participan en muchas conductas criminales delictivas; que este comportamiento criminal difiere del de la clase socioeconómica baja, principalmente en los procedimientos administrativos utilizados en el tratamiento de los delincuentes...”*⁴.

Como pone de relieve Aller, esto quiere decir que el concepto de delito de cuello blanco guarda relación con el dinero, con la educación, con el estatus, pero cada uno en grado relativo, en tanto que el factor esencial es el poder. Asimismo, la demostración de que los delitos de cuello blanco se producen en grandes cantidades y alto contenido dañoso implica que el concepto de delito y su tratamiento también deban revisarse, puesto que el sistema capta solamente algunos pocos casos de este tipo de criminalidad⁵.

En su cuarta edición de *Principios de Criminología* (1947), Sutherland dedicó varias páginas a la criminalidad de cuello blanco, explicando que en ese caso el delito es mucho más general y penetrante que en la criminalidad ordinaria. Esos actos son generalmente delitos en el sentido estricto de la palabra, pero su persecución se torna compleja, dificultosa y de escaso éxito debido a que son vistas como conductas triviales, a la dificultad de obtener y asegurar la prueba y a otras razones que impiden que esos criminales sean capturados. Incluso señala el autor que algunas conductas no son estrictamente delitos, pero concluye que deberían serlo⁶.

El citado autor también apunta a que si sumado a los delitos ya conocidos y sencillos se le adiciona la otra parte de la realidad, la que conjura a estos tipos de ciudadanxs que abusan de su poder espuriamente, entonces se vislumbra que el sistema no está siendo construido para captar a estas personas, sino únicamente para alcanzar *“un tímido suceso en la punición de un puñado de marginales”*⁷.

³ Miareli Rosa, R. (2015). *Os crimes do “colarinho branco”*. Obtenido de: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43453/os-crimes-do-quot-colarinho-branco-quot>. Consultado el: 12/1/23.

⁴ Sutherland, E. H. *El delito de cuello blanco*. ob. cit., p. 9.

⁵ Sutherland, E.H. citado por Aller, G. (2011). *Criminalidad del Poder Económico*. Buenos Aires: Editorial B de F, ps. 83/84.

⁶ Sutherland, E.H. citado por Aller, G. *Criminalidad del Poder Económico*. ob. cit. p. 79.

⁷ Aller, G. *Criminalidad del Poder Económico*. ob. cit., p. 85.

b) La criminalización secundaria conforme a estereotipos: lxs autorxs de los delitos de cuello blanco no encuadran en ellos

Por tal razón, es dable destacar que Zaffaroni, Alagia y Slokar nos enseñan que, en la criminalización la regla general es la selección por hechos burdos o groseros y las personas que causen menos problemas por su incapacidad de acceso positivo al poder político y económico o a la comunicación masiva. Por ello, los hechos más groseros cometidos por estas personas son los que terminan siendo proyectados por la comunidad como los únicos delitos y las personas seleccionadas como lxs únicxs delincuentes. Esto lo que conlleva es la creación de un estereotipo imaginario colectivo, por lo que se termina fijando una imagen pública del/a delincuente con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo termina siendo el principal criterio de criminalización secundaria⁸.

Lo que genera la selección criminalizante secundaria conforme a estereotipos es que condiciona todo el funcionamiento de las agencias del sistema penal, en forma tal que éste es casi inoperante para cualquier otra selección, en el caso que aquí nos interesa, es impotente frente a los delitos del poder económico (llamados de *cuello blanco*)⁹.

Además, en la etapa de la criminalización secundaria, la delincuencia económica no tiene rechazo social, y por ello no hay proceso de estigmatización, ni autoimagen negativa de delincuente; como mencionamos anteriormente los estereotipos corresponden a personas cuyo estado de vulnerabilidad ante el poder punitivo es alto, que cometen operas toscas y no delitos complejos.

En consonancia con ello, corresponde remarcar que para Zaffaroni, Alagia y Slokar se debe tomar en cuenta el dato de la selectividad y analizar el esfuerzo personal que haya realizado la persona para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. Con relación al estado de vulnerabilidad, aquel se integra con los datos que hacen a su estatus social, clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se le aplica, etc., es decir por su posición dentro de la escala social. Por eso, compartimos con los autores que es posible afirmar que las personas de mayores rentas y más cercanas al poder, el riesgo de criminalización es escaso, es decir, tienen un bajo estado de vulnerabilidad o alta cobertura. Aquí es donde podemos ubicar a las personas que llevan a cabo los delitos económicos, y una de las razones por las cuales no hay investigaciones al respecto y /o condenas.

⁸ Zaffaroni, E.R., Alagia, A., y Slokar, A. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, p. 9.

⁹ Zaffaroni, E.R., Alagia, A., y Slokar, A. *Derecho Penal Parte General*. ob. cit. p. 10.

Así es que, si la persona no encuadra en ninguno de los estereotipos debe realizar un esfuerzo considerable para colocarse en la situación de vulnerabilidad -que es la concreta posición de riesgo criminalizante-.

Las personas que cometen delitos de cuello blanco no son abarcadas por ninguno de los estereotipos dominantes, por lo tanto, para ser captadas por el poder punitivo deben haber realizado un comportamiento grotesco o trágico, o que le hayan retirado la cobertura de la que gozaba.

c) ¿Son socialmente considerados delincuentes quienes cometen delitos económicos?

Asimismo, y como consecuencia del accionar de las agencias del sistema penal, una gran parte de las personas no tienen el mismo sentimiento de rechazo hacia los delitos de cuello blanco que respecto de otros delitos, aquí influyen los medios masivos de comunicación que otorgan centralidad a los delitos contra la vida, integridad física, sexual y contra la propiedad, que si bien no son de menor relevancia, afectan a individuos en particular, mientras que los delitos de cuello blanco suelen afectar a cientos de personas al mismo tiempo, sin que ellas noten que están siéndolo.

Por otro lado, no sólo las personas no sienten rechazo hacia este tipo de delitos sino que quienes lo cometen no se ven a sí mismos como delincuentes. Como subrayan Matza y Sykes: “*el delincuente utiliza un mecanismo de neutralización de la conducta criminal que le inhibe de visualizarse como tal; no sólo los demás no lo ven como delincuente, sino que él mismo no se considera así*”¹⁰. Dentro de los cinco tipos de técnicas de neutralización que proponen los autores, y que Zaffaroni considera que se trata de una ampliación de las causas de justificación y de exculpación mucho más allá de los límites legales, de quienes cometen delitos económicos pueden encuadrar en la negación de la propia responsabilidad y la condenación de los condenadores.

Comenta Virgolini que: “*no es extraña la posición social del autor la tendencia a considerar como no criminal a la desviación generada en su contexto, lo que es al mismo*

¹⁰ Sykes, G.M. y Matza, D. citados por Aller, G. (2011). *Criminalidad del Poder Económico*. Buenos Aires: Editorial B de F, p. 88.

*tiempo causa y efecto de la baja visibilidad social de estos delitos y de sus consecuencias generales, así como del bajo nivel de persecución efectiva que ellos suscitan*¹¹.

Al mismo tiempo, los delitos de cuello blanco no han sido, generalmente, considerados por lxs criminólogxs como análogos a otros delitos y no se los ha incluido en el campo de las teorías de la conducta delictiva, porque los procedimientos administrativos y judiciales han sido diferentes para estas violaciones a la ley penal que para otras infracciones.

Lo que ha sucedido, también, compartimos con Sutherland es que lxs criminólogos mayoritariamente han estudiado al delincuente presx o somentidx a la justicia, mientras que lxs delinquentes del poder raramente pueden ser encontradxs, y menos estudiadxs, en ese ámbito¹².

Es menester poner de relieve la caracterización que realiza Eleida Silvestre de las personas que cometen delitos de cuello blanco: “O delinquente econômico, como é também chamado tal pernicioso criminoso, possui algumas características marcantes quando se refere a tal espécie de criminalidade, a saber: sabe satisfazer seu egoísmo à custa de seus semelhantes, mas sem deixar de ser um homem oficialmente honrado; não conhece escrúpulos de nenhuma classe, nenhum freio moral interior, e como homem sem escrúpulos se conduz; sempre consegue escapar às redes do direito penal; conhece os defeitos das leis, aproveitando-se desse conhecimento para delas abusar, sem que sofra o risco de ser considerado delinquente; sua inteligência, sua astúcia, sua atividade ou sua posição social impedem que se converta num delinquente no sentido ordinário da palavra.

Somente atribuem valor a bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material; são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e caritativos; utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; não se consideram criminosos”¹³.

d) Diferentes posiciones en torno al concepto de delito de cuello blanco y su vinculación con el crimen organizado

¹¹ Virgolini, J. (2021). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, p. 77.

¹² Sutherland, E.H., citado por Aller, G. *Criminalidad del Poder Económico*. ob. cit., p. 89.

¹³ Silvestre, E. (2020). *Os crimes de colarinho branco, seu alto poder de lesividade e a falência da nação*. Obtenido de: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/782098604/os-crimes-de-colarinho-branco-seu-alto-poder-de-lesividade-e-a-falencia-da-nacao>. Consultado el: 12/1/23.

Con posterioridad a los estudios llevados a cabo por Sutherland, muchos otros investigadores continuaron escribiendo sobre el tema, entre quienes se encuentra David O. Friedrichs, profesor de Justicia Criminal en la Universidad de Scranton. Escribió el libro *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*. Uno de los motivos que generó interés en Friedrichs para estudiar el delito de cuello blanco fue la negligencia de la mayoría de los investigadores del área criminal en relación a los delitos cometidos por este grupo, ya que las consecuencias de estos delitos no siempre eran “visibles” para la población.

En primer lugar, estudia la naturaleza jurídica de los delitos de cuello blanco y qué diferencia a los delincuentes de cuello blanco de otros no delincuentes con el mismo estatus social, concluyendo, en definitiva, que las personas se relacionan de forma diferente con la oportunidad de delinquir. En otras palabras, durante el transcurso de una actividad en la que participa, el delincuente de cuello blanco analiza una oportunidad de cometer un delito a través de preguntas tales como el tamaño de la ganancia, el tamaño del riesgo, la compatibilidad con sus ideales y valores, y comparación con otras oportunidades legítimas e ilegítimas. Además, Friedrichs explica que, para aprovechar las oportunidades, el delincuente debe ser técnico. Cada delito cometido requiere una técnica diferente, que puede implicar únicamente el uso de una computadora, escribir en un papel o simplemente llamar, es decir, no implica la fuerza física como en la mayoría de los delitos comunes. A la mayoría de estos delincuentes no les molesta la práctica de sus delitos, ya que se encuentran en su propio ambiente de trabajo, que se considera normal, y están separados de las víctimas. Friedrichs concluyó que las técnicas más importantes son la mentira o el engaño; abuso de confianza; y disimulo o confabulación¹⁴.

Asimismo, se destaca la posición de Edelhertz para quien el delito de cuello blanco está constituido por “*un acto ilegal o por una serie de actos ilegales cometidos por medios no físicos y a través del ocultamiento o del engaño, para obtener dinero o propiedad, para evitar el pago o la pérdida de dinero o de propiedad, o para obtener negocios o ventajas personales*”¹⁵. Esta definición evidentemente más amplia y que permite la inclusión de un sinnúmero de actos de distinto rango, está caracterizada por dos elementos centrales: a) su contenido patrimonial y b)

¹⁴ de Campos Pinheiro da Silveira, M. (2017). *A prática do crime do colarinho branco no Brasil: uma análise segundo a visão de Sutherland e Friedrichs*. Obtenido de: <https://jus.com.br/artigos/57329/a-pratica-do-crime-do-colarinho-branco-no-brasil-uma-analise-segundo-a-visao-de-sutherland-e-friedrichs>. Consultado el: 12/1/23.

¹⁵ Edelhertz, H. citado por Virgolini, J. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. ob cit., p. 78.

su comisión a través de medios no violentos; y al resultar sustantivamente más flexible, importó un uso más frecuente en las agencias del sistema policial y judicial¹⁶.

Por otro lado, Clinard y Yaeger señalan que el delito de cuello blanco engloba un conjunto de actos criminales que involucran ofensas monetarias que no están ordinariamente asociadas con la criminalidad, de la que se distingue -se refieren a la criminalidad de clase baja- en términos de la estructura de la violación y por el hecho de que las sanciones administrativas y civiles son usadas más habitualmente que las sanciones típicamente penales. Así, dividen al delito de cuello blanco en dos grandes subgrupos: el primero el delito ocupacional, que cubre una vasta gama de actividades ilegales desarrolladas de manera individual o a través de grupos pequeños en conexión con sus ocupaciones y, en general, en beneficio propio y no de la corporación para la cual los autorxs trabajan; y el segundo, el delito corporativo, puesto en práctica por colectividades o por grupos de individuos de una forma que es difícilmente comparable con la acción de un individuo solitario¹⁷.

Con relación al concepto, señala Aller que Lola Aniyar de Castro considera que la denominación delito de cuello blanco tiene connotaciones funcionalistas, pero que igualmente resulta apropiada para desenmascarar el carácter clasista del delito y eliminar el análisis de los crímenes intraclases¹⁸.

Desde otro punto de vista, cercano a las corrientes que comúnmente se denominan “criminología crítica” o “criminología radical” de corte teórico marxiano, surge la expresión *crimes of the powerful* o crímenes de los poderosos, acorde con el conocido trabajo de Pearce. Según el autor, los crímenes de los poderosos solamente, se explican, en un contexto socio-económico determinado: la sociedad capitalista dividida en clases antagónicas, y por lo tanto sólo pueden cometerlos quienes se encuentran en posición privilegiada dentro de esa estructura de poder.

Corresponde remarcar que al delito de cuello blanco se lo ha asociado con el concepto de crimen organizado. Como describe Bombini, la elaboración de este concepto tiene una precisa certificación de origen ya que proviene de la respuesta otorgada por las agencias federales de seguridad estadounidenses entre los años 1920 y 1933.

¹⁶ Bombini, G. (2009). *La criminalidad económica como problema criminológico y político criminal*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal económico. Obtenido de: <http://www.ciidpe.com.ar/area4/Criminalidad%20economica.%20Bombini.pdf>. Consultado el: 10/7/22.

¹⁷ Virgolini, J. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. ob. cit. p. 82.

¹⁸ Aniyar de Castro, L. citada por Aller, G. *Criminalidad del Poder Económico*. ob. cit., p. 84.

Sutherland afirmó que el delito de cuello blanco era sustancialmente un delito organizado, es decir que procedían de corporaciones comerciales e industriales y que se desplegaban en una trama de relaciones sociales y de escalas jerárquicas propias de las corporaciones o del ambiente de negocios ligados a ellas.

Clinard y Yeager lo definen de la siguiente manera: “*todo acto cometido por corporaciones que es penado por el Estado, independientemente de si es punible bajo leyes administrativas, civiles o penales*”¹⁹. Hacen énfasis en el poder de los conglomerados económicos que son efectivamente empleados en distorsionar la ley y su aplicación en beneficio de sus intereses.

Asimismo, los mentados autores sostienen que el delito corporativo es en esencia delito de cuello blanco, pero un particular subtipo de éste, determinado por su carácter organizacional, esto es, emergente del contexto de las relaciones y las expectativas entre los planteles directivos, lxs ejecutivxs y lxs administradorxs, y entre corporaciones relacionadas, sus divisiones corporativas y sus subsidiarias.

En consonancia con lo antedicho, Virgolini explica que se trata de la concentración de recursos humanos, intelectuales y económicos, de la capacidad organizativa y de la inserción en los planos más altos de la economía y de la política, lo que les brinda la capacidad de incidir en la existencia, en la salud, en la economía y vida de lxs ciudadanxs, como así también en las decisiones de los gobiernos.

Señala Bombini que Stanley Cohen ha dicho que: “*hay crimen organizado cuando se ponen en acción estructuras y modalidades articuladas, diversificadas, capaces de conducir actividades flexibles*”. “*Una organización de ese tipo (...) debe dar respuesta a exigencias peculiares ligadas a su condición de ilegalidad. Primera de todas la exigencia, aunque manteniéndose secreta, de hacer valer públicamente la propia fuerza de coacción y disuasión. Un justo equilibrio, entonces, entre publicidad y ocultamiento que solamente una estructura compleja está en condiciones de conseguir*”²⁰.

Podemos advertir que la apariencia de negocios legítimos es a menudo empleada por lxs criminales del sector organizado de la delincuencia económica para ocultar la naturaleza real de sus negocios, o bien actuando legalmente por un tiempo determinado para luego dar un

¹⁹ Clinard y Yeager citados por Virgolini, J. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. ob. cit. p. 80.

²⁰ Bombini, G. *La criminalidad económica como problema criminológico y político criminal*. ob. cit.

golpe aprovechando la imagen que previamente habían creado, o bien adquiriendo compañías legítimas para lanzar desde ellas un plan criminal. Una de las manifestaciones más corrientes del crimen organizado es el monopolio de actividades legítimas en la producción de bienes y servicios²¹.

Gran parte del crimen económico organizado es llevado a cabo por grandes corporaciones. El fraude corporativo y los delitos cometidos por empresas multinacionales en materia de evasión fiscal internacional tienen un peso muy relevante entre los flujos financieros ilícitos²².

Asimismo, como pone de relieve De Luca muchas corporaciones pueden estar involucradas en conductas que dan lugar a serias violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales como resultado de sus negocios, sean éstos riesgosos o como consecuencia de sus actividades rutinarias (como producción industrial o de servicios financieros)²³. Por ello, compartimos con el autor que los Estados son los únicos que pueden contrarrestar el poder real de las corporaciones multinacionales.

Pues bien, un problema central entre la cuestión de que estos sujetos activos no sean considerados delincuentes por el pueblo y la dificultad de persecución de los delitos por las maniobras que llevan a cabo para ocultar las acciones, es que la ciudadanía no es capaz de percibir conexiones entre esa gran criminalidad y la crisis económica actual -hablando a escala mundial-, con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo, lo que genera desigualdad social provocando inseguridad social. Las personas, en términos generales, no suelen tener conciencia de la gravedad de la criminalidad económica y sucede precisamente lo contrario que con la criminalidad “callejera”, dado que aquí el riesgo objetivo es mucho mayor que la sensación subjetiva. Es por ello que, una de las tantas causas de la insuficiente represión e impunidad de los delitos económicos estriba en su supuesta "neutralidad" o apariencia de "licitud".-

———Coincidimos con Silvestre quien manifiesta que: “Os crimes de colarinho branco atentam diretamente contra a economia de um país, dando-lhe prejuízos que inviabilizam qualquer investimento em setores de importância essencial para a população, como são os casos

²¹ Virgolini, J. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. ob. cit. p. 163.

²² Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones. (2022). *Manual de delitos económicos*. Obtenido de: <https://www.mpf.gov.ar/dafi/files/2022/06/Informe-Tipologías-1-de-junio.pdf>. Consultado el 11/7/2022.

²³ De Luca, J.A. (2017). *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*. Obtenido de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45798-problemas-contemporaneos-delincuencia-economica>. Consultado el: 14/7/2022.

da saúde e educação, considerados de relevância pública para o Estado, como se vê na análise dos artigos 197 e 205, da Carta de Outubro de 1988. Basta pensarmos nos crimes de sonegação fiscal que ocorrem diuturnamente, que privam os cofres públicos de milhões de reais para os investimentos devidos. Sendo a ordem econômica um bem jurídico tutelado penalmente, o direito penal deve concentrar todos os seus esforços para coibir essa macrocriminalidade que assola milhões de vidas, de forma imperceptível. Por ser a ordem jurídica de caráter difuso, não são as suas conseqüências perceptíveis de forma direta, como um crime de roubo, em que o patrimônio da vítima é solapado de imediato”²⁴.

e) Derecho penal económico

En primer lugar, es menester destacar que el derecho penal económico es la parte del derecho penal que estudia el conjunto de normas mediante las cuales el Estado procura regular las condiciones de la vida económica y social, y cuya vulneración atenta contra los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Señala Virgolini que la afirmación de la vigencia efectiva del derecho penal económico, por lo menos como una especialidad del derecho penal dirigida a la represión de los comportamientos agresivos al orden económico, implica el definitivo reconocimiento del poder punitivo del Estado sobre una parte de los comportamientos genéricamente atribuibles al delito de cuello blanco²⁵.

Dentro de este ámbito se encuentran abarcadas: la ley penal tributaria nro. 24.769 (dentro de la cual se encuentran los tipos penales de evasión simple y agravada, apropiaciones indebidas, insolvencia fiscal fraudulenta, entre otros); la ley penal cambiaria nro. 19.359; los delitos aduaneros que se encuentran tipificados en el Código aduanero del artículo 860 a 891, teniendo como principal el contrabando; y los artículos correspondientes al Título XIII del Código Penal *Delitos Contra el Orden Económico y Financiero*, principalmente el artículo 303 que es el lavado de activos²⁶ (con recursos provenientes del narcotráfico, tráfico de armas o de

²⁴ Silvestre, E. *Os crimes de colarinho branco, seu alto poder de lesividade e a falência da nação*. ob. cit.

²⁵ Virgolini, J. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. ob. cit. p. 106.

²⁶ El lavado de activos consiste en un proceso que dependiendo las circunstancias puede ser más o menos complejo, que trata con bienes de origen ilícito y que tiene la finalidad de incorporar dichos bienes en la economía legal para transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen que proviene de delitos.

la trata de personas), que es una manifestación de la criminalidad organizada, artículo 306 financiación del terrorismo, artículo 308 suministro/uso de información privilegiada -que no sólo afecta a terceros sino que también al mercado de capitales-, artículo 309 manipulación del mercado y oferta financiera engañosa, artículo 312 cohecho financiero. Estos por mencionar algunos delitos fundamentales pero también están las infracciones a la propiedad intelectual, marcas y patentes, contaminación y actos lesivos contra el medio ambiente, entre otros.

Respecto de los crímenes económicos en Brasil, Jonathan Dantas Pessoa explica:

A doutrina criminológica brasileira comumente faz uma grande distinção, baseado na doutrina jurídico penal, entre os crimes econômicos, notadamente aqueles delitos contra o sistema financeiro (como evasão de divisas ou lavagem de dinheiro) que são praticados por particulares, e os crimes contra a administração pública (como corrupção ativa e passiva, dentre outros), tendo em vista que os objetos jurídicos tutelados por tais normas são distintos (os crimes financeiros tutelam a higidez do sistema financeiro, enquanto os crimes contra a administração pública tutelam o patrimônio e a moral dos entes estatais), sendo estes analisados, muitas vezes, de maneira isolada. Contudo, essa análise apartada dessas praticas criminais se mostra bastante limitada, pois como o Estado brasileiro se mostrou historicamente dirigista e interventor na atividade econômica, existe uma grande ligação entre os delitos econômicos, praticados por particulares contra o sistema financeiro, e os crimes praticados por funcionários públicos em sentido amplo (contemplando os funcionários públicos de carreira, os agentes políticos, os empregados públicos, dentre outros) e os particulares contra a administração pública. Dessa forma, será interessante entender que os crimes econômicos (ou de colarinho branco) praticados no Brasil são tanto os delitos econômicos em sentido estrito (crimes contra o sistema financeiro como já dito), e os crimes de corrupção que ocorrem em paralelo e muitas vezes dão sustentação e condições para que os delitos econômicos em sentido estrito ocorram, sendo a pratica desses delitos em conjunto (crimes econômicos em sentido estrito e amplo, como é aqui proposto) indispensáveis a que todos os envolvidos obtenham o ganho financeiro por eles almejados com a prática delituosa (Dantas Pessoa, 2020).

Como detalla Eleida Silvestre: “exemplos na legislação brasileira são os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes contra a ordem econômica e tributária, tratados, respectivamente, pelas leis de números 7.492/86 e 8.137/90”²⁷.

Un ejemplo que podemos dar de cómo se intenta prevenir la afectación del orden económico en el país se da con las denominadas “sociedades offshore” (que son aquellas que conforme la legislación del lugar de constitución tienen prohibido desempeñar la actividad económica principal en dicha jurisdicción) y en atención a ello, la Inspección General de Justicia (IGJ) no permite -desde febrero de 2020- inscribir en Argentina “sociedades offshore”

²⁷ Silvestre, E. *Os crimes de colarinho branco, seu alto poder de lesividade e a falência da nação*. ob. cit.

o de “jurisdicciones offshore” para que adquieran bienes u operen en Argentina. En Argentina, tampoco está permitido constituir una sociedad extranjera que no realice actividad económica real, es decir, que sea una cáscara vacía o una empresa fantasma. Este tipo de sociedades permiten simular operaciones, dirigir arbitrariamente fondos, ocultarlos de las autoridades judiciales y administrativas del país, y aprovechar convenios tributarios entre países para disminuir los impuestos que se deberían pagar en Argentina²⁸.

f) La necesidad de repensar la teoría del delito en atención a la responsabilidad penal de las empresas y corporaciones

Si bien todos los estratos de la teoría del delito fueron pensados para las personas humanas, en el filtro que principalmente se evidencia ello es en el de la culpabilidad. Así, Zaffaroni, Alagia y Slokar la definen: “*la culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste*”. Esto quiere decir que la culpabilidad es la vinculación a un autorx en forma personalizada del injusto penal.

En atención a ello, consideramos que no se pueden extrapolar los conceptos que aplicamos de la teoría del delito para las personas humanas a los fines de analizar la responsabilidad penal de las corporaciones respecto de los delitos económicos, dado que es una organización la que realiza la conducta típica no una persona en particular, que por lo general, es difícil individualizarla, lo que termina teniendo como resultado en muchas ocasiones que no se investigue por dificultad para proceder.

La empresa no es la suma de las personas humanas que participan. Es una organización -construcción jurídica- que toma decisiones en un nivel distinto del de las personas humanas que la componen, más allá de que, como sujeto, no goce de conciencia de sí misma.

La propia situación jurídica y económica de la empresa condiciona su actuar como sujeto social autónomo de las personas humanas. Esto debe ser tomado por el sistema penal, sin perjuicio de que siga existiendo otra recepción, en paralelo, para el actuar de las personas humanas que actúan dentro de la empresa. Este accionar de lxs particulares dentro de la corporación debe considerarse más condicionado por la programación empresarial que a la

²⁸ Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones. *Manual de delitos económicos*. ob. cit.

inversa. Esto es, la programación empresarial no depende de los procesos singulares de personas físicas, sino que, fundamentalmente, se tejen en dinámicas económicas y jurídicas que trascienden las voluntades de las personas físicas que hacen las empresas.

Por lo tanto, como entendemos que la empresa o corporación económica actúa de forma autónoma es que debemos que realiza un hecho delictivo como propio, ya que la persona jurídica es una estructura autónoma que toma decisiones independientemente de la voluntad particular de lxs individuos.

Por eso, estimamos la necesidad de replantear la teoría del delito para poder aplicarla sin vulnerar los principios de culpabilidad y legalidad, en torno a la necesidad de legislar diferentes formas de imputación y de responsabilidad, dado que la autoría y participación tampoco se puede utilizar de la misma forma en lo que hace a la responsabilidad de las personas jurídicas.

Esto es necesario a los efectos de conseguir una persecución eficaz de lxs poderosos, de aquellxs que afectan a través de maniobras complejas de delitos la vida cotidiana de millones de personas.

3. Conclusión

Podemos concluir que Sutherland logró captar la problemática que plantea la conducta criminal cuando pertenece a sectores sociales no estigmatizados (sin estereotipos en términos de Zaffaroni) en los cuales no se presume que se delinca. Muestra que los criminales no son ajenos al ámbito del poder y exhibe las deficiencias operativas para captar esa faz de la criminalidad, que no es minoritaria y que conlleva una gran dañosidad social. Esto permite dimensionar la cuestión como una verdadera criminalidad de lxs poderosos, a quienes el poder punitivo muy pocas veces capta.

Una de las dificultades para el tratamiento e investigación de estos delitos es precisamente, como hicimos mención anteriormente, que no existe una conciencia social de la ilicitud de las conductas, porque muchos comportamientos del ámbito de los negocios se hallan en la frontera de lo que se encuentra permitido. Pero esta conciencia social, no les interesa tenerla a los sujetos activos que realizan estos tipos penales, ni la tiene la población en general, que no percibe el daño social que causa este tipo de criminalidad. Las crisis globales son consecuencia del accionar de las corporaciones, del poder económico, pero los medios masivos de comunicación, que son controlados por aquel poder, continúan haciendo hincapié en que la

desigualdad social es producto de la corrupción de lxs políticxs, que si bien existe, el dinero que se llevan las grandes corporaciones es por amplio margen mayor que el de un puñado de funcionarixs.

Otra de las cuestiones que dificultan la investigación es la creación de una persona jurídica o societaria que facilita la comisión de delitos económicos, diluyendo la responsabilidad personal en el engranaje de las organizaciones, permitiendo las transformaciones de las mismas e incluso la existencia ficticia de sociedades fantasmas para la realización de los mismos. Esto genera impunidad, debido a la dificultad para proceder en la instrucción de las causas donde se investigan estos delitos, sumado a la falta de conocimiento por parte de lxs operadorxs por carecer de especialización en la temática.

Es por esa razón, que consideramos necesario repensar la teoría del delito para no extrapolar conceptos como el de culpabilidad para su aplicación a personas jurídicas, que es un error, pero tampoco para caer en la responsabilidad colectiva, en la objetiva, la cual viola estrictamente el principio de culpabilidad.

Si bien planteamos esta necesidad de abordar de una manera diferente las conductas ilícitas de las corporaciones en el marco de los delitos económicos organizados, se debe tener siempre en cuenta que la habilitación del poder punitivo es un riesgo, dado que siempre está pujando por más, por lo que se debe ser minucioso para que su aplicación sirva a los efectos de perseguir estas conductas de lxs poderosxs, pero no en perjuicio de los sectores más vulnerables, que son los que siempre atrapa el poder punitivo a través de la criminalización secundaria que ejerce principalmente la agencia policial, y luego la judicial en base a lo que la primera seleccionó en base a estereotipos.

Sin embargo, y haciendo referencia a la agencia judicial, para lograr eficiencia en el proceso de investigación, juzgamiento y ejecución de este tipo de criminalidad, se necesita, por un lado de personal en los tribunales con especialización en la materia, y por otro lado, que quienes se encuentren en la posición de juzgar y acusar no pertenezcan a los sectores del poder económico o que, si no pertenecen, no estén alineados a él, pues de lo contrario la ineficacia del sistema penal frente a la delincuencia económica seguirá siendo un hecho inevitable que conllevará a una mayor desigualdad en las sociedades.

El rol de los Estados es fundamental a la hora de analizar la política criminal en torno a estos delitos para poder hacer frente al poder que se encuentra del otro lado. Pero también es necesaria una concientización por parte de la sociedad en torno a las consecuencias que

producen, y para ello se requiere de las agencias de comunicación, que por lo general también pertenecen al poder económico, con lo cual, sin poder político para modificar esta situación es muy difícil plantear un panorama optimista de persecución de la delincuencia económica organizada.

4. Bibliografía

Artículos digitales

Bombini, G. (2009). *La criminalidad económica como problema criminológico y político criminal*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal económico. Obtenido de: <http://www.ciidpe.com.ar/area4/Criminalidad%20economica.%20Bombini.pdf>.

Dantas Pessoa, J. (2020). *Crimes de colarinho branco no Brasil*. Obtenido de: <https://jonathandp265.jusbrasil.com.br/artigos/863968186/crimes-de-colarinho-branco-no-brasil>.

de Campos Pinheiro da Silveira, M. (2017). *A prática do crime do colarinho branco no Brasil: uma análise segundo a visão de Sutherland e Friedrichs*. Obtenido de: <https://jus.com.br/artigos/57329/a-pratica-do-crime-do-colarinho-branco-no-brasil-uma-analise-segundo-a-visao-de-sutherland-e-friedrichs>.

De Luca, J.A. (2017). *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*. Obtenido de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45798-problemas-contemporaneos-delincuencia-economica>.

Miareli Rosa, R. (2015). *Os crimes do “colarinho branco”*. Obtenido de: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43453/os-crimes-do-quot-colarinho-branco-quot>.

Silvestre, E. (2020). *Os crimes de colarinho branco, seu alto poder de lesividade e a falência da nação*. Obtenido de: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/782098604/os-crimes-de-colarinho-branco-seu-alto-poder-de-lesividade-e-a-falencia-da-nacao>.

Libros

Aller, G. (2011). *Criminalidad del Poder Económico*. Buenos Aires: Editorial B de F.

Sutherland, E. H. (2021). *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires: Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires.

Virgolini, J. (2021). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.

Zaffaroni, E.R. (2017). *La Palabra de los Muertos*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E.R., Alagia, A., y Slokar, A. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Sitios web

Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones. (2022). *Manual de delitos económicos*. Obtenido de: <https://www.mpf.gob.ar/dafi/files/2022/06/Informe-Tipologias-1-de-junio.pdf>.

Criptomercado e lavagem de ativos: um esboço estratégico para a
prevenção e repressão de uma união perigosa
Cryptocurrencies market and money laundering: a strategic outline for the
prevention and repression of a dangerous union

Vlamiir Costa Magalhães¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: o artigo analisa o mercado de criptomoedas quanto a sua origem, características e repercussões tanto na sociedade contemporânea, quanto no direito penal, em particular, no que diz respeito ao crime de lavagem de ativos. Discorre-se sobre o atual cenário regulatório dos criptoativos no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro. Na conclusão, são delineadas possíveis estratégias para a prevenção da criptolavagem.

Palavras-chave: criptomoedas – bitcoin – mercado financeiro – iniciativas regulatórias – lavagem de ativos.

Abstract: This paper analyzes the cryptocurrencies market in terms of its origin, characteristics and social repercussions in the contemporary world and in the context of criminal law, particularly, with regard to the crime of money laundering. It discusses the current regulatory scenario in international and national law systems. In conclusion, strategies are proposed to prevent crypto-laundering.

Keywords: cryptocurrencies – bitcoin – financial market – regulatory initiatives – money laundering.

¹ Pós-doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Mestre e doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz federal.

O dinheiro não é metal. É a confiança registrada. E não parece importar muito onde é registrada: sobre prata, sobre argila, sobre uma tela de cristal líquido. Tudo serve como dinheiro, das conchas lumache, das Ilhas Maldivas, aos imensos discos de pedra, das ilhas Yap, no Pacífico. E agora, ao que parece, o nada pode servir como dinheiro também, nesta era eletrônica.

Niall Ferguson¹

1. Considerações iniciais

Em paralelo à atuação das instituições financeiras tradicionais, opera atualmente o mercado das criptomoedas, também chamado de criptomercado. Em comum, ambos os setores econômicos têm se mostrado sensivelmente manipuláveis para atingir fins criminosos. Por conta de algumas características intrínsecas que potencializam o seu mau uso em detrimento dos interesses sociais, circunstância que já se faz notável em diversas partes do mundo, esse novo nicho mercadológico tem desafiado a política criminal internacional. No entanto, antes de adentrar propriamente nas repercussões da instrumentalização dos criptoativos pelo universo delinquente, breves comentários preliminares se fazem necessários.

As razões e situações que levaram ao surgimento das criptomoedas são complexas, porém, há uma raiz contextual nessa temática que é formada por dois aspectos cíclicos na história da humanidade: a necessidade e a insatisfação da coletividade.

Os registros apontam que, desde a Antiguidade, diversos itens já desempenharam a função de mensuradores no curso da circulação de mercadorias e serviços, tais como: o tabaco, na Virgínia colonial; o açúcar, nas Índias Ocidentais; o sal, na Etiópia (daí o termo “salário”, que expressa a remuneração laboral paga em pedras de sal); o gado, na Grécia (daí o termo “pecúnia”, advindo de *pecus*, que, em latim, significa gado); o cobre, no Egito, entre muitos outros.

Na Grécia Antiga, os lídios foram os primeiros a praticarem a chamada *senhoriagem*, que era a cunhagem de moedas metálicas com a figura de um “senhor”, que representava a garantia de sua autenticidade e credibilidade. Tratava-se, portanto, de um sinal de segurança na medida em que os governantes passaram a imprimir seus rostos ou brasões como um símbolo

¹ FERGUSON, Niall. *Ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo*. São Paulo: Planeta, 2017, p. 33.

de que a moeda teria valor enquanto o Estado existisse. Naturalmente, a intenção era atrair a confiança popular.

De início, o ouro e a prata foram preferencialmente utilizados nesse mister, porém, como a quantidade de metais preciosos disponíveis era diminuta frente às necessidades comerciais crescentes, por volta do ano 100 a. C., os chineses inventaram o primeiro exemplar de papel-moeda. Somente na Idade Média, em meados do século XVII, os joalheiros europeus introduziram a prática de usar recibos escritos em papel que representavam o armazenamento de determinada quantidade de ouro. Tais documentos passaram a circular no mercado econômico em lugar do traslado do próprio metal. Assim surgiu a atividade bancária, que era originalmente ligada à armazenagem de riqueza, que passou a ser transferida e negociada por meio de sua representação física (dinheiro).²

Em que pese a variação temporal, nota-se que, desde os primórdios da humanidade, a característica comum a tais instrumentos de escambo foi a tangibilidade, ou seja, as unidades de valor utilizadas no intercâmbio de mercadorias e serviços sempre estiveram representadas concretamente. Entretanto, um fato recente veio a impactar a credibilidade do controle monetário. Entre os anos de 2007 e 2009, os EUA foram o epicentro originário da maior convulsão financeira global ocorrida desde a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929. A chamada crise das hipotecas *subprimes* foi causada, entre outros motivos, pela desmedida sanha lucrativa do universo corporativo, o que se corporificou na massiva concessão de empréstimos imobiliários de alto risco.

Tal situação resultou em inadimplência generalizada e nas consequentes falências de diversas empresas mundo afora, entre elas, o emblemático banco *Lehman Brothers*, que sucumbiu em 15 de setembro de 2008. Essa conjuntura alarmante tornou necessária a prestação de socorro pecuniário estatal a fim de evitar que outras bancarrotas de importantes instituições financeiras viessem a causar danos socioeconômicos ainda maiores. Destarte, quantias estratosféricas de dinheiro advindo dos cofres públicos foram direcionadas para sanar as consequências do desregramento e dos abusos do mercado financeiro.

Esse panorama provocou uma onda de irresignação popular em face da postura leniente dos Estados em relação aos bancos, ao controle monetário e ao sistema financeiro de forma geral, o que deflagrou iniciativas na busca de soluções e alternativas. Um dos reflexos

² DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics: uma história de rebeldia*. São Paulo: LVM, 2021, p. 45.

dessas circunstâncias foi o fortalecimento do movimento conhecido como *Cyberpunk*³, que vem a ser uma comunidade transnacional composta por criptógrafos, internautas e cientistas, que, desde a década de 1990, defende a privacidade no ciberespaço e outros direitos dos usuários da rede mundial de computadores.

2. Bitcoin: origem, essência e características

Entre as centenas de modalidades de criptomoedas já criadas até o momento, cada qual com suas diferentes peculiaridades em termos de cotação, negociação e conversão, a escolha do bitcoin como objeto de estudo se deve ao fato de se tratar do criptoativo mais conhecido e utilizado no mundo atual. A composição do termo bitcoin remete à palavra *bit*, que significa, no âmbito da ciência computacional, uma rede de compartilhamento de dados que opera diretamente de ponto a ponto (*peer-to-peer*), isto é, sem intermediários, ao passo que *coin* significa moeda, no idioma inglês.⁴

O lançamento do bitcoin ocorreu no *Halloween* de 31 de outubro de 2008, quando um indivíduo, que se autodenominou como Satoshi Nakamoto⁵, postou a informação de que havia criado um novo sistema eletrônico de pagamentos num fórum de criptografia, que tinha o seguinte tema-título: *The art of secure and secret communication*. Segundo Nakamoto, tal mecanismo funcionaria sem o controle das autoridades estatais e sem a necessidade de intervenção de terceiros (*third parties*). No mesmo contexto, Nakamoto enviou um link que possibilitava o acesso ao artigo de sua autoria, intitulado “*Bitcoin P2P e-cash paper*”⁶, no qual explicou, em nove páginas, os detalhes e propriedades matemáticas da nova moeda.

³ O termo *Cyberpunk* é composto pela referência à criptografia (*cypher*) e ao movimento *punk*, tendo sido cunhado pelo *hacker* Jude Milhon, em 1992, com a finalidade de expressar rebeldia em face de arbitrariedades praticadas no meio cibernético.

⁴ BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. São Paulo: RT, out./2018, p. 135.

⁵ Não se sabe a real identidade do criador do sistema bitcoin. Nakamoto ou quem utilizou esse codinome criou também uma rede social, denominada *Bitcoin Talk*, na qual o mesmo publicou uma última mensagem às 16:45 hs, do dia 13 de dezembro de 2010. Depois, nunca mais houve notícias sobre seu paradeiro. Há quem sugira que Nakamoto seria, na verdade, Elon Musk, fundador da *Tesla Motors* e de outras empresas do setor de tecnologia. No entanto, o próprio Musk já negou por diversas vezes essa informação e, inclusive, desaconselhou publicamente a compra de bitcoins, gerando queda em seu valor de mercado. Outra corrente insinua que o pseudônimo teria sido utilizado para mascarar o fato de que a tecnologia *blockchain* foi inventada por órgãos governamentais, como a NSA, dos EUA, ou o MI-6, do Reino Unido. Fato é que, ainda hoje, não há qualquer evidência segura sobre a real identidade do criador do sistema bitcoin. Sobre o tema: DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics... op. cit.*, p. 61.

⁶ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 08/10/2022.

A justificativa apresentada para a construção da novel ferramenta eletrônica de pagamentos baseou-se na insatisfação generalizada em relação à deficiente concorrência no mercado financeiro e às restrições impostas pelos governos sobre as liberdades econômicas dos cidadãos. Assim, segundo a pretensão autoral, a missão original do sistema bitcoin foi a de proporcionar segurança, rapidez e privacidade aos usuários.⁷

Em 3 de janeiro de 2009, foi então criado o primeiro bloco de bitcoins e, em outubro do mesmo ano, foi realizada a primeira cotação dessa criptomoeda, à razão de 1,309 bitcoins para cada dólar norte-americano. A pioneira operação de conversão de bitcoins em um bem tangível ocorreu em 22 de maio de 2010, quando Laszlo Hanyecz, um criador de programas de computador domiciliado na Flórida, fez uma oferta pública de dez mil bitcoins para a compra de uma pizza. Outro indivíduo, não identificado, mas domiciliado em Londres, aceitou a oferta e fez um pedido por telefone à Pizzaria Papa Jones. Ao final, a pizza mais cara do mundo custou, na cotação atualizada em 25/11/2022⁸, o equivalente a R\$ 885.215.954,90 (oitocentos e oitenta e cinco milhões, duzentos e quinze mil e novecentos e cinquenta e quatro reais e noventa centavos) e sua entrega foi bem sucedida, assim como a transferência dos bitcoins. Essa data ficou conhecida como o *bitcoin pizza day*.

A estruturação do bitcoin se assenta em três pilares: (1) um sistema público de registro de operações (*blockchain*); (2) um algoritmo que promove a encriptação assimétrica⁹, que nada mais é do que o embaralhamento de dados de modo que assumam a forma de código alfanumérico, que então se torna o único meio que viabiliza a movimentação dos respectivos recursos econômicos e, por fim, (3) uma rede descentralizada de computadores-usuários que validam e atualizam automaticamente o sistema ao utilizá-lo.

A tecnologia *blockchain* consiste num circuito formado por blocos de informações reunidas em ordem temporal e protegidas por uma identificação própria por meio da função *hash*, que, a grosso modo, impede a falsificação dos dados e o chamado “gasto duplo”, isto é,

⁷ SILVA, Alexandre Pacheco da. Oportunidades e oportunismos: as dimensões interna e externa de segurança do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.) *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 48.

⁸ Segundo o site [financebr.com](https://www.financebr.com), um bitcoin equivalia, em 22/11/2022, a R\$ 88.521,59 (oitenta e oito mil, quinhentos e vinte e um reais e cinquenta e nove centavos). Dados disponíveis em: <<https://www.financebr.com>>. Acesso em: 25/11/2022.

⁹ A origem da palavra criptografia é ligada à junção das palavras gregas *kryptós* (oculto) e *gráphein* (escrito). Assim sendo, criptografia significa uma maneira de ocultar o que está escrito ou registrado. Sobre o tema: WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção*. São Paulo: Rideel, 2022, p. 39.

a transferência simultânea do mesmo ativo para mais de uma pessoa. Destarte, a tecnologia *blockchain* pode ser definida como um protocolo para armazenamento de informações, que gera uma base de dados de acesso universal permanente, funcionando, assim, como uma espécie de livro contábil capaz de registrar a origem, o destino e a circulação dos recursos financeiros.¹⁰

O bitcoin foi projetado de modo a reproduzir, *mutatis mutandis*, a dinâmica da extração mineral de metais preciosos. Dessa forma, as unidades da criptomoeda são produzidas naturalmente pelo sistema em uma taxa contínua e previsível, o que ocorrerá até que seja atingida a quantidade, aleatoriamente escolhida, de 21 milhões de bitcoins, o que está previsto para acontecer no ano de 2140. O valor unitário do bitcoin oscila de acordo com a oferta e a procura, bem como acompanha a confiança que os agentes econômicos têm na sua aceitação. Destarte, o bitcoin não está atrelado obrigatoriamente a qualquer outra moeda, nem mesmo está sujeito a controles ou garantias, daí sua volatilidade e suscetibilidade a manipulações.

Sob determinado prisma, pode-se dizer que o bitcoin representou a codificação da confiança e, não por outra razão, isso ocorreu cerca de um mês depois do colapso do banco *Lehman Brothers*, que deflagrou uma onda de descrédito sobre o sistema financeiro. Apesar dos registros acerca de tentativas anteriores de criação de moedas digitais (tais como: o *e-cash*, em 1982; o *digicash*, em 1990; o *e-gold*, em 1996; o *hashcash*, em 1997; o *bitgold*, em 2005, entre outras), a alternativa trazida pelo bitcoin foi, de fato, inédita, pois não se trata de mais uma empresa ou mecanismo controlado por determinada pessoa. Ao contrário, a mensagem implícita no fenômeno bitcoin é a de libertação e independência em relação à intervenção humana ou estatal.¹¹

Portanto, a grande “sacada” do bitcoin foi a dispensa da intervenção de terceiros alheios à relação comercial, o que se traduziu na desnecessidade de acreditar em bancos ou em quaisquer entidades que registrem as transferências patrimoniais. Por conseguinte, o atributo que

¹⁰ BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 35. O referido autor sustenta que a tecnologia *blockchain* faz com que os remetentes e destinatários, bem como as transações efetuadas fiquem registrados publicamente, o que dá aos usuários de bitcoins apenas um pseudo-anonimato, haja vista a rastreabilidade do potencial uso criminoso dessa criptomoeda. Ainda assim, o próprio autor afirma que o papel das exchanges (empresas administradoras de criptoativos) é fundamental no bloqueio das transações suspeitas. Sobre o tema: BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais... op. cit.*, p. 229. No mesmo sentido, porém, ressaltando que a rastreabilidade das operações na *blockchain* do sistema bitcoin é viável, mas pode ser demorada e dificultosa: SAIFEDEAN, Ammous. *O padrão bitcoin: a alternativa descentralizada à banca central*. São Paulo: Monstera, 2020, p. 296.

¹¹ TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 30.

singularizou o bitcoin foi a eliminação da obrigação de confiar no fator humano, que se viu substituído pela comprovação matemática propiciada pelo algoritmo informatizado.

À vista do exposto, é correto asseverar que a criação das criptomoedas (entre elas, o bitcoin e os demais criptoativos, chamados de altcoins ou *alternative coins*) constituiu uma manifestação do descontentamento coletivo com o sistema financeiro clássico e com a incapacidade dos Estados para discipliná-lo.¹² Por outro lado, não se pode desconsiderar a emergência paralela da face malévola do criptomercado, que deita suas raízes nas utilidades operacionais que essa ferramenta oferta para o universo delinquente, tais como: a internacionalidade, a velocidade, a irreversibilidade e a ausência de intercessores nas respectivas transações econômicas.¹³

Para o bem e para o mal, as criptomoedas incorporam a proposta consistente num dinheiro que circula sem Estado, sem terceiros e sem lei, ao menos em países atrasados ou deficitários na regulação da matéria, como é o caso do Brasil. Por isso, desde os seus primórdios, as moedas digitais carregam consigo dois pêndulos iminentes, que representam o progresso e o perverso, conforme bem explica a preleção doutrinária a seguir exposta¹⁴:

Por um lado, as moedas digitais estimulam o desenvolvimento de novos mercados, fundam-se na livre iniciativa e a valorizam, fomentam a livre concorrência e atacam o monopólio bancário das operações financeiras, podendo repercutir em melhores tarifas para clientes de bancos, porém, o risco da ausência de controle estatal pode beneficiar também ações criminosas, como lavagem de dinheiro e evasão de divisas, o que impõe a normatização desse instrumento de modo que se contenham seus efeitos colaterais, com o cuidado de se preservar vantagens.

De maneira geral, as criptomoedas, também chamadas de moedas digitais, criptoativos ou moedas criptografadas, são unidades de valor econômico que funcionam como meios de intercâmbio por bens, serviços ou outras moedas. Tais mecanismos não possuem necessariamente uma existência física ou concreta, eis que são criados e movimentados por vias eletrônicas, muito embora provoquem repercussões sensíveis nos planos jurídico, político e econômico.¹⁵

¹² MASATCI, Kaan; ERTUGRUL, Hasan Murat. History of money and cryptocurrencies. In: BURAK Darlci; AYHAN, Fatih (Eds.). *Cryptocurrencies in all aspects*. Berlin: Peter Lang, 2019, p. 12.

¹³ Nesse sentido: WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance... op. cit.*, p. 59.

¹⁴ ULRICH, Fernando. Aspectos econômicos do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 204.

¹⁵ Nesse aspecto, é acertada a crítica ao emprego da expressão “moeda virtual”, tendo em vista que sua conotação remete a algo que não tem existência real. As criptomoedas também não podem ser confundidas com

Hodiernamente, estima-se que existem mais de cinco centenas de criptomoedas (*cryptocurrencies*) disponíveis no mercado, cada qual com suas especificidades, porém, mantendo um traço comum, qual seja a combinação de um *software* de código aberto (acessível publicamente) com um determinado modelo de criptografia. Assim sendo, quem possui um *bitcoin* tem, na verdade, a posse de um código criptografado, que, por consenso entre os usuários do sistema, confere ao seu titular a propriedade sobre uma determinada quantidade de unidades de valor eletronicamente manipuláveis. Esse código digital é desdobrado em uma chave pública, que funciona como se fosse um endereço de *e-mail* ou um número de conta corrente bancária, e uma chave privada, que funciona como uma senha particular que permite a movimentação das unidades de bitcoin.

Destarte, por meio do *download* do programa que detém o protocolo do respectivo sistema, qualquer pessoa pode realizar operações com bitcoins a partir do simples manejo de um aparelho eletrônico com acesso à internet, como, por exemplo, um *smartphone*, *tablet* ou computador. O mesmo pode ser feito por meio da abertura de uma conta em sítios eletrônicos de empresas, chamadas de exchanges, que administram carteiras virtuais e operam cumprindo ordens de compra e venda de criptoativos. As exchanges funcionam, portanto, de maneira muito similar às corretoras, que atuam nas bolsas de valores, e às casas de câmbio.

Ainda que não se possa atestar que o bitcoin já é universalmente aceito, é corrente a notícia de que algumas das maiores e mais conhecidas empresas multinacionais já acolhem bitcoins como forma de pagamento por suas mercadorias e serviços, tais como Amazon, Apple, Microsoft, entre outras.¹⁶ Nessa linha de acontecimentos, o estudo intitulado *The Future of Payments 2025* apontou que, atualmente, cerca de 300 milhões de pessoas utilizam criptoativos no planeta, o que denota que o criptomercado deixou de ser um campo onde atuam apenas indivíduos integrados no segmento da tecnologia financeira para se tornar um utensílio manobrado por significativa parcela da população mundial.¹⁷

as moedas eletrônicas, que, consoante o disposto no artigo 6º, VI da Lei n. 12.865/2013, são recursos em moeda oficial, mas que se encontram armazenados em dispositivos ou sistemas eletrônicos de modo a permitir ao usuário efetuar pagamentos a partir destes. Nesse sentido: TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 252.

¹⁶ ULRICH, Fernando. Aspectos econômicos do bitcoin... *op. cit.*, p. 95.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.fisglobal.com>>. Acesso em: 18/11/2022.

O Brasil ocupa um espaço relevante nesse novo domínio econômico. Segundo o estudo divulgado pelo site *CoinTrader*, no corrente ano de 2022, aproximadamente 10 milhões de brasileiros são usuários de criptomoedas, o que faz com que o país já figure entre os cinco Estados que lideram esse ranqueamento. Tal quantitativo representa algo em torno de 5% do total de usuários de criptoativos no mundo de modo que o Brasil está atrás apenas de Índia, EUA, Rússia e Nigéria. Em suma, as exchanges ou corretoras brasileiras de criptomoedas têm hoje mais pessoas cadastradas em seus quadros do que a Bolsa de Valores de São Paulo, por exemplo.¹⁸

Em termos de valores aplicados em criptoativos, o Brasil ainda possui uma participação de apenas 2% do mercado mundial, cujo valor total alcançou o montante de 5,4 trilhões de reais no ano de 2021. Contudo, no criptomercado brasileiro, a captação de recursos atingiu, somente em 2021, a cifra de 103,5 bilhões de reais, o que traduz uma evolução de 400% em relação ao ano anterior.¹⁹

Quanto à natureza jurídica, pode-se afirmar que o bitcoin é um bem incorpóreo ou imaterial. Sendo assim, a única forma de penhorar ou apreender bitcoins é tomar conhecimento do respectivo par de chaves, pública e privada, que possibilita o seu direcionamento, sendo que esta última, via de regra, costuma permanecer sob o conhecimento apenas do titular dos recursos econômicos. Dessa maneira, no curso das investigações criminais, pode ser eventualmente necessário que o Estado se apodere de computadores, *notebooks*, *tablets*, *pendrives*, *smartphones*, *tokens* ou documentos nos quais tais códigos estejam arquivados. Noutro giro, é bastante comum que os usuários armazenem tais chaves em dispositivos que possam ser mantidos desligados da internet, de modo a evitar que possíveis ataques de *hackers* propiciem a subtração das referidas informações. Daí se falar na atual tendência de “tokenização” da economia.

No aspecto penal e processual penal, é importante ter em mente que a essência do sistema bitcoin faz com que o simples acesso do titular dos códigos à rede mundial de computadores, ainda que por breve período, pode tornar viável a transferência irreversível dos recursos representados sob a forma de criptoativos.

Diante desse quadro, verifica-se que as exchanges são, via de regra, os pontos nodais de conexão entre as moedas criptografadas e o mercado financeiro. Tais entes se prestam à

¹⁸ BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais... op. cit.*, p. 5.

¹⁹ Disponível em: <<https://blog.cointradermonitor.com>>. Acesso em: 18/11/2022.

negociação e custódia de criptoativos, viabilizando a conversão de moedas oficiais em ativos digitais ou vice-versa, mediante o pagamento de uma taxa ou comissão. Daí porque, seus predicados funcionais fazem das exchanges agentes perfeitamente regulamentáveis pelas normativas nacionais e internacionais, haja vista que suas respectivas plataformas de armazenamento de dados viabilizam, em tese, a identificação dos usuários e o monitoramento do fluxo de transações.

Essa situação sinaliza fortemente a possibilidade de imputar às exchanges a função de *gatekeeper*, aplicando-se-lhes, com as necessárias adaptações e cautelas, deveres de colaboração antilavagem próximos aos que já recaem sobre as instituições financeiras, tais como a identificação dos clientes, a comunicação de operações suspeitas e a adoção de políticas internas de cumprimento normativo (*compliance*).²⁰

3. Bitcoin e lavagem de ativos

Embora possam ser empregadas para fins lícitos e socialmente úteis, desde muito cedo, estabeleceu-se no imaginário coletivo um rótulo negativo concernente à relação entre as criptomoedas e o mundo do crime. No ano de 2013, ocorreram os dois escândalos iniciais que fundamentaram essa impressão.

O caso *Liberty Reserve* foi o primeiro episódio de lavagem de ativos ocorrido a partir de sistemas de pagamento que utilizavam moedas digitais, sendo eles: o *Liberty Reserve Dollar* e o *Liberty Reserve Euro*. Em funcionamento desde o ano de 2006, tais plataformas eletrônicas executaram milhões de operações financeiras, sendo a vasta maioria delas associada a recursos provenientes de atividades ilegais exercidas por agentes interessados na ausência de identificação dos usuários.²¹

Outro evento ilícito que contou com o uso de moedas digitais foi o caso *Silk Road*²², no qual um *site* dedicado à comercialização de produtos e serviços ilegais – tais como venda de entorpecentes, armas de fogo e programas de hackeamento de informações – chegou a movimentar o valor correspondente a cerca de 1,2 bilhão de dólares em bitcoins durante os 2

²⁰ TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos... *op. cit.*, p. 259.

²¹ RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e bitcoin: uma introdução. In: *Revista do Ministério Público*. N. 162. Ano 41. Lisboa: abr.-jun./2020, p. 91.

²² O termo tece referência à chamada Rota da Seda, que, na Idade Média, foi usada para o transporte de tecido e especiarias entre a Ásia, o Oriente e a Europa.

anos e meio de sua existência, que, aliás, somente foi encerrada por iniciativa conjunta do FBI e de outras corporações policiais.²³ Nesse âmbito, as negociações eram operadas no âmbito da chamada *deep web*, por meio da rede TOR – The Onion Router, que vem a ser um *software* que permite a navegação anônima na internet em páginas que não podem ser encontradas no buscador comum.

A título de ilustração, pode-se dizer que as preocupações em torno da segurança do sistema bitcoin se dividem em dois pontos principais: o aspecto interno, que diz respeito ao controle da emissão das unidades dessa criptomoeda e à garantia das operações realizadas; e o aspecto externo, que se relaciona com a dificuldade de rastreamento das operações financeiras ante a pseudominização dos usuários, isto é, a ocultação nominal dos titulares dos recursos econômicos transacionados.

Quanto à segurança interna, embora não seja propriamente esse o objeto do presente estudo, é importante chamar a atenção para os episódios fraudulentos que têm eclodido crescentemente no criptomercado de modo a escancarar os perigos que a desregulação e a impunidade podem propiciar, como se verifica, por exemplo, no corrente caso da empresa FTX.²⁴ Há que se manter atenção também sobre o fato de que, afora os riscos de instrumentalização dos criptoativos para objetivos criminosos, o vertiginoso poderio econômico alcançado pelas exchanges tem se traduzido em tentativas de influência política,

²³ RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e bitcoin... *op. cit.*, p. 92.

²⁴ Fundada em 2019, a FTX não demorou a se tornar uma das mais conhecidas empresas negociantes de criptomoedas do mundo, tendo chegado a movimentar cerca de 32 bilhões de dólares. O crescimento da FTX levou o seu CEO, o jovem Sam Bankman-Fried, a figurar repentinamente entre os maiores bilionários do planeta. Entretanto, a corporação está atualmente sendo acusada de ter provocado o sumário desaparecimento de cerca de 2 bilhões de dólares pertencentes a investidores, além de ter utilizado os recursos que custodiava para conceder empréstimos de alto risco. Após a divulgação de documentos que revelaram a precária situação das contas da FTX, milhares de clientes resgataram seus recursos, o que fez com que a empresa perdesse condições de cumprir compromissos de pagamento e fosse obrigada a requerer a instauração de processo de recuperação judicial. Sam Bankman Fried foi preso nas Bahamas, em 12 de dezembro de 2022, em razão da investigação empreendida nos EUA, na qual é acusado da prática de vários crimes, incluindo fraude eletrônica, conspiração, fraude no mercado de valores mobiliários e lavagem de dinheiro. Se somadas, as penas aplicáveis podem atingir o total de 115 anos de prisão. Sobre o tema: <<https://www.metropoles.com/negocios/uma-das-maiores-fraudes-da-historia-diz-procurador-sobre-caso-ftx>>. Acesso em: 12/12/2022.

como ocorreu, por exemplo, nas últimas eleições parlamentares tanto dos EUA, quanto do Brasil.²⁵⁻²⁶

Quanto à segurança externa, a principal inquietação deriva da sofisticada figura da criptolavagem, ou seja, a utilização de criptomoeda para a prática do delito de lavagem de ativos. Nesse aspecto, constata-se que o sistema *bitcoin* não tem atraído a atenção da macrocriminalidade organizada à toa. Trata-se, como visto, de uma rede global de transferência de recursos econômicos, que opera de maneira desburocratizada, barata, segura, em tempo real e proporciona alto grau de privacidade aos seus usuários. Sendo assim, o bitcoin ostenta um extraordinário potencial viabilizador do processo de ocultação do patrimônio de origem ilícita. Mas não somente.

O bitcoin permite unir, a um só tempo, o melhor e o pior do mundo globalizado contemporâneo. Isso significa que, na mesma medida em que representa uma estupenda evolução tecnológica, o sedutor criptomercado viabiliza, em tese, a confortável compensação financeira de malfeitores e praticantes de comportamentos socialmente nocivos, tal como demonstra a já usual demanda de pagamento em bitcoins por serviços ilegais praticados por *hackers*.

Sobre essa temática, a seara acadêmica tem assim elencado os muitos atrativos das criptomoedas para a movimentação das finanças no mundo do crime²⁷:

Primero, el principio de descentralización que informa el sistema de las criptomonedas principales implica la ausencia de mecanismos de supervisión de las transacciones por principio, de manera que, pese a la posible aceptación de tales mecanismos por los intermediarios que operan en el sector, siempre será posible operar peer-to-peer sin supervisión posible. Segundo, las criptomonedas ofrecen un grado de privacidad de las transacciones elevado, de manera que la trazabilidad de una transacción determinada es sólo posible empleando recursos específicos y refinados. Tercero, los pagos en las criptomonedas de uso más frecuente es

²⁵ Conforme vem sendo noticiado pela imprensa, a FTX e seus executivos aparecem entre os maiores doadores (na casa de milhões de dólares) para campanhas de políticos que concorreram nas eleições parlamentares realizadas em outubro de 2022, nos EUA. Sobre o tema: <<https://valor.globo.com/mundo/criptomoedas>>. Acesso em: 28/11/2022.

²⁶ No Brasil, na mais recente eleição para o cargo de deputado federal, realizada em 02 de outubro de 2022, o candidato Gladson Acácio dos Santos, conhecido como o “Faraó dos Bitcoins”, obteve o total de 37.035 (trinta e sete mil e trinta e cinco) votos, mesmo estando, à época, preso cautelarmente sob a acusação criminal de chefiar um esquema fraudulento de “pirâmide financeira” disfarçado de investimento em bitcoins. Estima-se que o referido esquema ilegal lesou mais de 120 mil investidores. Dados disponíveis em: <<https://g1.globo.com>>. Acesso em: 05/12/2022.

²⁷ PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y tic: marco jurídico nacional europeo, modus operandi y criptomonedas*. Pamplona: Arazandi, 2019, p. 141.

irreversible, lo que las hace especialmente atractivas para los pagos de víctima a delincuente y dificulta la acción de las fuerzas del orden. Cuarto, las criptomonedas responden a las características clásicas de la ciberdelincuencia: instantaneidad (rapidez de las transacciones); distancia entre el infractor y el lugar de comisión de una parte sustancial del iter criminoso del delito; carácter transfronterizo, con las consiguientes dificultades jurisdiccionales; e inmaterialidad, lo que facilita la eliminación de las pruebas. Quinto, las criptomonedas son flexibles, en la medida en que los tokens pueden transitar por la Red o “materializarse” siendo almacenados en un disco duro, según las necesidades de los delinquentes.

4. As iniciativas regulatórias dos criptoativos no cenário internacional

Diante do quadro retrodescrito, diversas iniciativas regulatórias sobre o mercado de criptoativos têm sido empreendidas no âmbito internacional.

No ano de 2012, o Banco Central Europeu publicou seu primeiro estudo sobre criptomoedas, intitulado *Virtual Currency Schemes*, o qual alertou para as vulnerabilidades das novas plataformas em face da ausência de supervisão por organismos estatais.²⁸

Na esteira do movimento de regulação dos criptoativos, alguns países simplesmente vedaram a utilização de moedas digitais, tais como o fizeram China²⁹ e Colômbia, nos quais as instituições financeiras estão proibidas de aceitar, vender ou usar tais mecanismos de pagamento, sob a ameaça de sancionamento. Na contramão dessa providência, outros Estados adotaram uma política liberal extrema quanto à incorporação das criptomoedas em suas respectivas economias. O maior caso de incentivo ao uso de criptoativos é o de El Salvador, que, em 2021, aprovou a chamada *Ley Bitcoin*, que não somente regularizou a referida criptomoeda, como a equiparou à moeda oficial do país, concedendo permissão para movimentação irrestrita. Dessa forma, possibilitou-se que o bitcoin fosse livremente cambiado por outras moedas, bem como foi autorizado que todos os preços de produtos, serviços e, inclusive, tributos passassem a ser fixados em bitcoins.³⁰

Numa terceira vertente, alguns Estados optaram pelo caminho intermediário, permitindo a exploração do criptomercado por particulares, porém, mediante determinados limites e

²⁸ Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>>. Acesso em: 23/12/2022.

²⁹ Em verdade, o Banco do Povo da China, equivalente ao Banco Central do Brasil, anunciou recentemente que está testando uma criptomoeda própria, nominada de *digital renminbi*, que funciona nos moldes do bitcoin, porém, será emitida sob controle estatal com lastro na moeda oficial da China. Sobre o tema: DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics... op. cit.*, p. 97.

³⁰ BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais... op. cit.*, p. 213.

controles. Nessa linha, sob a influência do pedido de recuperação judicial da exchange MTGOX, formalizado no ano de 2016, o Japão foi o primeiro país a publicar legislação exigindo o prévio registro das *exchanges*. Já a Itália e a República Tcheca determinaram que as negociações em moedas digitais de valor superior a mil euros devem ser notificadas às autoridades estatais. Na Suíça, o órgão de supervisão do mercado financeiro (*Swiss Financial Market Supervisory Authority*) estabeleceu que as empresas e plataformas de negociação de moedas digitais estão sujeitas à legislação antilavagem, sendo também exigível uma autorização de funcionamento para corporações que aceitam, administram ou, de alguma forma, exploram moedas digitais.³¹

Nos EUA, o FINCEN – *Financial Crimes Enforcement Network*, que é a Unidade de Inteligência Financeira norte-americana, publicou, em 2013, o relatório designado *Application of FinCen’s Regulations to Persons Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies*.³² Nesse documento, as exchanges são nominadas como “transmissoras de dinheiro” (*money transmitters*) e, por essa razão, são consideradas sujeitas à legislação antilavagem – em particular, ao *Bank Secrecy Act*, em vigor desde 1970 – e às mesmas obrigações de colaboração antilavagem que recaem sobre instituições financeiras, inclusive, sob a ameaça de sancionamento em caso de desacato.

Somente em junho de 2014, o GAFI produziu seu primeiro estudo sobre o tema, intitulado *Virtual currencies: key definitions and potential AML/CFT risks*, que dispôs sobre a potencial utilização de criptoativos no cometimento do delito lavagem de ativos.³³ Em 2019, o GAFI definiu, no documento intitulado *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, uma política de regulamentação do mercado de criptoativos centralizada nos prestadores dos seguintes serviços: câmbio de moeda virtual para moeda fiduciária ou oficial (setor das *exchanges*), custódia de carteiras de criptomoedas (setor das *cyberwallets*) e mistura de moedas virtuais (setor dos *mixers*, também chamados de

³¹ Sobre o tema: BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda. Regulamentação internacional de moedas digitais. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 300/301.

³² Disponível em: <<https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-persons-administering>>. Acesso em: 18/11/2022.

³³ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports>>. Acesso em: 17/06/2018.

tumblers, em alusão aos compartimentos onde as roupas são inseridas nas máquinas de lavar, ou *foggers*, que, em tradução literal, significa nebulizadores).³⁴

Na versão mais recente de suas famosas Recomendações antilavagem, datada de outubro de 2021³⁵, duas novas definições foram incluídas no glossário do GAFI, sendo elas relativas aos ativos virtuais (*virtual assets* - VAs) e aos provedores de serviços de ativos virtuais (*virtual assets providers* - VASPs). A nova redação atribuída à Recomendação 15 do GAFI dispõe que os VASPs devem ser regulamentados nacionalmente com fins de combate à lavagem de ativos e ao financiamento do terrorismo, bem como devem ser submetidos a sistemas eficazes de monitoramento e supervisão.

Em nota interpretativa sobre as “novas tecnologias”, emitida acerca da aludida Recomendação 15, o GAFI passou a recomendar também que os países regulem o mercado de ativos virtuais e provedores de serviços de ativos virtuais mediante o estabelecimento da exigência de que os VASPs identifiquem, avaliem e tomem medidas eficazes para mitigar riscos de prática do crime de lavagem de ativos. Nesse aspecto, restou destacado que os Estados não precisam impor um sistema de licenciamento ou registro autônomo em relação às pessoas e instituições que já estejam autorizados a exercer atividades financeiras e, portanto, já se submetam às obrigações antilavagem. Ressaltou-se, no entanto, que os VASPs devem ser licenciados ou registrados nas jurisdições onde são criados e as autoridades estatais competentes devem tomar as medidas legais e regulatórias necessárias para impedir que criminosos ou seus associados detenham participação ou função administrativa em um VASP.

O GAFI recomenda, ainda, que os países devem garantir a aplicação de sanções “proporcionais e dissuasivas” para os VASPs e seus integrantes que não cumprirem as obrigações antilavagem estabelecidas em alinhamento com a Recomendação 35. Por fim, restou expressamente destacado que tais sanções devem ser aplicáveis não apenas aos VASPs, mas também aos seus diretores e alta administração.

³⁴ Nesse último caso, os prestadores de serviços trocam os criptoativos enviados pelos clientes por outros que não possuem relação com a carteira original, o que tem o evidente objetivo de inviabilizar ou dificultar o rastreamento da origem e do destino dos recursos. Outra prática comum no mercado de criptoativos é o *peel chain*, que, em tradução literal, significa uma “corrente de cascas”. Trata-se de uma espécie de versão cibernética da prática tradicionalmente conhecida no universo da lavagem de ativos como *smurfing*. O *peel chain* consiste na programação de múltiplas transações de pequena monta junto a uma *exchange* de modo que estas cheguem “em cascas” (porções menores) ao destinatário final, buscando-se, assim, ofuscar a relação entre os dois endereços extremos da cadeia de transmissão patrimonial. Sobre o tema: WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance... op. cit.*, p. 81.

³⁵ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/publications>>. Acesso em: 02/11/2022.

No âmbito da União Europeia, a preocupação em torno do uso criminoso das criptomoedas conduziu à reforma da Diretiva 2015/849, que trata da prevenção da utilização do sistema financeiro para lavagem de ativos e financiamento do terrorismo. Foi então editada a Diretiva 2018/843, de 30 de maio, que, em acolhimento às recomendações do Banco Central Europeu, promoveu a ampliação das possibilidades de intercâmbio de informações entre as Unidades de Inteligência Financeira de cada país e incluiu, no rol de obrigados à colaboração antilavagem, os provedores de serviços de câmbio e custódia de criptomoedas, conforme se verifica pelo teor do artigo 3, itens 18 e 19 (Diretiva 2015/849, com a redação dada pela Diretiva 2018/843):

18) Moeda virtual: uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceita por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que possa ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrônica;

19) 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.

É importante destacar os fundamentos apresentados no preâmbulo da Diretiva 2018/843, onde se atesta que, visando a acompanhar a evolução das tendências e assegurar maior transparência das operações, a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo somente será eficaz se todo o sistema financeiro for hostil aos criminosos e ao produto patrimonial de seus delitos. Também foi estabelecido que os emitentes de moeda eletrônica e prestadores de serviços de pagamento devem designar um “ponto de contato central” no território dos Estados-Membros da União Europeia em que atuem, com a finalidade de prestar, às autoridades locais, as informações necessárias ao combate à lavagem de ativos.

A disciplina fixada vem chancelando o acompanhamento das empresas do setor de criptoativos pelas respectivas autoridades nacionais mediante uma abordagem que busca equilibrar os benefícios do progresso tecnológico sem descuidar da transparência essencial à prevenção e repressão da ocultação de dinheiro sujo.³⁶ Em síntese, o ensinamento decorrente da experiência estrangeira denota que as Unidades de Inteligência Financeira devem ser

³⁶ PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y tic: marco jurídico nacional europeo, modus operandi y criptomonedas*. Pamplona: Arazandi, 2019, p.88.

capacitadas para obter informações que permitam associar os códigos-chave necessários à circulação das criptomoedas às identidades de seus titulares.

A título de exemplo, na esteira da citada normativa internacional, a Espanha editou o Real Decreto-ley n. 7, de 27 de abril de 2021, que definiu os conceitos de “moeda virtual” e “provedores de serviços de custódia”, sendo estes últimos incluídos no rol de sujeitos obrigados à prevenção antilavagem. Vale dizer que, anteriormente, o legislador espanhol já havia incluído no Código Penal uma circunstância agravante especificamente aplicável aos chamados “sujeitos obrigados” (à colaboração antilavagem) que, no respectivo exercício profissional, venham a descumprir as cautelas fixadas em lei.

Os referidos movimentos normativos têm sido assim interpretados no campo acadêmico, *in verbis*³⁷:

En la medida en que la actividad que desarrollan los sujetos obligados en el circuito económico puede ser aprovechada para ocultar el origen y la titularidad de bienes o dinero obtenido de una actividad delictiva, se les imponen, obligaciones específicas, para tratar de impedir el riesgo inherente a su propia actividad económica. El sujeto obligado se convierte en garante y debe estar vigilante para que el foco de su actividad comercial quede al margen de un contexto delictivo de blanqueo de capitales. El pilar básico de su actuación debe ser el fiel cumplimiento de sus deberes elementales (conocer debidamente al cliente, identificar al verdadero titular real y comunicar las operaciones sospechosas) en la actuación del sistema financiero y económico.

5. As iniciativas regulatórias dos criptoativos no Brasil

No Brasil, a Receita Federal foi o primeiro órgão governamental a editar um ato normativo sobre o assunto, tendo traçado, para fins de arrecadação fiscal, conceitos importantes, como, por exemplo, os de “criptoativo” e “exchange”, consoante o teor da Instrução Normativa n. 1.888, de 10 de julho de 2019 (com a redação dada pela IN RFB n. 1.899, de 11 de julho de 2019), que assim dispôs:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: 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; e

³⁷ RÓDENAS MOLINA, Javier. *El delito de blanqueo de capitales: respuesta del Tribunal Supremo a 150 alegaciones utilizadas en la defensa legal del lavado de activos*. Madrid: CUNIEP, 2022, p. 71.

II - exchange de criptoativo: 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.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.

Sobre esse tema, a Comissão de Valores Mobiliários emitiu o Parecer n. 40, em 11 de outubro de 2022, no qual atesta apenas que os criptoativos que se enquadram nos requisitos previstos no inciso IX, do art. 2º da Lei n. 6.385/76, podem traduzir um contrato de investimento coletivo, cuja celebração não depende da manifestação prévia da aludida autarquia federal. Em que pese a menção inicial à pretensão de “*prevenção e combate à lavagem de dinheiro*”, o texto do referido parecer não recomendou qualquer exigência, medida ou sanção específica nesse sentido.

A seu turno, o Banco Central emitiu inicialmente o Comunicado BACEN n. 25.306, em 9 de fevereiro de 2014, que consistiu num simples e tardio alerta sobre os perigos de ocorrência de ilegalidades no mercado de criptoativos. Posteriormente, o Comunicado BACEN n. 31.379, de 16 de novembro de 2017, advertiu sobre os “riscos imponderáveis” decorrentes das operações de guarda e negociação das denominadas moedas “virtuais”, apontando-se, entre eles, a possibilidade de perda do capital investido, haja vista que a emissão de criptoativos ocorre sem a garantia por autoridade monetária e sem conversibilidade segura para moedas oficiais. O documento ressaltou, ainda, que as moedas “virtuais” não são lastreadas em ativo real de qualquer espécie e, portanto, a fixação de seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos usuários em favor do emissor.

Admitindo a ausência de arcabouço legal e regulatório a respeito do tema, o documento aludido destaca também que, se utilizadas em atividades ilícitas, as moedas “virtuais” podem eventualmente expor seus detentores a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando a apurar responsabilidades criminais e administrativas. Por fim, o Comunicado reforça o alerta no sentido de que os criptoativos não se confundem com as moedas eletrônicas disciplinadas pela Lei n. 12.865/2013, que traduzem recursos em moeda oficial cuja existência é meramente registrada em dispositivos ou sistemas eletrônicos.

Em 30 de novembro de 2017, a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro publicou um relatório intitulado “Moedas Virtuais e Meios

Eletrônicos de Pagamento”, no qual, após elencados alguns episódios ilícitos relacionados às criptomoedas, foram estabelecidas tipologias em relação ao tema e reconhecidas tanto a existência de demandas lícitas pertinentes ao criptomercado, quanto a necessidade de colaboração desse setor privado para a diminuição de sua atratividade para objetivos criminosos.³⁸ Posteriormente, na XVI reunião plenária da ENCCLA, realizada de 19 a 23 de novembro de 2018, foi definida a Ação n. 08/2019, na qual restou disposta tão somente a pretensão do referido organismo de “*aprofundar os estudos sobre a utilização de ativos virtuais para fins de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (...)*”.

Ante a persistente inércia do Poder Público, o setor privado tem empreendido tentativas de autorregulação no seio da ABCripto - Associação Brasileira de Criptoconomia, que reúne as principais exchanges nacionais. Nesse contexto, foram editados, em 14 de agosto de 2020, o Código de Conduta e Autorregulação e o Manual de Boas Práticas em Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo para Exchanges brasileiras. Ambos os documentos contêm o objetivo declarado de padronizar condutas empresariais de modo a tentar prevenir a criptolavagem.³⁹

Ainda sobre a temática das criptomoedas, há que se mencionar que chegaram a tramitar no Brasil, pelo menos, quatro Projetos de Lei no âmbito do Senado Federal (ex.: PL n. 3.825/19; PL n. 3.949/19; PL n. 4.207/20 e PL n. 4.401/21) e outros três na Câmara dos Deputados (ex.: PL n. 2.303/15; PL n. 2.060/19 e PL n. 2.234/21). Deve-se registrar, entretanto, que houve uma reviravolta recente nas discussões legislativas sobre a matéria e, em razão da similitude do assunto tratado, foi determinada, em 04/05/2022, a tramitação conjunta do Projeto de Lei nº 3.825/2019 e do Projeto de Lei n. 4.401/2021. A partir de então, o texto ora unificado teve sua tramitação acelerada a ponto de ser aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 29/11/2022, ou seja, os supostos debates e análises sobre o assunto duraram cerca de 5 meses.⁴⁰

³⁸ Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoefs/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias>>. Acesso em: 11/12/2022.

³⁹ Disponíveis em: <<https://www.abcripto.com.br/autorregulacao-abcripto>>. Acesso em: 16/11/2022.

⁴⁰ Nesse aspecto, é importante advertir que a Lei n. 12.685/2013 trata de temática diversa, qual seja a de moedas eletrônicas, que são meros mecanismos de representação da moeda oficial nacional (no caso do Brasil, o Real) operados por meio de dispositivos ou sistemas eletrônicos.

6. A Lei n. 14.478/2022 e suas graves omissões

Finalmente, a Lei n. 14.478 foi publicada em 21 de dezembro de 2022 e entrará em vigor após 180 dias de *vacatio legis*, quando então passará a disciplinar a prestação de serviços financeiros relativos a ativos virtuais. Nos termos do referido diploma legal, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que, por meios eletrônicos, pode ser negociada, transferida ou utilizada para pagamentos ou investimento (cf. art. 3º da Lei dos Criptoativos, doravante LCA).

As empresas atuantes nesse ramo somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública federal a ser futuramente definido por ato do Poder Executivo federal (cf. art. 2º c/c art. 6º, ambos da LCA). Por força do art. 5º da citada Lei, considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como tais: a troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira; a troca entre um ou mais ativos virtuais; a transferência de ativos virtuais; a custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais ou participação em serviços financeiros e a prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais. As empresas que ofertem tais serviços serão equiparadas às instituições financeiras para fins de aplicação da Lei n. 7.492/86, que disciplina os crimes contra o sistema financeiro (cf. art. 11 da LCA).

As diretrizes reitoras da prestação de serviços financeiros envolvendo ativos virtuais serão, entre outras, as seguintes: a livre iniciativa e livre concorrência; a transparência, solidez e eficiência nas operações; a proteção dos consumidores (com expressa consagração da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90 – às operações conduzidas no mercado de ativos virtuais, cf. art. 13 da LCA) e, especialmente, a prevenção à lavagem de ativos “em alinhamento com os padrões internacionais” (cf. art. 4º).

A Lei n. 14.478/2022 introduz uma nova modalidade de crime de estelionato no art. 171-A do Código Penal, consistente na atividade de organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. A respectiva pena aplicável pode variar de 4 a 8 anos de reclusão, além de multa.

Especificamente no que tange ao crime de lavagem de ativos, o novo diploma legal altera (cf. art. 12) a Lei n. 9.613/98 para o fim de incluir uma nova causa de aumento da pena, no patamar de 1/3 a 2/3, para a hipótese de utilização de ativo virtual com o fim de ocultação do patrimônio originado da prática de infração penal. Na esteira da tendência internacional, as exchanges ou prestadoras de serviços de ativos virtuais são incluídas no rol de obrigados a manter o registro de suas operações (art. 10, II da Lei n. 9.613/1998).

Diante do cenário posto, ainda que a nova lei possa ser vista por alguns como um importante passo do Brasil na regulação do criptomercado, o texto final aprovado contém vários pontos obscuros graves, tais como, por exemplo, a falta de definição do órgão ou entidade que será diretamente responsável pela emissão das normas regulatórias sobre o criptomercado e pela aplicação das punições a entidades e agentes econômicos em caso de descumprimento. Aliás, tais sanções não restaram legalmente definidas. Houve também omissão do legislador em relação aos mecanismos de garantia da autonomia técnica da referida autoridade regulatória frente a ingerências políticas e interesses nocivos de maneira geral, haja vista que, conforme foi demonstrado anteriormente, os criptoativos têm sido utilizados, no Brasil e no exterior, para diversos fins criminosos, inclusive o financiamento ilegal de campanhas político-eleitorais.

Por fim, permanece inexistindo no Brasil uma regra clara sobre a segregação patrimonial entre os recursos financeiros das exchanges e o patrimônio pertencente aos investidores e usuários de criptoativos. Aliás, conforme tem demonstrado a experiência estrangeira, a persistência dessa confusão patrimonial tem potencial não somente para ocasionar mais golpes e falências fraudulentas de exchanges⁴¹, mas também propicia a perpetuação das oportunidades para a criptolavagem.

7. Conclusão

Sob o prisma constitucional, a competência para dispor sobre o sistema financeiro cabe inegavelmente à União Federal, ente que desempenha a atribuição de emissão de moeda (cf.

⁴¹ A utilização de criptoativos no golpe conhecido como “pirâmide financeira” tem sido recorrente no Brasil. Nesse contexto, os investidores leigos são ludibriados sob a promessa de lucros rápidos, altos e incomuns, figurando a aplicação em criptomoedas – principalmente, o bitcoin – como um ilusório chamariz cibernético empregado para fins de captação da poupança popular. Em síntese, tira-se dinheiro daquele investidor que entra para pagar o que sai (*robbing Peter to pay Paul*) e o rendimento “mágico” prometido nunca é, de fato, pago a todos, permitindo, assim, o locupletamento do operador financeiro à custa da ignorância dos clientes. Sobre o tema: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Criptoativos e sua interface com a proteção da economia popular. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, abr.-jun./2022, p. 132.

art. 21, VII, CR/88), bem como a disciplina do sistema monetário (cf. art. 22, VI, CR/88) e das operações de câmbio (cf. art. 21, VIII, CR/88). Diante desse quadro, o dever de regular o criptomercado também cabe à União Federal, o que, em tese, teria sido adimplido por meio da edição da Lei n. 14.478/2022.

Contudo, mesmo passados vários anos desde o surgimento das primeiras moedas digitais, permanecem abertas importantes lacunas na disciplina do criptomercado brasileiro, o que mantém o país em nítido atraso diante de outros Estados e das Recomendações do GAFI.

Como o mundo real não costuma esperar a liturgia do direito e, muito menos, a ação do Estado, nota-se no Brasil que, além da corrente atuação de centenas de corporações exploradoras das múltiplas vertentes dos criptomercado, é de conhecimento público que já se encontram espalhados pelo país terminais eletrônicos que permitem a conversão de moeda oficial em criptoativos e vice-versa, inclusive com a disponibilização de saques em espécie. Tais dispositivos para transações com criptomonedas, chamados de *Bitcoin ATMs*, já ultrapassam o montante de seis mil unidades instaladas em todo o planeta. Desses, 64% estão na América do Norte e 20% na Europa. Globalmente, estima-se que ocorram, em média, 11 instalações diárias de novos terminais. Esses números destacam o caráter “democrático” do bitcoin, no sentido de se trata de um ativo que, progressivamente, pode ser comprado ou negociado por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo.⁴²

Portanto, dada a realidade socioeconômica contemporânea, seria juridicamente descabida e pragmaticamente inútil uma declaração de guerra aos criptoativos, na linha de uma cruzada anticibernética. Isso implica em admitir que, longe de demonizar ou simplesmente criminalizar a utilização das moedas digitais, o rumo a ser trilhado pelo Estado brasileiro deve ser construído no sentido de resguardar os benefícios das novas tecnologias corporificadas pelas criptomonedas, sem, no entanto, deixar de garantir a persecução penal e a punição efetiva dos indivíduos e instituições que as utilizarem para fins socialmente espúrios.

É flagrante a sinalização da moderna doutrina no sentido de que, para tentar evitar a dissimulação patrimonial no seio do mercado de criptomonedas, as estratégias regulatórias devem ser centralizadas na etapa inicial do rito da lavagem de ativos. Portanto, à luz do direito comparado e das medidas que já vêm sendo implantadas no âmbito internacional, é recomendável, *de lege ferenda*, que, com as adaptações necessárias, não somente as

⁴² Sobre o tema: DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics: uma história de rebeldia...* *op. cit.*, p. 36/37.

denominadas exchanges (empresas que administram plataformas de negociação ou armazenagem de criptomoedas), mas também as grandes corporações que aceitem criptomoedas em troca de seus bens e serviços sejam submetidas às obrigações de identificação dos clientes e prestação de informações às autoridades estatais sobre operações definidas como suspeitas, nos mesmos moldes das tarefas antilavagem que já recaem sobre as instituições financeiras.

Assim se conclui com base nos princípios da função social da propriedade (cf. artigo 170, III da CR/88) e da função social da empresa (cf. artigos 421⁴³ e 1.228, § 1º, ambos do Código Civil⁴⁴; artigos 116, p. único⁴⁵ e 154⁴⁶, ambos da Lei n. 6.404/1976 e artigo 47 da Lei n. 11.101/2005⁴⁷), que incidem conjuntamente no sentido de determinar a conjugação equilibrada dos objetivos econômicos privados com a preservação de valores relevantes para a vida pacífica em sociedade. Não bastasse isso, a redação do artigo 192 da CF/88 sinaliza o reconhecimento da função social do próprio sistema financeiro nacional, haja vista que, segundo a dicção constitucional, o mesmo deve ser “*estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem (...)*”.

Consoante expusemos alhures⁴⁸, há que se relembrar e reforçar nos dias atuais a antiga parêmia latina *ibi emolumentum ibi onus*, segundo a qual todo aquele que auferir vantagem com o exercício de atividades arriscadas, deve arcar com o ônus de adotar todas as medidas

⁴³ Eis a redação: “Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁴⁴ Eis a redação: “Artigo 1.228. [...] § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

⁴⁵ Eis a redação: “Artigo 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

⁴⁶ Eis a redação: “Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

⁴⁷ Eis a redação: “Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

⁴⁸ MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo: criminal compliance, delinquência empresarial e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito das instituições financeiras*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 233.

preventivas possíveis para evitar danos a terceiros ou aos interesses da coletividade. Sendo assim, as possíveis arguições do direito de propriedade e das liberdades econômicas como obstáculos aos deveres de colaboração antilavagem não se sustentam diante da razoável admissão de que todos os membros têm deveres para com a comunidade em que estão inseridos. Esse entendimento está, inclusive, em consonância com o artigo 32, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto n. 678/1992, que expressamente estabelece que os direitos de cada pessoa (física ou jurídica) encontram-se legitimamente “*limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática (...)*”.

Embora a mera negociação e a detenção pura e simples de criptoativos não configurem, em si, comportamentos ilícitos ou dignos de punição, isso não afasta o preocupante reconhecimento de que a persistente deficiência regulatória aliada ao vigente clima de informalidade e impunidade do criptomercado brasileiro tornam o país extremamente propício e atrativo para a prática da criptolavagem.⁴⁹

Infelizmente, a Lei n. 14.478/2022 não mudou significativamente esse quadro ao se limitar a fixar alguns poucos conceitos genéricos. Em síntese, o legislador não desempenhou a contento a essência do trabalho regulatório que se fazia e ainda se faz necessária, perdendo, portanto, a oportunidade de tecer normas imprescindíveis sobre vários aspectos relevantes destacados ao longo do presente estudo. Aliás, o novo diploma legal sequer definiu qual entidade esclarecerá tais questões e sob quais condições ou garantias.

Nesse aspecto, vale lembrar que o Brasil é membro do GAFI desde o ano 2000 e está na iminência de ser submetido à 4ª avaliação de seu sistema antilavagem pelo referido organismo internacional, a qual será centralizada nos quesitos “cumprimento técnico” e “efetividade”. Na sequência do rito estabelecido, um grupo de analistas do GAFI produzirá um relatório (*mutual evaluation report*), cujo resultado pode, inclusive, levar o Brasil a ser suspenso ou colocado na lista de jurisdições não cooperantes, o que traduziria um prejuízo inestimável à

⁴⁹ No âmbito da doutrina brasileira, registre-se que Artur de Brito Gueiros Souza e Cecília Choeri Silva também alertam sobre a atratividade das moedas digitais para o cometimento do crime de branqueamento de capitais: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 165. Ano 28. São Paulo: RT, março 2020, p. 52.

reputação internacional do país e também implicaria em severas restrições de acesso a investimentos e mercados importantes.

É urgente, portanto, fazer com que os criptoativos deixem verdadeiramente de ser um ponto cego no ordenamento jurídico brasileiro e o caminho mais adequado nesse desiderato é manter os olhos abertos para os erros e acertos que as experiências estrangeiras já nos apontam.

8. Referências bibliográficas

SAIFEDEAN, Ammous. *O padrão bitcoin: a alternativa descentralizada à banca central*. São Paulo: Monstera, 2020.

BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda. Regulamentação internacional de moedas digitais. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 260/316.

BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. São Paulo: RT, out./2018, p. 131/176.

DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics: uma história de rebeldia*. São Paulo: LVM, 2021.

FERGUSON, Niall. *Ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo*. São Paulo: Planeta, 2017.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo: criminal compliance, delinquência empresarial e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito das instituições financeiras*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.

MASATCI, Kaan; ERTUGRUL, Hasan Murat. History of money and cryptocurrencies. In: BURAK Darlci; AYHAN, Fatih (Eds.). *Cryptocurrencies in all aspects*. Berlin: Peter Lang, 2019, p. 11/23.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 08/10/2022.

PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y tic: marco jurídico nacional europeo, modus operandi y criptomonedas*. Pamplona: Arazandi, 2019, p. 71/147.

RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e bitcoin: uma introdução. In: *Revista do Ministério Público*. N. 162. Ano 41. Lisboa: abr.-jun./2020, p. 77/115.

RÓDENAS MOLINA, Javier. *El delito de blanqueo de capitales: respuesta del Tribunal Supremo a 150 alegaciones utilizadas en la defensa legal del lavado de activos*. Madrid: CUNIEP, 2022.

SAIFEDEAN, Ammous. *O padrão bitcoin: a alternativa descentralizada à banca central*. São Paulo: Monstera, 2020.

SILVA, Alexandre Pacheco da. Oportunidades e oportunismos: as dimensões interna e externa de segurança do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 32/77.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 165. Ano 28. São Paulo: RT, março 2020, p. 41/69.

_____ ; NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Criptoativos e sua interface com a proteção da economia popular. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, abr.-jun./2022, p. 119/135.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 125.

TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 235/259.

ULRICH, Fernando. Aspectos econômicos do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 78/105.

WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção*. São Paulo: Rideel, 2022.

Domínio do fato à brasileira: na prática, a teoria é outra - Uma análise da relação entre a denúncia genérica em crimes societários e a aplicação da teoria do domínio do fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Daniella Maia Lósson¹

José Danilo Tavares Lobato²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo inicia com um panorama acerca dos fundamentos da teoria do domínio do fato para, então, voltar seus olhos à jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. A perspectiva analítica acerca das decisões dos Tribunais Superiores é inaugurada com uma crítica sobre a AP n° 470 julgada pelo STF. Ultrapassado esse momento inicial, a presente investigação lança luzes ao problema da denúncia genérica e às dificuldades de se individualizar as condutas dos agentes no âmbito dos crimes societários. A partir de um recorte temporal na jurisprudência do STJ dos anos de 2019 e 2020, investiga-se se, na jurisprudência do STJ, a denúncia genérica em crimes societários e a teoria do domínio do fato aplicada à moda brasileira foram convertidas em um mesmo ser dotado de duas faces e que serve como *fast track* para superar dificuldades probatórias.

Palavras-Chave: Teoria do Domínio do Fato – AP n° 470 STF – Jurisprudência do STJ – Denúncia Genérica – Crimes Societários

Abstract: This paper begins with an overview of the fundamental conceptions of the German Doctrine of Command Responsibility with the objective to highlight the jurisprudence of the Brazilian Superior Courts. The analytical perspective of this paper about the decisions of the Brazilian Superior Courts is inaugurated with a view on the leading case AP n° 470 judged by the Brazilian Supreme Court - STF. After this initial analysis, this investigation sheds light on

¹ Mestranda em Direito Penal no PPGD - UERJ e especialista em Direitos Humanos e Movimentos Sociais pelo NEPP-DH/UFRJ.

² Professor Visitante do PPGD-UERJ (Mestrado/Doutorado) e Professor Associado da UFRJ.

the problem of generic charging instrument and the difficulties of individualizing and proving the criminal act executed in a committed corporate crime. A special attention is given to the jurisprudence of the Brazilian Superior Court – STJ for the period 2019-2020 with an objective to clarify whether in the jurisprudence of the STJ, the generic charging instrument of a corporate crime and the Brazilian version of the Doctrine of Command Responsibility become or not the same being endowed with two faces that works as a fast track to overcome evidentiary challenges.

Keywords: Doctrine of Command Responsibility - Case AP 470 STF - STJ Jurisprudence – Generic Charging Instrument - Corporate Crimes

1. Introdução

No dia 22 de abril de 2013, foi publicado o acórdão referente à Ação Penal (AP) nº 470/MG, popularmente conhecida como “*Mensalão*”, julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) e cujo conteúdo ressoou não apenas na esfera dos réus. Se o julgamento televisionado e sua repercussão midiática possibilitaram que o leigo se sentisse municiado de expressões e conceitos para discutir o tema, não é difícil imaginar o impacto que causou sobre os iniciados no mundo jurídico.

O que interessa ao presente estudo é que o julgado funcionou, no âmbito jurídico, como agente catalisador de debates acerca das teorias do domínio do fato (gênero) e do domínio da organização (espécie), desenvolvidas pelo penalista alemão Claus Roxin, na década de 1960. Passou-se a questionar desde o acerto do seu emprego na AP nº 470 até a sua aplicabilidade no direito penal brasileiro. Tudo com uma dose de teoria, senso comum, desinformação e senso de oportunidade. Seria ingenuidade imaginar que tema tão em voga não repercutiria na jurisprudência e é esse o foco da investigação.

Estabeleceu-se a hipótese de que a expressão domínio do fato estaria sendo empregada como um *deus ex machina* para fundamentar decretos condenatórios relativos a uma velha conhecida: a denúncia genérica em crimes societários. Com efeito, se a viabilidade da inicial acusatória que não individualiza adequadamente as condutas dos réus, em crimes perpetrados no bojo de pessoas jurídicas, vem sendo acolhida pelos Tribunais Superiores, a dificuldade de descrever e provar a autoria muitas vezes prossegue no curso na instrução criminal. A teoria do

domínio do fato, portanto, através de ajustes, estaria sendo utilizada como um modelo de responsabilização penal nesses casos?

Buscou-se traçar um panorama da teoria do domínio do fato delineada por Roxin, para, então, realizar breves apontamentos de como os Ministros do STF recorreram à teoria no julgamento da AP nº 470. Em uma segunda chave teórica, tratou-se da denúncia genérica e das dificuldades de individualizar e provar as condutas em crimes societários.

Partindo dessas premissas, realizou-se uma busca, nas ementas de processos públicos que tramitaram perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como recorte temporal os anos de 2019 e 2020, das expressões “domínio do fato” e “domínio de organização”, com o fito de identificar a frequência com que eram mencionadas e o contexto de sua utilização, de modo verificar se a denúncia genérica em crimes societários e a teoria do domínio do fato aplicada à moda brasileira podem ser consideradas duas faces de uma mesma moeda, ou seja, técnicas voltadas a superar a dificuldade probatória da autoria em crimes dessa natureza. Por fim, diante do resultado encontrado, realizou-se uma análise crítica do emprego da teoria, apontando perspectivas para futuras discussões.

2. O domínio do fato e o domínio da organização para Roxin

Se não é correto dizer que a expressão domínio do fato foi cunhada por Roxin, é possível afirmar que o autor alemão lhe atribuiu conteúdo inovador, em sua monografia “*Autoria e domínio do fato*”, publicada na primeira metade da década de 1960, ao criar um esquema científico para estabelecer critérios diferenciadores das figuras do autor e do partícipe¹.

A necessidade de pensar essa distinção de modo tão cartesiano pode até soar como um certo preciosismo para aqueles acostumados a manejar o art. 29 do Código Penal brasileiro², mas decorre da exigência dos Códigos Penais alemães – tanto daquele contemporâneo à obra quanto do atualmente em vigor – de utilizar a identificação de autor e partícipe como critério de determinação do modo como o agente será punido. Como explicam Greco e Leite, há uma

¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal, Revista dos Tribunais, vol. 933/2013, p. 61 - 92, Jul / 2013, p. 65. “Hegler foi o primeiro que empregou em Direito Penal a expressão domínio do fato em monografia de 1915”: ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.81.

² Neste tocante, vale ressaltar a divergência sobre a compatibilidade ou de se assumir uma teoria diferenciadora frente a redação do art. 29, do CP. Sobre a questão, cf.: MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal – Lições Fundamentais – Parte Geral*. 7a.ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. p.861 e seg.

necessidade prática de diferenciação, já que, no direito alemão, os partícipes são apenados de modo diverso do autor: enquanto a cumplicidade (emprestar a arma) é punida com pena mais branda e não comporta tentativa, a instigação (convencer terceiro a atirar) implica as mesmas sanções do autor, mas não recebe punição no caso de tentativa de crimes mais leves.³

A diferenciação proposta por Roxin tem como método a análise do protagonismo do acontecer típico, de modo a identificar o autor como a sua figura central e o partícipe (cúmplice e instigador) como um personagem secundário do fenômeno observado, cuja punibilidade se dá meramente por extensão. A partir dessa premissa, de que o autor é a figura central do acontecer típico, decupa como tal centralidade pode se manifestar, sendo uma de suas expressões – e não a única, mas a que interessa à presente abordagem – o domínio do fato, que se concretiza nos delitos comuns comissivos dolosos⁴. Portanto, a tão repetida afirmativa de que *autor é quem tem o domínio do fato*, para a teoria germânica, é apenas um dos vários critérios de definição de autoria e está longe de ser um coringa no jogo responsabilização penal.

Então, o que caracteriza o domínio do fato para o penalista alemão? Roxin apresenta três roteiros de concretização dessa ideia: i.) o domínio da ação (autoria imediata)⁵, ii.) o domínio da vontade (autoria mediata)⁶ e iii.) o domínio funcional do fato (coautoria)⁷. As duas primeiras não possuem interesse para o estudo e, portanto, não comportam maiores digressões.

Quanto ao domínio da vontade, Roxin tratou da autoria mediata, é dizer, quando o autor domina a vontade de terceiro, que é transformado em instrumento para a execução do crime, mediante erro, coação, ou, ainda, através do que denominou domínio da organização⁸.

É a inovação teórica relativa ao domínio da organização que importa à pesquisa. Constitui proposta de uma nova forma de autoria mediata, que é levada a cabo por meio de um aparato de poder estruturado de tal modo que suas engrenagens o tornam capaz de assegurar que o comando que parte do topo da hierarquia (autor mediato) será executado pelo subordinado (autor imediato). Nesses casos, quem ordena não precisa se valer dos expedientes de erro e

³ Ibidem, p. 65 e seg.

⁴ Ibidem, p. 67 e seg.

⁵ ROXIN, Claus. op cit, p.151-164.

⁶ ROXIN, Claus. op cit, p.165-304.

⁷ ROXIN, Claus. op cit, p.305-336.

⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. op. cit., p. 69 e seg.

coação, já que o aparato de poder que comanda possui indivíduos suficientes, disponíveis e dispostos ao exercício da função de executor⁹.

Segundo Roxin, a autoria mediata no domínio da organização ocorre nos casos em que o autor mediato – o chamado homem de trás – ocupa uma posição de poder em uma organização verticalmente estruturada e dissociada do direito, aparelhada de tal modo que os autores imediatos que a integram seriam autorresponsáveis e fungíveis, de forma a garantir a execução da ordem, pouco importando a pessoa do executante¹⁰.

O exemplo histórico que facilita a compreensão é o caso do Estado Nazista, em que aqueles que possuíam posições de comando, como Hitler e Eichmann, detinham tal controle da engrenagem da violência nacional-socialista que lhes garantia a certeza de que suas ordens de extermínio seriam cumpridas. A eventual recusa de execução por um subordinado seria suprida facilmente por outro membro. Nesse sentido é que, no domínio da organização, está configurado o domínio do fato pelo autor mediato, pois ele não depende da decisão do executor individualmente considerado (como na instigação) para que seu plano seja implementado.¹¹

É possível listar, portanto, três requisitos para que se reconheça a autoria mediata pelo domínio da organização: i.) a existência de uma ordem oriunda de pessoa em posição de comando dentro de uma organização estruturada de forma vertical, ii.) que tal organização seja dissociada do direito e, ainda, iii.) possua estrutura que permita a fungibilidade entre seus integrantes, de modo a garantir o cumprimento da determinação mediante a substituição automática de um executor por outro, no caso de negativa. Enquanto o primeiro requisito não demanda grandes reflexões, sob risco de incorrer-se em truísmos, os dois seguintes merecem maior atenção.

A exigência de que a organização esteja dissociada do direito é elemento chave na aplicação da teoria de Roxin, que nega a sua extensão a empresas, por exemplo, restringindo-a

⁹ ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-342 e p. 331.

¹⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor, op. cit., p. 71-72.

¹¹ ROXIN, Claus, op. cit., p. 324.

aos aparatos organizados de poder com *total* abandono dos valores jurídicos da sociedade¹². Citam-se como exemplo governos totalitários¹³ e organizações terroristas e mafiosas¹⁴.

Nesse aspecto, a pessoa jurídica legalmente constituída e que desempenha atividade permitida não se encontra sequer em uma zona cinzenta capaz de justificar a aplicação da teoria proposta pelo autor alemão, ainda que a ideia de dissociação do direito seja, de certo modo, um conceito indeterminado. Afinal, em algumas hipóteses, é difícil apontar quem detém a legitimidade de definir em que perspectiva existe desconformidade total com o direito¹⁵, ou, ainda, consoante pontuado por Muñoz Conde, por vezes, seja difícil diferenciar estratégia de mercado e práticas criminosas, em casos como poluição ambiental, financiamento ilegal de partidos políticos ou lavagem de dinheiro¹⁶.

Quanto ao autor imediato, ele é fungível, ou seja, pode ser substituído por qualquer outro subalterno integrante da estrutura, na hipótese de negativa.

Ademais, diferente do que ocorre nos casos de erro e coação, o executor que compõe a organização dissociada do direito não tem sua vontade viciada, é agente plenamente responsável. Portanto, coexistem as vontades dos autores mediato e imediato, enquanto este domina a ação, aquele domina a organização, de modo a controlar a prática do crime por ele ordenado.¹⁷ O que normalmente seria caso de instigação, pelo superior, ganha feição de autoria, através da teoria do domínio da organização, em decorrência da peculiaridade do aparato de poder utilizado.

Diante desse breve quadro, é possível sintetizar que a teoria do domínio do fato está situada entre um de vários critérios metodológicos para a identificação da autoria. Ela é gênero, enquanto o domínio da organização é espécie, restrita a casos de autoria mediata.

¹² *Ibidem*, p. 336.

¹³ Sobre os estados totalitários, para melhor compreensão, cf.: ALEXYS, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. *Doxa*. Alicante, v.23, p.197-230, 2000. Disponível em: [doxa23_08.pdf \(ua.es\)](#). Acesso em 20/07/2021.

¹⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor, op. cit, p.74.

¹⁵ Apesar de não ser objeto do estudo, não se pode deixar de ressaltar que há dificuldade, em certos casos, de se afirmar peremptoriamente que determinado governo ou organização se encontra absolutamente fora do direito. É importante lançar um olhar crítico e cuidadoso em relação a classificações maniqueístas e visões contrapostas no estilo nós e eles, com o fito de evitar a utilização da teoria como instrumento para criminalizar adversários políticos, minorias étnicas e movimentos sociais, por exemplo.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”? *In* <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/16mconde.pdf>, acesso em 18, jan, 2021, p. 112.

¹⁷ ROXIN, Claus, op. cit. p. 335.

3. O domínio do fato e o domínio da organização no julgamento da AP n° 470, pelo Supremo Tribunal Federal

Os votos proferidos no curso do julgamento da AP n° 470 evidenciaram as expressões domínio do fato e domínio da organização e serviram como estímulo para reavivar o debate, no Brasil, da teoria alemã.

Longe da proposta de analisar minuciosamente seu conteúdo, o que se pretende é traçar um breve panorama do que foi afirmado no julgado a respeito do tema, para contextualizar o enfoque do presente estudo. Adiantando o desfecho do tópico, ressalva-se que a abordagem escolhida está ligada ao desvio do conteúdo original das teorias do domínio do fato e da organização e sua reinterpretação em determinados votos, movimento que, aliás, não foi um episódio inédito e que já teve lugar, inclusive, na jurisprudência alemã, como identificado pelo próprio Roxin¹⁸.

A polissemia¹⁹ dada às expressões domínio do fato e domínio da organização, pelos Ministros do STF, foi um elemento marcante do julgamento. Tomando como base o robusto estudo científico dos votos proferidos no julgamento da AP n° 470, realizado por Leite, é possível identificar uma confusão conceitual em diversas manifestações, que utilizaram as expressões em análise como sinônimos. Sem rigor científico, o gênero era utilizado no lugar da espécie. Mencionava-se a teoria do domínio do fato sem alusão ao domínio da organização para fundamentar a responsabilização penal de acusados que ostentavam posição hierárquica de comando²⁰.

Além do equívoco de nomenclatura, foi no ponto da admissão da atribuição de responsabilidade penal *tout court* ao sujeito que ocupa uma posição de comando em uma hierarquia que o julgado acabou por se desviar de forma importante da proposta de Roxin. Como visto, na teoria original, o lugar de comando capaz de caracterizar a autoria está

¹⁸ ROXIN, Claus. op. cit., p.336.

¹⁹ Adverte Roxin quando afirma que “hoje” quase todos os doutrinadores trabalham com a teoria do domínio do fato, apesar de inexistir clareza sobre o que se entende dentro desse conceito: ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p.129. Observe-se apenas que esse hoje refere-se a um passado de pelo menos 2 décadas. Contudo, no caso da jurisprudência brasileira, a polissemia chega a descaracterizar o instituto.

²⁰ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APN 470 do STF. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 106/2014, p. 47-90, Jan-Mar/2014.

contextualizado dentro de um arranjo muito específico: a organização que se encontra absolutamente fora do direito.

Entendimento diverso, no entanto, foi trilhado em alguns votos da AP n° 470, que sustentaram, sob a nomenclatura de domínio do fato – e, por vezes, domínio da organização –, a ideia de que a mera posição hierárquica de comando, ainda que dentro de uma estrutura conforme o direito (sociedade empresária ou governo), levaria à conclusão de que o agente teria concorrido para a prática de delitos perpetrados no bojo dessas engrenagens de poder.

Na realidade, o emprego da teoria do domínio do fato no julgamento parece estar ligada à maior dificuldade probatória²¹ para a atribuição de responsabilidade a agentes políticos e particulares que ocupavam elevada posição hierárquica.

Ilustrativamente, é possível citar o voto da Min. Rosa Weber ao tratar da responsabilidade do núcleo financeiro dos dirigentes do Banco Rural pelo crime de gestão fraudulenta, em que restou pontuado expressamente que “(...) nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes.”²² Nessa mesma frequência foi o voto do Min. Joaquim Barbosa em relação à prática do crime de corrupção ativa no núcleo político, ao afirmar que José Dirceu “*detinha o domínio final dos fatos*”, em decorrência de seu “*cargo elevadíssimo*”.²³

A Min. Rosa Weber, aliás, justificou a utilização da teoria de modo que interessa bastante à pesquisa, ao expor que “às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça.”²⁴

²¹ Nesse aspecto, vale destacar parte da ementa da AP 975 do STF em que se registrou que “não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto”. Apesar de o Voto do Min Edson Fachin buscar corrigir imprecisões argumentativas do STF no uso da teoria do domínio do fato, no final de seu voto abre-se margem a uma nova confusão, agora, com a teoria da cegueira deliberada: “O que se percebe, diuturnamente, é a corriqueira menção à teoria do domínio do fato em substituição, quiçá, à teoria da cegueira deliberada, esta sim, voltada à comprovação do dolo eventual (...) “Contudo, seja adotando a teoria do domínio do fato, seja adotando a teoria da cegueira deliberada, o resultado prático da presente ação penal seguiria inalterado”.

²² Apud LEITE, Alaor, op. cit.

²³ Apud Ibidem.

²⁴ Apud Ibidem.

A deturpação da teoria de Roxin foi tão sensível que Leite sugeriu que o raciocínio traçado na AP n° 470 fosse batizado de “*teoria do domínio da posição*”²⁵, de modo a afastá-lo da nomenclatura utilizada pelo penalista alemão. Em sua crítica, o autor assevera que

O conceito de domínio do fato foi utilizado como termo vazio, descomprometido com o teor semântico que a ciência lhe emprestara ao longo de anos de discussão científica, e, em uma acrobacia interpretativa, retirou-se do conceito aquilo que nele se havia anteriormente colocado. Inventou-se um conteúdo para a ideia de domínio do fato – o de que a teoria do domínio do fato (melhor: domínio da posição) se prestaria a fundamentar a responsabilidade de um sujeito que ocupa posição de destaque em uma hierarquia – e, num segundo momento, deduziram-se as conclusões mais concretas do conceito forjado de domínio do fato: como a teoria do domínio do fato determinaria que os sujeitos em posição de comando possuem o domínio dos fatos puníveis que ocorrem abaixo deles, então, os sujeitos que gozam dessas posições e que contavam como acusados na APn 470 seriam autores dos fatos puníveis. Contra esse tipo de equívoco devemos lutar incansavelmente.²⁶

De todo modo, ressalva-se que os debates e as próprias condenações na AP 470 não tiveram como único fundamento a referida teoria, até porque o resultado do julgamento se concretiza numa junção heterogênea de convicções, decorrente do voto de cada Ministro. Aliás, o manejo da tese foi objeto de dissenso na Corte, como é possível extrair dos questionamentos, realizados pelo Min. Celso de Mello, quanto à sua adequação e compatibilidade com o princípio da presunção de inocência.²⁷

Nesse sentido, a análise de outros aspectos do julgado, que sobejam o objeto do estudo, conduz à conclusão de que diversas condenações não se fundamentaram apenas na verificação do domínio da posição²⁸.

O que interessa à pesquisa, no entanto, é apenas o que foi pinçado da AP n° 470 e reproduzido na jurisprudência com a nomenclatura de domínio do fato. Como já ressaltava Streck, o risco é que ela seja utilizada como “*uma nova ‘ponderação’ ou em uma espécie de ‘argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade’*, como se fosse uma cláusula aberta, volátil, dúctil.”²⁹

²⁵ Op. cit.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ DINIZ, Gustavo Saad; DINIZ, Laura Maniglia Puccinelli. Organizações societárias e as repercussões do julgamento da APn 470/MG pelo STF. In Revista dos Tribunais, vol. 933/2013, p. 273-284 Jul / 2013, p. 281.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. In Revista de Estudos Criminais, n° 56, p. 97-111, Jan-Mar/2015, p. 101.

De fato, embora não se possa dizer que foram uníssonas, diversas manifestações de Ministros do STF, ao fazerem referência à celebrada tese tedesca, de certo modo como uma tentativa de emprego de um argumento de autoridade, mas lhe atribuindo conteúdo diferente, acabaram por incentivar o uso de uma fórmula de responsabilização que flerta com a responsabilidade penal objetiva, uma verdadeira teoria do domínio do fato à brasileira, que guarda pouca semelhança com a teoria alemã.

4. A denúncia genérica nos crimes societários

A denúncia necessita conter “*a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*”, uma exigência intuitiva dentro do Estado Democrático de Direito, prevista no art. 41 do Código de Processo Penal, de forma a permitir que o acusado conheça o que lhe está sendo imputado e exerça adequadamente sua defesa, afiançada pelas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Em adição, a narrativa acusatória inicial deve ser instruída com indícios razoáveis de autoria e materialidade, de modo a preencher o arcabouço fático que compõe a justa causa para a deflagração da ação penal.

Todavia, no caso de delitos mais complexos, praticados por meio de pessoas jurídicas, existe um óbice para a adequada narrativa de todo o *iter criminis*, decorrente da dificuldade de ordem prática de conhecer e provar o que ocorre dentro dessas estruturas hierárquicas, notadamente no que respeita à criminalidade econômica. Demais disso, a complexidade do mundo organizacional globalizado confere uma primeira impressão de licitude dos fatos³⁰, cenário que dificulta uma abordagem investigativa mais efetiva.

É nesse contexto de escassez de meios investigatórios tradicionais do que ocorre na vida corporativa que encontra terreno fértil a denominada denúncia genérica, aquela que não descreve de forma consistente a atuação de cada autor e partícipe na prática delitiva. Ela constitui, portanto, uma ferramenta circunstancial criada para solucionar uma questão de ordem prática. Em verdade, não se trata de um problema novo³¹, mas nos últimos anos houve uma escalada no uso dessa ferramenta.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *In* Revista dos Tribunais, vol. 906/2001, p. 231-252, Abr/2001, p. 235.

³¹ Já em 1996 havia a indicação doutrinária da ocorrência dessa prática na formulação das peças acusatórias do MP, cf.: MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.12, p.27-36, 1996.

Como regra, a narrativa pouco consistente da inicial acusatória leva à sua rejeição, conforme dicção do art. 395, inc. II do Código de Processo Penal. No entanto, a jurisprudência, embora oscilante, tende a admitir uma descrição não tão sólida, em situações tidas como excepcionais, nas quais se identifica dificuldade de acesso e prova do *iter criminis*, diante da gravidade e complexidade objetiva (situação fática) e subjetiva (número de agentes) do fato, desde que a defesa não reste inviabilizada.³²

Voto proferido, em junho de 2009, pelo Min. Ayres Britto, relator do Inquérito n° 2.584-4/SP, que tramitou perante o Plenário do STF, denota essa permissividade em nome da viabilidade de persecução criminal, ao admitir a “*denúncia mais ou menos genérica, porque, em se tratando de delitos societários, se faz extremamente difícil individualizar condutas que são concebidas e quase sempre executadas de portas fechadas*” (p. 21³³).

A ideia de denúncia “*mais ou menos genérica*” encontra eco nos dias de hoje e sua abordagem tem se sofisticado. Em uma superficial pesquisa das expressões “*denúncia*” e “*crime societário*”, na base de acórdãos do STF disponibilizada na internet, tendo como recorte também os anos de 2019 e 2020 e foco apenas na leitura das ementas, foram identificados quatro julgados da Primeira Turma³⁴ e dois da Segunda Turma³⁵ enfrentando a questão. Todos assentaram o entendimento de que, nos crimes societários, não é exigida que a narrativa acusatória minudencie o comportamento de cada agente.

O voto proferido pelo Min. Barroso, relator do HC n° 186.849/PA, desenha bem o estado da arte da denúncia genérica em crimes societários, dispensando a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, no momento inicial da deflagração da ação penal, desde que possível a compreensão da imputação e viabilizada a defesa³⁶.

Inspirados pelos embaraços enfrentados na prática, manuais seguiram com certo casuísmo, diante da dificuldade de fixar critérios científicos seguros, para restringir o conceito

³² LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 727-728.

³³ A paginação das transcrições de acórdãos refere-se ao arquivo disponibilizado pelos Tribunais contendo o seu inteiro teor: ementa, relatório e votos do julgamento colegiado.

³⁴ HC n° 186849 AgR/PA, HC n° 180539/RJ, AgR, RE n° 1243415/ES AgR e HC n° 157022/BA.

³⁵ HC n° 168446 AgR/SP e HC n° 156962 AgR/RJ.

³⁶ “*Ademais, a jurisprudência do STF é de que, em se tratando de crimes praticados por mais de um agente, não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, sendo certa a impossibilidade de, nesse momento processual, se exigir do órgão acusador o esgotamento das minúcias dos fatos incriminadores postos sob investigação (HC 178.837, Rel. Min. Luiz Fux). E mais: nos crimes societários é prescindível a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, bastando a descrição do fato típico, das circunstâncias comuns, os motivos do crime e indícios suficientes de autoria ainda que sucintamente, a fim de garantir o direito à ampla defesa e contraditório (HC 136.822, Rel. Min. Luiz Fux)*” (p. 12)

de denúncia genérica, buscando diferenciá-la do que seria uma acusação geral, hígida e admissível.

A denúncia geral estaria configurada, segundo Pacelli, quando há imputação do fato delituoso a todos de forma indistinta, “*independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade (e, assim, do poder de gerenciamento ou de decisão sobre a matéria)*”³⁷, nesses casos, a comprovação de que os denunciados obraram da mesma forma seria “*matéria de prova, e não pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.*”³⁸

Ao conceito de denúncia genérica restaria o cenário de uma narrativa mais confusa de “*vários fatos típicos, ou mesmo de várias condutas que contribuem ou estão abrangidas pelo núcleo de um único tipo penal*”³⁹, sem que seja possível compreender como cada integrante da sociedade agiu.

Esse o afrouxamento da necessidade da descrição minudenciada na inicial acusatória é bastante criticado por setores da doutrina ao identificá-la como um modo de erosão de garantias do processo penal. Gomes, há mais de duas décadas, já assentava que a garantia fundamental de conhecer, previamente, os motivos da acusação não perde a eficácia na persecução de crimes societários. Segundo o autor, quando o inquérito policial não é exitoso na individualização das condutas, o caminho é a realização de novas diligências e não a tentativa compensar a deficiência instrutória com a quebra de garantias fundamentais⁴⁰.

No entanto, considerando o princípio do *in dubio pro societate*, em um primeiro momento, não há como negar que a denúncia genérica parece uma solução para a dificuldade de narrativa enfrentada nos crimes societários. É sedutor o argumento de que é possível sanar a ausência de detalhamento em outro momento processual, a instrução probatória⁴¹, como se extrai da ressalva do voto supramencionado do Min. Barroso, que admite uma descrição geral e sem individualização de condutas, no momento processual do recebimento da denúncia. Seria um modo de conformar o objetivo de arrostar tal espécie de delito e garantir a possibilidade de

³⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 176.

³⁸ Ibidem, p. 176.

³⁹ Ibidem, p. 176.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11/1995, p. 245-261, Jul-Set/1995, p. 246.

⁴¹ Não se pode deixar de relevar que constitui uma inversão procedimental que viola garantias constitucionais desconsiderar a narrativa de denúncia como norte para a atividade probatória, relegando a esta a função de complementar aquela. Como iniciar uma ação penal sem ciência exata do que se pretende provar?

defesa dos réus, desde o início do processo, mas exercida de forma ampla, irrestrita e de modo diferido, quando complementada a descrição das condutas.

Contudo, o que se apresenta como uma engenhosa solução – apesar de arranhar garantias processuais do réu, repise-se – constitui, muitas vezes, uma fuga para frente. Ainda que se reconheça a viabilidade de que provas produzidas no curso do processo contribuam, extemporaneamente, para compor a narrativa da acusação inicial, tais como depoimento de testemunhas, confissão, documentos, entre outras, não se pode olvidar que existe um volume de casos que não atingem o êxito almejado e a individualização prometida jamais será entregue.

Aceita-se a denúncia imprecisa como um ato de fé na instrução probatória. Essa aceitação rompe com o paradigma científico que deve nortear o Direito Processual Penal na regulação da obtenção da prova. No caso, a prova deixa de ser falseável e, em boa medida, institui a prova diabólica da obrigação de o réu provar um fato negativo.

É nesse ponto que se encontra a hipótese do estudo: estaria a teoria do domínio do fato à brasileira sendo utilizada como outra face da moeda da denúncia genérica, de modo a viabilizar condenações em sede de ações penais estéreis, nas quais a instrução probatória não logrou minudenciar o que foi descrito imprecisamente na inicial acusatória? Em caso positivo, como se desenvolve essa dinâmica?

5. A teoria do domínio do fato à brasileira e a denúncia genérica em crimes societários, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O caminho escolhido para a verificação da hipótese foi a análise dos processos que chegaram ao STJ envolvendo o tema. Tendo como recorte temporal os anos de 2019 e 2020, realizou-se uma busca pelas expressões “*domínio do fato*” e “*domínio de organização*”, na base de dados de processos públicos do Tribunal, disponível na internet.

A primeira constatação foi que nenhuma ementa de acórdão fazia referência ao termo “*domínio da organização*”. Mesmo quando alargado o contorno temporal da busca, não houve menção à teoria⁴². Por outro lado, restaram catalogados 15 julgados com referência ao “*domínio do fato*”, cenário que indica marcante preferência pelo uso dessa nomenclatura e, talvez, um esquecimento ou desconhecimento da origem da tese aplicada no Brasil.

⁴² Logrou-se apenas um resultado, mas sem relação com a teoria do domínio da organização, pois a ementa se referia ao espaço físico em que atuava organização criminosa: “*na área de domínio da organização*”. (HC 232451/RJ).

Foram identificadas 5 ementas de julgamentos da Sexta Turma, todos envolvendo crimes societários, sendo 4 crimes contra a ordem tributária e 1 crime contra a economia e as relações de consumo. Com relação à Quinta Turma, a pesquisa localizou 10 ementas (duas relativas ao mesmo caso) e a metade abordava a criminalidade empresarial. Com uma diversidade maior de temas, foram localizados 2 acórdãos tratando de crimes contra a ordem tributária e 4 de crimes ambientais, os demais tinham como objeto delitos de corrupção, homicídio, latrocínio e associação criminosa armada⁴³. Diante desse resultado preliminar, foram foco de análise os 10 acórdãos⁴⁴ cuja matéria envolvia a crimes societários.

A partir da leitura do inteiro teor dos julgados, verificou-se que o termo “*domínio final do fato*” foi utilizado em alguns votos com a mesma semântica objeto do estudo, uma variação de nomenclatura para traduzir a mesma ideia. Assim, mantendo o recorte temporal de 2 anos, realizou-se outra busca na base de dados pública do STJ por essa terceira expressão, para identificar eventual escape de decisão. Foram apresentadas 4 ementas como resultado da pesquisa, sendo que 2 já haviam aparecido na busca do termo “*domínio do fato*”. Restaram 2 acórdãos⁴⁵, um de cada Turma com competência criminal, ambos tratando de crimes contra a ordem tributária praticados através de pessoas jurídicas. Acrescentado o terceiro termo à pesquisa, foram colhidos, no acervo de 17 julgados, 12 acórdãos tratando de crimes societários (2 se referem ao mesmo caso)⁴⁶. Eles constituem cerca de 70% do resultado da busca, o que denota uma prevalência do uso da teoria do domínio do fato dentro da temática da criminalidade societária, pelo STJ, nos anos de 2019 e 2020.

Quanto ao momento processual em que teoria do domínio do fato foi abordada, constatou-se que 5 acórdãos se referiam a processos cuja instrução probatória já estava encerrada⁴⁷. Os outros 7 enfrentaram a teoria na fase incipiente da ação penal, em discussões

⁴³ Os seguintes os julgados não guardam relação com o objeto da pesquisa: AgRg no AREsp 1619918 / SP , RHC 118591 / PR, HC 542739 / SC, HC 532021 / ES, AgRg no AREsp 1425424 / SP.

⁴⁴ RHC 128050/PR, AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp 1527212/DF, RHC 111023/BA, AgRg no REsp 1874619/ PE, AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP, RHC 97488/PR e RHC 113447/RN.

⁴⁵ AgRg no RHC 118630/RJ e AgRg no RHC 103206/PR.

⁴⁶ RHC 128050/PR, AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp 1527212 /DF, RHC 111023/BA, AgRg no REsp 1874619/ PE, AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP, RHC 97488/PR, RHC 113447/RN, AgRg no RHC 118630/RJ, AgRg no RHC 103206/PR.

⁴⁷ AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no REsp 1874619/ PE e REsp 1854893/SP.

relativas à individualização, pela acusação, da conduta dos denunciados⁴⁸. Considerando o quantitativo similar, conclui-se, provisoriamente, que a referida teoria tem sido utilizada como argumento em duas frentes, tanto para reforçar a possibilidade de recebimento da denúncia genérica, quanto para fundamentar a condenação em crimes societários.

Dos 5 acórdãos que ingressaram no objeto da ação penal, todos requestravam o descontentamento com uma denúncia pouco descritiva, que desaguava em éditos condenatórios sem grande substância a respeito do liame entre a conduta do réu e a prática delitiva. Há, portanto, uma ligação entre a denúncia genérica/geral e a utilização da teoria do domínio do fato pelo menos como uma tese para a condenação.

Traço marcante que afasta a teoria do domínio do fato à brasileira daquela que lhe serviu de inspiração (teoria do domínio da organização) é que, além de não se dirigir a hipóteses de autoria mediata, ela é aplicada a narrativas que imputam a conduta delitiva a um único agente, ou seja, um uso completamente descolado das razões que serviram ao desenvolvimento da citada teoria. De fato, conforme ressaltado anteriormente, cuidou-se de uma técnica utilizada para a responsabilização penal daquele que ocupa posição elevada em uma hierarquia que não se encontra totalmente fora do direito, pouco importando se o delito imputado foi praticado coletivamente.

Fragmento do voto condutor do AgRg no AREsp 1.527.212/DF, que tramitou perante a Quinta Turma do STJ, reproduziu trecho do acórdão recorrido, cujo teor constitui uma honesta explicação dos motivos que levaram a jurisprudência a delinear e a adotar a teoria. Nele é reconhecido que a complexidade para a comprovação da autoria em crime societário, "*em especial quando se trata de grandes corporações, as quais possuem, em regra, grande descentralização de responsabilidades*", foi o mote para a criação da teoria do domínio do fato, "*por meio da qual as pessoas físicas podem ser responsabilizadas criminalmente, por crimes cometidos no âmbito das entidades corporativas*"⁴⁹.

Nessa mesma frequência e complementando a ideia, outra passagem de decisão colegiada proferida na instância inferior, colacionada no AgRg no REsp 1.874.619/PE, julgando

⁴⁸ RHC 128050/PR, RHC 111023/BA, AgRg no AREsp 1390932/PR, RHC 97488/PR, RHC 113447/RN, AgRg no RHC 118630/RJ e AgRg no RHC 103206/PR.

⁴⁹ "*Contudo, revela-se bastante complexa a obtenção da comprovação da autoria dos crimes cometidos no âmbito da pessoa jurídica, em especial quando se trata de grandes corporações, as quais possuem, em regra, grande descentralização de responsabilidades. Diante desse quadro, criou-se a Teoria do Domínio do Fato, por meio da qual as pessoas físicas podem ser responsabilizadas criminalmente, por crimes cometidos no âmbito das entidades corporativas.*"(p. 7-8)

pela Sexta Turma do STJ, denota como o conceito de posição de comando, abordado na teoria do domínio da organização, inspirou a teoria domínio do fato aplicada pelos Tribunais brasileiros. Assim, quem exerce “*poder de mando*” na empresa, mesmo que sem execução direta da conduta típica, “*controla a atividade de outrem, em muitos casos, funcionário qualificado, v. g., o contador, que realiza a parte fiscal.*”⁵⁰

Assim, o que se verifica, na verdade, é a utilização da teoria do domínio da organização esvaziada de seu escopo e de quase todos seus requisitos originais. Se por um lado a finalidade da teoria do domínio da organização alemã é diferenciar autoria e participação, tendo como norte a autoria mediata, a teoria do domínio do fato à brasileira está dirigida a resolver um problema de índole prática, de ordem processual, que é a produção da prova no curso da persecução criminal de delitos societários, ou seja, um completo desvirtuamento do que em termos científicos se entende como teoria do domínio do fato.

No que respeita aos requisitos para a configuração do domínio da organização, resta à tese jurisprudencial brasileira apenas a ideia de que o ocupante de posição de comando em uma estrutura hierarquizada deve ser responsabilizado pelos crimes praticados por meio dela, pouco importando se realizou a conduta material. São desconsideradas a ressalva de que essa estrutura deve estar fora do direito, além da necessidade de que exista a figura do executor e que ele seja fungível. Há apenas o domínio da posição a se perquirir, como alertado por Leite⁵¹.

De fato, em metade dos acórdãos⁵², não houve menção à ideia de autoria mediata ou à pluralidade de agentes⁵³, no máximo, foi possível identificar a atribuição, pela defesa, de responsabilidade a terceiro (contador) que não figurava sequer como denunciado⁵⁴. Na outra metade⁵⁵, a pluralidade de acusados se fundamentava apenas na divisão das posições de comando dentro da pessoa jurídica, sem menção à atuação de subordinados, sendo que em um

⁵⁰ “*Ademais, cuidando-se de crime contra a Ordem Tributária, o autor do ilícito é quem comanda a empresa, pela administração, e na mesma exerce o poder de mando, de decisão; essa pessoa determina o que pode acontecer, inclusive, a evitar a prática do ato que configura o tipo penal. Consoante a teoria do domínio do fato, neste específico pertinente, a conduta é atribuída ao sujeito ativo, o verdadeiro administrador, sócio-gerente, que, muitas vezes, ainda sem diretamente executar tal conduta típica, controla a atividade de outrem, em muitos casos, funcionário qualificado, v. g., o contador, que realiza a parte fiscal.*” (p. 8)

⁵¹ Op. cit.

⁵² RHC 128050/PR, AgRg no REsp 1858911/ PR, EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF, AgRg no AREsp, 1527212/DF, RHC 111023/BA e AgRg no REsp 1874619/ PE.

⁵³ Houve apenas inclusão de pessoa jurídica no polo passivo da demanda por crime ambiental (RHC 111023/BA).

⁵⁴ AgRg no REsp 1858911/ PR

⁵⁵ AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP, RHC 97488/PR, RHC 113447/RN, AgRg no RHC 118630/RJ, AgRg no RHC 103206/PR.

dos recursos apenas a defesa, com o fito de afastar o dolo, referia-se à prática da conduta por empregados e profissionais contratados⁵⁶.

Eventual responsabilização de subordinado executor da conduta típica não foi abordada na amostra. Os debates são travados numa perspectiva binária, que pode ser reduzida na seguinte pergunta: a posição de comando ocupada pelo denunciado em uma pessoa jurídica é suficiente para a sua responsabilização por crimes societários? A análise de como tem sido respondida essa pergunta pelo STJ é o passo seguinte do estudo. Pouco mais de 30% dos feitos estudados, 4 acórdãos da Sexta Turma⁵⁷, rechaçaram de modo expresso o emprego da teoria do domínio do fato⁵⁸, sendo que o objeto de metade era o recebimento da denúncia⁵⁹ e a outra parte a análise do mérito da ação penal, com a consequente absolvição⁶⁰.

Apesar da firme argumentação, existe um certo pudor, nessas decisões colegiadas, em reconhecer *ipsis litteris* que a teoria do domínio do fato, como vem sendo aplicada na jurisprudência brasileira, é fruto de sua própria inventividade. É desfeito o equívoco na utilização da tese e sequer se reconhece a possibilidade científica da via do domínio da posição.

⁵⁶ REsp 1854893/SP.

⁵⁷ AgRg no REsp 1874619/ PE, AgRg no AREsp 1390932/PR, REsp 1854893/SP e RHC 113447/RN.

⁵⁸ Por todos, o seguinte trecho do voto condutor do REsp 1854893/SP, proferido pelo Min. Rogério Schietti Cruz: “*Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso). Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.*”

O mesmo equívoco ocorre quando se considera o domínio do fato para imputar a responsabilidade penal nas hipóteses em que o gestor determina que alguém, como por exemplo, o contador, faça a manipulação dos dados contábeis com a finalidade de sonegar tributo. Haverá, em tal hipótese, mera coautoria delitiva, o que impossibilita a invocação da teoria do domínio do fato. Com efeito, sob o ponto de vista de Welzel acerca do domínio final do fato na autoria mediata, faltaria o domínio pleno sobre o fato integral, na medida em que a conduta do contador depende da não só de sua aquiescência (ele é livre), mas dos seus conhecimentos técnicos que possibilitam a sonegação (sua conduta se agrega à vontade do gestor). De igual forma, também não haverá o domínio do fato de que trata Roxin, o qual pressupõe um aparato organizado de poder, este concebido à margem da lei. Por isso, é possível constatar que a teoria do domínio do fato, seja sob a concepção de Welzel, seja sob a Roxin, não permite, isoladamente, que se faça uma acusação pela prática de crime tributário – aliás, de qualquer crime –, eis que a imputação deve ser acompanhada da devida descrição, no plano fático, do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado delituoso.” (p.12-13)

⁵⁹ AgRg no AREsp 1390932/PR e RHC 113447/RN.

⁶⁰ AgRg no REsp 1874619/ PE e REsp 1854893/SP.

Os 2 julgados da Sexta Turma que trataram do mérito da ação penal reformaram decisões condenatórias em segunda instância que aplicavam a teoria do domínio do fato, o que indica, embora não seja objeto do estudo, a aplicação da tese nas instâncias inferiores.

Quanto aos demais acórdãos, eles admitem de algum modo a aplicação da teoria do domínio do fato: 2 decisões colegiadas da Sexta Turma e todas as 6 proferidas pela Quinta Turma (66% da amostra). É possível reconhecer, portanto, no período analisado, uma tendência do STJ a admitir a teoria do domínio do fato, não obstante a Sexta Turma oscile seu posicionamento.

Embora seja arriscado afirmar, diante da diminuta quantidade de acórdãos da pesquisa, pode-se sugerir que a plasticidade do entendimento da Sexta Turma está direcionada ao tema regularidade da denúncia, de modo a admitir o domínio do fato como um argumento de reforço da possibilidade da acusação inicial não individualizar completamente condutas em crimes societários, mas não como instrumento para fundamentar a condenação.

Com efeito, no RHC 97.488/PR, apesar do voto condutor do julgamento não enfrentar diretamente a aplicação da teoria do domínio do fato, reproduzindo apenas a cultura de, em delitos societários, *“não ser necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada”* (p. 9), a questão foi posta em debate no voto vencido, que destacou a ilegalidade da denúncia ao deixar de indicar como os réus, sócios-proprietários e administradores, teriam contribuído para a prática do delito.

Cenário similar foi reproduzido no AgRg no RHC 103.206/PR, que afastou a tese defensiva de inépcia da denúncia em virtude da ausência individualização das condutas e atribuição de responsabilidade objetiva, ao fundamento de que a denúncia não se baseou apenas na qualidade de sócio dos acusados, mas na circunstância de que *“na condição de administradores, detinham o poder de gerência, o que lhes davam (sic) domínio final do fato delituoso”* (p. 7).

Nesse julgado, sem dissenso, foi firmado o entendimento de que a descrição do poder de gerência dos sócios, na inicial acusatória, é suficiente para que reste caracterizada a individualização das condutas dos denunciados e afastada a responsabilização objetiva, já que tal posição, dentro da empresa, implica o domínio do fato delituoso. Prosseguindo a leitura do voto condutor do julgamento, no entanto, essa conclusão parece se limitar à autorização para a

deflagração da ação penal, como uma espécie de presunção relativa e indiciária que poderá ser desfeita (se não provada) no curso da instrução probatória⁶¹.

Quanto aos 6 acórdãos da Quinta Turma, todos admitiram a aplicação da teoria do domínio do fato. Metade desses julgados não aplicou a tese *tout court*: um caso envolvendo condenação, outro o recebimento da denúncia e um terceiro que enfrentou a irresignação da ré quanto a medidas cautelares aplicadas. No AgRg no REsp 1.858.911/PR, não foi a simples condição de gestor que levou à manutenção da condenação do réu. Além da teoria do domínio do fato, a fundamentação do voto condutor do julgamento fazia alusão à existência de provas que indicariam o liame entre o acusado e a prática delitiva⁶², já que, em seu interrogatório, “atribuiu a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias às dificuldades financeiras de ordem pessoal, bem como à crise que atingiu a empresa a partir de 2012.” (p. 12).

Nessa mesma toada, no julgamento do RHC 111.023/BA, que tratou da inépcia da denúncia, paralelamente à ideia de domínio do fato foi apontada a existência de elementos indiciários de que os atos ilícitos “foram cometidos com inteira aquiescência e autorização” (p. 11) do denunciado, na medida em que ele foi o responsável por receber a fiscalização ambiental e prestar informações, além de ter deixado de apresentar documentos requeridos pela autoridade administrativa.

Quanto ao AgRg no RHC 118.630/RJ, que analisou a regularidade da imposição de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, o julgado refere-se a uma conduta concreta atribuída à denunciada, a transferência fraudulenta de quotas sociais a interposta pessoa (laranja), e não apenas à sua posição de gestora. Demais disso, menciona que as circunstâncias do caso concreto, laços de parentesco e vínculo conjugal com os demais integrantes da organização criminosa, indicariam sua ciência e adesão aos crimes objeto da ação penal.

⁶¹ “Não se tratando de empresa de grande porte, com multiplicidade de tarefas bem definidas entre seus gestores, a sonegação de relevante valor pode ser admitida como indiciariamente realizada pelos administradores da empresa, assim admitindo-se a persecução criminal, em que a prova determinará a efetiva colaboração para o crime.” (p. 8).

⁶² O julgamento não ingressou na análise do acervo fático-probatório, com fundamento no óbice do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ, mas tratou do reconhecimento, pelas instâncias inferiores, de provas de autoria para refutar a tese de responsabilização penal objetiva do recorrente.

Ao traçar raciocínio que liga o gestor à prática criminosa com fundamento em elementos de prova⁶³ e sem se valer meramente de sua posição ocupada na hierarquia social, os 3 acórdãos parecem fazer referência ao domínio do fato muito mais como um jargão contemporâneo para a atribuição de responsabilidade do que como método científico (sic) para o reconhecimento da autoria. Com efeito, se a premissa para a aplicação (criação) da teoria na jurisprudência brasileira é a dificuldade probatória em crimes societários, uma vez identificadas provas do liame entre acusado e fatos apurados, o manejo da tese é esvaziado. Mais uma vez, o uso do domínio do fato parece estar associado a uma ideia de argumento de reforço.

Apenas 2 acórdãos⁶⁴, ambos da Quinta Turma, tratando do mesmo caso, fundamentaram a condenação somente na teoria do domínio do fato. Dito de outro modo, no recorte temporal analisado, a tese fundamentou sozinha apenas uma condenação no STJ. Diante disso, é possível afirmar que segunda parte da hipótese, o acolhimento da teoria do domínio do fato como argumento para fundamentar condenações em sede de instrução probatória pouco frutífera, foi igualmente confirmada na jurisprudência do STJ, mas de modo isolado e não como uma tendência.

Por fim, em 3 acórdãos da Quinta Turma e em 1 julgado da Sexta Turma, notou-se o que parece ser a criação de um novo requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato: a diminuta estrutura organizacional da sociedade. Como forma de refutar as teses defensivas de ausência de individualização das condutas e atribuição de responsabilidade objetiva, as decisões colegiadas recorreram a uma outra presunção para legitimar o domínio do fato: pessoas jurídicas de pequeno e médio porte possuem estrutura mais simples, sem significativa divisão de tarefas de gestão, o que conduziria à conclusão de que o administrador/gestor, nesses casos, estaria ciente e atuaria de algum modo para a prática do crime, devendo ser responsabilizado.

A argumentação nesse sentido é sempre muito direta, sem espaço para maiores discussões: *“tratando-se empresa de pequeno porte, centralizadas as decisões em sua figura, bem caracterizados, assim, os indícios de autoria”*⁶⁵ ou, ainda, *“não se tratando de empresa de grande porte, com multiplicidade de tarefas bem definidas entre seus gestores, a songação de*

⁶³ A qualidade da prova e seu conteúdo não são objeto – e nem poderiam ser – de discussão neste prosaico estudo de acórdãos.

⁶⁴ EDcl no AgRg no AREsp 1527212/DF e AgRg no AREsp 1527212/DF.

⁶⁵ RHC 111023/BA, p. 11.

relevante valor pode ser admitida como indiciariamente realizada pelos administradores da empresa(...)”⁶⁶

Curiosa foi a fundamentação do AgRg no AREsp 1.527.212/DF. Apesar de reproduzir trecho do acórdão recorrido que trouxe como essência da criação da teoria do domínio do fato a dificuldade probatória em relação a crimes cometidos “*no âmbito da pessoa jurídica, em especial quando se trata de grandes corporações, as quais possuem, em regra, grande descentralização de responsabilidades.*” (p. 7-8), chega a uma conclusão que parece contraditória, ao excluir a pessoa jurídica de grande porte da presunção de que aquele que detém poder de comando na hierarquia deve ser responsabilizado pelos crimes praticados através de sua estrutura⁶⁷.

O desenho da exigência do pequeno ou médio porte da pessoa jurídica como requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato é identificado pela sintomática referência, nos acórdãos analisados, a julgados de anos anteriores tratando do tema, bem assim por sua abordagem como tópico de defesa. Ilustrativamente, como se extrai do relatório do AgRg no AREsp 1.527.212/DF, uma das alegações defensivas foi no sentido de “*que a empresa a (sic) qual o acusado é sócio-administrador é de grande porte, não podendo ser responsabilizado*” (p. 4).

Tal constatação conduz a um questionamento importante: estariam os crimes praticados no bojo de grandes empresas excluídos da aplicação da teoria do domínio do fato? Não há segurança para responder à pergunta e isso se deve à plasticidade dessa construção nacional, elaborada na prática e conforme a demanda forense, por mais incongruente que essa afirmação possa soar, essa é a nossa realidade.

Ademais, como a pesquisa se limitou à leitura dos acórdãos do STJ, sem acesso aos autos, existe um óbice para a análise empírica do porte das pessoas jurídicas envolvidas na amostra remanescente que não enfrentou a discussão referente ao tamanho de sua estrutura. De todo modo, o julgamento dos EDcl no AgRg no AREsp 1.527.212/DF é uma pista interessante. Instada a Quinta Turma a se manifestar sobre a omissão a respeito do tamanho da empresa,

⁶⁶ AgRg no RHC 103206/PR, p. 8.

⁶⁷ “*Assim, não se trata de pessoa jurídica de grande porte, mas de uma empresa familiar, cujos cargos de direção e administração são exercidos pelos próprios sócios. Segundo o acórdão recorrido, à época dos fatos, o envolvido exercia a gestão centralizada e pessoal, tendo plenos poderes de gerência sobre as atividades nela desenvolvidas. Dessa forma, o réu detinha o domínio dos fatos delitivos ora analisados, devendo responder por eles.*” (p. 8)

ressaltou que sua análise implicaria reexame de prova vedado em sede de Recurso Especial, no entanto, em comentário lateral (*obiter dictum*) reconheceu que o grande porte da sociedade não autorizaria a aplicação da teoria do domínio do fato⁶⁸.

Diante desse cenário, a argumentação baseada no porte da pessoa jurídica mostra-se como uma armadilha para a sustentação da teoria do domínio do fato, nos Tribunais brasileiros. A ideia de que a estrutura menos complexa de pessoas jurídicas de pequeno e médio porte autorizaria a dedução de que seus administradores estariam a par e contribuiriam de algum modo para a consecução dos crimes praticados no ambiente corporativo, simplesmente em decorrência de sua posição, tem um contraponto, reconhecido na própria fundamentação dos julgados que a acolhem. Seguindo essa linha de raciocínio, a estrutura mais complexa de sociedade de grande porte, cuja gestão é descentralizada em várias pessoas, impediria a presunção de conhecimento e poder dos gestores sobre os ilícitos, circunstância que obstaría a aplicação da teoria do domínio do fato, nesses casos.

Então, se o manejo da teoria do domínio do fato em relação a crimes societários, nos tribunais brasileiros, é justificado pela dificuldade probatória decorrente da complexidade e do pouco acesso às decisões tomadas a portas fechadas no âmbito empresarial, como excluir de sua aplicação, sem violar sua lógica interna e a isonomia, as pessoas jurídicas de grande porte? Na verdade, a verificação da ocorrência de gestão concentrada em pessoas jurídicas de estruturas menores que conduziria à atribuição da responsabilidade penal àquele que ocupa posição de comando aproxima-se muito mais de um norte para a valoração da prova do que de um requisito para a aplicação da teoria do domínio do fato, cuja justificativa brasileira, repise-se, é exatamente a dificuldade de obtenção de elementos probatórios.

Ademais, considerando a intrínseca relação entre denúncia genérica e domínio do fato, o reconhecimento desse requisito poderia, inclusive, arrefecer o assentado entendimento jurisprudencial de que seria regular a chamada denúncia geral, nos casos de pessoas jurídicas de grande porte, já que incabível a correlação direta entre a posição de comando e as práticas delitivas em grandes estruturas organizacionais.

Como visto, a teoria do domínio do fato vem sendo moldada pelas Cortes brasileiras sem rigor científico e tem se mostrado muito mais associada à questão prática referente à

⁶⁸ “ que concluir que a empresa em questão é de grande porte, o que impediria o envolvido de responder pelo tipo penal, como requer a parte recorrente, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ” (p. 6)

valoração da prova (ou da sua ausência) do que como um subsídio teórico para a atribuição de responsabilidade penal, conjuntura que enseja insegurança jurídica e concretiza o temor de Streck de que seu manejo corriqueiro a torne volátil e dúctil⁶⁹.

De outra banda, associada à denúncia genérica, a teoria do domínio do fato à brasileira também pode ser compreendida como um sintoma da obediência acrítica ao princípio constitucional da celeridade processual, consubstanciada na urgência da entrega da prestação jurisdicional com o fito de concretizar a efetividade do direito penal. É imprescindível denunciar, é necessário condenar e garantir que a pretensão punitiva não será fulminada pela prescrição. Diante disso, a corrida por provas precisa ser de curta distância e eficaz, ainda que presunções sejam utilizadas como atalhos.

Louvável luta contra a procrastinação, no entanto, deixa de considerar o princípio da duração razoável do processo, que não significa apenas a rapidez na entrega da prestação jurisdicional, mas é igualmente composto pela ideia de desaceleração como medida indispensável para a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁷⁰

Com efeito, não envelhece o escólio de Grinover, Fernandes e Gomes Filho de que o direito à prova é um aspecto de particular importância no contraditório, na medida em que o exercício da ação e da defesa “*fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes.*”⁷¹ Nesse aspecto, a utilização de atalhos probatórios pode, efetivamente, contaminar a prestação jurisdicional.

6. Conclusão

Um julgamento realizado pelo Plenário da mais alta Corte do país ganhou notoriedade por diversos aspectos, inclusive pelo emprego pouco ortodoxo da teoria do domínio do fato, formulada há mais de meio século por um penalista alemão ainda vivo. O questionamento a respeito de algumas consequências desse desvio de rota qualificado pela autoridade do emissor

⁶⁹ Op. cit., p. 101.

⁷⁰ SOUZA, José Augusto Garcia de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. Revista de Processo, vol. 280/2018. p. 95-142, Jun/2018.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 143.

da mensagem constituiu o estímulo para o desenvolvimento do estudo. Levantou-se a hipótese de que, em crimes societários, denúncia genérica e teoria do domínio do fato seriam utilizadas em dinâmica complementar. Essa como um instrumento para legitimar condenações, nos casos de instrução probatória pouco exitosa em ação penal deflagrada por aquela. O que se identificou, através da análise de 2 anos (2019 e 2020) de julgamentos do STJ, foi muito além disso. Todos julgados estudados enfrentaram o desconforto defensivo a respeito da frágil individualização das condutas dos acusados. Quanto ao momento processual do debate, houve um quantitativo muito similar envolvendo tanto situações anteriores à instrução probatória, quanto após sua conclusão, na análise do mérito da pretensão punitiva estatal. Nesse aspecto, a teoria tem sido utilizada como argumento em duas frentes, tanto para reforçar a possibilidade de recebimento da denúncia genérica, quanto para justificar o pedido de condenação.

Demais disso, o conteúdo dos acórdãos analisados conduz à afirmação de que a teoria do domínio do fato é aplicada através do simples exame da posição de comando, único resquício da teoria do domínio da organização alemã que a inspirou. São desconsideradas a ressalva de que a estrutura hierárquica deve estar fora do direito, além da necessidade de que exista a figura do executor e que ele seja fungível. No recorte temporal pesquisado, houve uma tendência do STJ⁷² a admitir a teoria do domínio do fato no bojo de processos deflagrados por denúncias genéricas/gerais, mas não se verificou uma propensão marcante de seu manejo como único fundamento da condenação. Na verdade, a sua menção aparecia, de modo prevalente, como um argumento de reforço em relação a outros elementos de prova.

Identificou-se, ainda, curiosa dinâmica na aplicação da teoria. Com o fito de reforçar a presunção da responsabilização penal pelo domínio da posição, alguns julgados passaram a justificá-la pela concentração de poderes nas mãos de um único gestor, em virtude da simplicidade da estrutura societária, e criaram um requisito obscuro e nem sempre mencionado para o emprego da tese, que é a verificação do pequeno ou médio porte da pessoa jurídica envolvida.

A consequência imediata dessa via argumentativa é afastar a aplicação da teoria às sociedades de grande porte, o que viola a isonomia e a própria lógica interna da teoria do domínio do fato aplicada à moda brasileira, cujo fundamento é a superação da dificuldade probatória relativa a crimes praticados no ambiente corporativo, mais acentuada,

⁷² Oscilante na Sexta Turma e uníssona na Quinta Turma.

evidentemente, em grandes empresas. A segunda consequência é o arrefecimento da fundamentação que autoriza a admissão da chamada denúncia geral em crimes cometidos através de sociedades de grande porte, já que implica a impossibilidade, nesses casos, do estabelecimento de liame seguro entre a posição ocupada e os fatos praticados através de complexas estruturas organizacionais. Por outro lado, o combo denúncia genérica e teoria do domínio do fato à brasileira também pode ser compreendido como um sintoma da obediência acrítica ao princípio constitucional da celeridade processual, consubstanciada na utilização de atalhos nem sempre hígidos para viabilizar a rápida entrega da prestação jurisdicional com o fito de garantir a efetividade do direito penal.

Em suma, a conjuntura extraída de dois anos de julgamentos do STJ possibilitou confirmar a relação de complementariedade, adunada a partir da dificuldade probatória em crimes societários, entre a denúncia genérica e a teoria do domínio do fato à brasileira, cuja origem é fruto da inventividade do julgador. Longe de se tratar de uma teoria fechada, elaborada cientificamente, a teoria do domínio do fato à brasileira apresenta marcante traço de plasticidade, variando de acordo com a necessidade do caso concreto, a depender dos elementos de prova que instruem os autos e da argumentação das partes, horizonte que dificulta o encontro de um padrão científico e acarreta insegurança jurídica.

7. Referências

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. *Doxa*. Alicante, v.23, p.197-230, 2000. Disponível em: [doxa23_08.pdf \(ua.es\)](#). Acesso em 20/07/2021.

DINIZ, Gustavo Saad; DINIZ, Laura Maniglia Puccinelli. Organizações societárias e as repercussões do julgamento da APN 470/MG pelo STF. In *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, Jul / 2013.

GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. In *Revista dos Tribunais*, vol. 906/2001, p. 231-252, Abr/2011.

_____ Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 11/1995, p. 245-261 Jul-Set/1995.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal, *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, p. 61 - 92 , Jul / 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ªed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APN 470 do STF. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 106/2014, p. 47-90, Jan-Mar/2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.12, p.27-36, 1996.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal – Lições Fundamentais – Parte Geral*. 7a.ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”? In <<http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/16mconde.pdf>>, acesso em 18, jan, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

ROXIN, Claus. Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). Temas de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-342.

ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SOUZA, José Augusto Garcia de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. *Revista de Processo*, vol. 280/2018, p. 95-102, Jun/2018.

STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. *In Revista de Estudos Criminais*, nº 56, p. 97-111, Jan-Mar/2015.

Lobby: a disputa do poder público pelo setor privado
Lobby: the dispute of public administration by the private sector

Emanuel Tomé Marcondes¹

Davi de Paiva Costa Tangerino²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo se debruça sobre a prática do *lobby*, no liame existente entre o setor público e privado, sendo compreendido como ferramenta na representação de interesses e influenciador na tomada de decisões pelo poder público. O recorte expositivo do tema recaí sobre o conceito da prática do *lobby*, se a atividade pode ser nociva para a sociedade Democrática de Direito, qual a sua distinção em relação aos delitos de corrupção ativa e tráfico de influência e, por fim, quais seriam os possíveis caminhos a serem trilhados pelos estudiosos do tema.

Palavras-chave: *Lobby*; Política; Crimes Políticos; Sistema Representativo;

Abstract: The article focuses on lobbying within the existing link between the public and private sectors. In particular, lobbying understood as a tool for representing interests and influencing decision-making by the public authorities. The exposition of the theme focuses on what the practice of lobbying is, whether it can be harmful to the democratic society under the rule of law, what its distinction is concerning the offenses of active corruption and influence peddling, and, finally, what are the possible paths to be taken by scholars of the theme.

Keywords: Lobby; Politics; Political Crimes; Representative system;

¹ Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina, emanuel.marcondes@uel.br, *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/8940316974650338>, advogado criminalista.

² Doutor em Direito Penal (USP), com estágio doutoral da Universidade Humboldt em Berlim. Professor da UERJ.

1. Introdução

Antes de enfrentar diretamente o tema, é necessário retroceder um passo e afastar o senso comum que rodeia a palavra *lobby*, para enfim compreender de forma neutra o seu surgimento, não atribuindo conotação negativa ou positiva à palavra.

Não se tem ao certo a origem política da expressão *lobby*, termo trazido do inglês para a língua portuguesa que pode ser traduzido livremente por “antecâmara”, “saguão” ou “sala de entrada”. De todo modo, o que se verifica é que seu uso sempre esteve associado com a entrada dos hotéis em que se hospedavam os parlamentares nos Estados Unidos e na Inglaterra, ou até mesmo se vincula com a entrada dos decisórios políticos por onde caminham os funcionários públicos¹.

Em todo caso, a palavra surge para designar as pessoas que, em busca de representar os seus interesses ou de terceiros, aguardavam a passagem dos políticos para abordá-los, a fim de convencê-los a adotar um posicionamento favorável à causa representada.

Desde então, *lobby* passa a ser tratado como a prática de representação de interesses frente ao poder público, em especial o poder político, capaz de tomar decisões que influenciam toda a sociedade².

O tema inclusive já foi foco de debates pelo governo brasileiro; neste viés, no ano de 2016, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) realizou um grupo de estudos a fim de promover esclarecimentos a respeito da prática do *lobby* e sua regularização³.

¹ SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulamentação das atividades do lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas: análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil**. 2007. 542 f. Tese (Doutorado do Curso de Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 101; em igual sentido: “Conforme Dicionário Etimológico, a origem da palavra lobby, vem do latim medieval da palavra “lobia”, é equivalente de saguão, mas acabou assumindo o sentido de salão amplo de hotéis”. LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, corrupção e tráfico de influência: definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 20.

² Assim como explicam Luigi Graziano (1997:2) e Ricardo Luiz Ribeiro Saul (2018), o surgimento do *lobby* (e dos grupos de pressão de um modo geral) pode ser considerado um rompimento das construções teóricas de repensar a sociedade civil propostas por Tocqueville, para se fundir em um modelo próprio decorrente do sistema capitalista inserido em uma sociedade pluralista, articulado em torno dos estudos que se iniciam a partir do livro “The Process of Government” de Arthur F. Bentley, publicado originalmente em 1908.

³ Além dos estudos apresentados, já foram levadas ao debate legislativo inúmeras propostas de regularização do *lobby*, que se mostraram infrutíferas, por inúmeros fatores, entre elas: i) Projeto de Lei nº 25/84 e nº 203/89; ii) Projeto de Resolução nº 72/95; iii) Projeto de Resolução nº 23/95; iv) Projeto de Resolução nº 87/00; v) Projeto de Resolução nº 203/01; vi) Projeto de Lei nº 6.928/02; vii) Projeto de Lei nº 1.713/03; viii) Projeto de Lei nº 5.470/05 e nº 1.202/07; ix) Projeto de Resolução nº 103/07; x) Projeto de Lei 336/15; e xi) Proposta de Emenda à Constituição nº 47/16.

Como resultado, os estudos da CGU facilitaram o entendimento acerca do conceito, definindo-o como sendo a “atividade” que tem como finalidade influenciar nos “processos decisórios governamentais”, a qual é realizada de forma organizada “por indivíduos ou grupos de interesse definidos e legítimos, conforme a lei e a ética.”⁴

A CGU ainda traz observações que devem ser contempladas na regulamentação da prática do *lobby*, sendo elas: i) a organização frente à atividade, submetendo-se aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade afirmados pelo art. 37 da Constituição Federal; ii) a definição de quem poderá exercê-la e sua legitimidade frente ao poder público; e iii) o respeito não só à legislação, mas à ética, que garanta o cumprimento do instrumento do *lobby* dentro dos princípios constitucionais citados acima⁵.

Assim, o artigo se estrutura em quatro capítulos. No primeiro momento, é apresentado um conceito do termo, com maior compreensão do modo em que é efetivamente exercida a atividade. Após, segue-se uma necessária análise sobre o malefício social quando o *lobby* é realizado sem transparência e igualdade entre os grupos, bem como a distinção da atividade em comparação com delitos que comumente são com ela confundidos (corrupção ativa e tráfico de influência) para, ao final, concluir pela aceitação do instituto, sem olvidar da precaução que deve ser tomada para garantir o interesse público em uma sociedade Democrática de Direito⁶.

2. A atuação do lobista na discricionariedade do poder público

A possibilidade de representar um interesse privado perante o Poder Público não é algo exclusivo da prática do *lobby*. Observa-se que a representação de interesses, nos mais diversos mecanismos da democracia representativa, como o voto, plebiscito e referendo, ocorrem dia após dia dentro da sociedade pós-moderna.

⁴ Marilândia de Fátima Araújo (org.). **Regulamentação do Lobby**. Brasília: **Relatório do Grupo de Trabalho**, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/institucionais/arquivos/relatorio_lobby.pdf/view. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁵ Idem, p. 3-5.

⁶ Para os fins a que se prestam o presente estudo, considera-se sociedade Democrática de Direito sinônimo de Estado Democrático de Direito, podendo ser definido, nas palavras de Alexandre de Moraes, como sendo a “exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", para mais adiante, em seu artigo 14, proclamar que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular"; MORAES, Alexandre de. Reforma política do Estado e democratização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.89, n.776, p. 34-59, jun. 2000, p. 1.

Assim, o *lobby* pode ser compreendido como um mecanismo, em meio a tantos outros, que se encontra imiscuído em uma sociedade que se organiza em grupos (estruturados ou não), de modo que esses grupos necessariamente se vinculam a um interesse que os represente.

Bentley, precursor do pluralismo na literatura estadunidense, descreve as estruturas de organização social por meio de grupos, cada qual com seus interesses em comum, de modo que não existe a sociedade sem que exista grupo e “*the group and the interest are not separate*”⁷ (o grupo e o interesse não são separados).

Esses grupos, na busca de representar seus interesses, exercem pressão entre si dos mais diversos modos⁸, sendo o *lobby* a prática profissional e institucionalizada dessa representação de interesses. Para tanto, o lobista (agente que pratica o *lobby*) dispõe de inúmeras ferramentas que são decisivas para formação da opinião do funcionário público.

A respeito do tema, importante elucidação é trazida por Gustavo M. T. Gazotto⁹, no desenvolvimento da dissertação o autor esclarece as ações realizadas pelos lobistas, em especial norte-americanos, no convencimento dos *policymakers*. Entre as práticas, merece destaque a realização de *white papers*, *positions papers*, *think tanks* e pareceres técnicos, como instrumentos aptos a serem utilizados na obtenção de interesses e convencimento pelos lobistas.

Esclarecendo os conceitos, os *white papers* consistem na feitura de documentos orientados por um interesse e nos conformes da pesquisa científica, já os *positions papers*, se apresentam enquanto comunicados, geralmente de um determinado setor da economia, direcionados a sociedade e ao poder público¹⁰.

Os *think tanks*, por sua vez, apresentam um teor mais complexo, relacionando-se à criação de organizações, instituições, entre outros, voltadas para difundir ideais relacionados a um setor específico da sociedade. Sobre o assunto, Gazotto ainda esclarece o papel

⁷ BENTLEY, op. cit., p. 211.

⁸ “*Pressure is broad enough to include all forms of the group influence upon group, from battle and riot to abstract reasoning and sensitive morality.*” Traduzindo livremente: “A pressão é ampla o suficiente para incluir todas as formas do grupo exercer influência sobre outro grupo, desde batalhas e tumultos até exercícios abstratos e sensibilidade à moralidade.” BENTLEY, op. cit., p. 259.

⁹ GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil: entre influência privada e interesse público.** 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

¹⁰ Gazotto não deixa de duvidar da nocividade da feitura dos documentos pelos lobistas, os quais podem induzir, por meio de erros metodológicos, ao convencimento deturpado de soluções para os problemas da sociedade. Nas palavras do autor: “Destaca-se que, quando desatento a critérios de transparência metodológica, esse instrumento pode colaborar com efeitos deturpados para o campo científico.” GAZOTTO, op. cit., p. 46.

desenvolvido pelos *think tanks* nos Estados Unidos e como a realidade brasileira dessas ferramentas é voltada para os partidos políticos:

Contemporaneamente, a realidade é outra. Nos Estados Unidos existem mais de cinco mil *think tanks* reconhecidos por sua seriedade e independência (sem vínculos com o governo ou a universidade). No Brasil, os mais atuantes estão ligados a partidos políticos, com diretrizes políticas claras ou a uma corporação específica: Instituto Lula (defensor das realizações do ex-presidente), Instituto Mises Brasil (promotor do livre mercado), bem como o Instituto Palavra Livre (militante da liberdade de imprensa) são exemplos típicos e que ilustram o funcionamento da ferramenta¹¹.

Por fim, um importante espaço para debates e convencimentos dos *policymakers* são as audiências públicas, em que os lobistas podem apresentar estudos e pareceres ressaltando pontos positivos do interesse representado. Ainda nas palavras de Gazotto:

Quando o projeto de lei já se encontra redigido, a atividade de comunicação do *lobby* ao *policy maker* ocorre em outros momentos, não tanto através de publicações técnicas, mas diretamente, nas comissões ou no plenário, conforme o estágio do ato normativo no processo legislativo. Distribuída a proposição legislativa à comissão temática, os lobbies terão a oportunidade de participar de audiências públicas, seminários e reuniões de trabalho, de modo a interagir com os legisladores, elevar o debate e apresentar as demandas sociais. Como as comissões se baseiam nos pareceres dos relatores, estes se tornam alvos privilegiados dos lobistas antes dos demais membros da comissão¹².

Portanto, o *lobby* pode ser conceituado como a atividade de representação de interesses perante o poder público, em especial o Poder Legislativo, o qual é influenciado por meio de ferramentas legítimas de convencimento.

Assim, a importância do instituto é dotada de viés democrático, visto que, além de ser respaldada pelo texto constitucional¹³, o *lobby* opera enquanto ferramenta de convencimento

¹¹ GAZOTTO, op. cit., p. 52.

¹² *Ibidem*, p. 46.

¹³ Para Andréa Cristina de J. Oliveira, com a constituinte de 1988 é possível que se encontre respaldo legal para o exercício do instituto, citando, como exemplo, o art. 5º, da CF/88, e sua compatibilidade com o *lobby* ao declarar os direitos: i) à liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV); ii) à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX); iii) à liberdade de reunião (inciso XVI); à liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII); iv) ao acesso à informação pública de interesse particular, coletivo ou geral (inciso XXXIII); e v) de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (inciso XXXIV, alínea a); OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobby* no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, n. 42, p.29-43, dez. 2005.

do funcionário público para que realize uma ação ou omissão orientado pelo conhecimento e estudo do caso que o lobista consegue oferecer¹⁴.

Reside, portanto, no fato de o corpo legislativo (e executivo e judiciário) não ter a capacidade humana de saber e conhecer todos os campos em que necessariamente ele opera, dessarte, o lobista consegue, de maneira parcial, apresentar uma maior compreensão sobre os efeitos negativos ou positivos que a ação pública pode gerar em diversos campos, como por exemplo na medicina, agronomia, educação, sociologia, engenharia, economia, entre outros¹⁵.

No entanto, ainda resta uma indagação: existe realmente a prática do *lobby* ilícito? Se sim, como ele opera?

3. “Lobby ilícito” e o ordenamento jurídico

A tese exposta por Luiz Alberto dos Santos envolvendo a prática de *lobby* e a teoria dos grupos é crucial para compreender a dicotomia entre os pesquisadores sociais acerca do tema, demonstrando a divergência quanto a existência ou não do *lobby* ilícito¹⁶.

Há uma parcela dos estudiosos que compreendem existir um caráter nocivo dos grupos de interesses em um cenário democrático, bem como uma relação tênue entre o *lobby* e a prática de delitos políticos¹⁷. Por outro lado, há outro entendimento, principalmente da corrente pluralista, que afirma não haver efeitos negativos da prática do *lobby*, visto que uma limitação

¹⁴ SANTOS, op. cit., p. 88 – 110; GRAZIANO, Luigi. O Lobby e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 12, n. 35, 1997, p. 5; SAUL, Ricardo Luiz Ribeiro. A constitucionalidade das atividades de lobbying no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.110, nov./dez. 2018, p. 3.

¹⁵ “A prática do *lobbying* é importante instrumento no âmbito do sistema democrático, à medida que provê um fórum para a resolução de conflitos entre pontos de vista diversos e concorrentes e institui um sistema de “*checks and balances*” que permite a competição entre os grupos de interesse.” SANTOS, op. cit., p. 88. *Notas pessoais*: Importante ainda que esclareça que embora não se tenha uma legislação que regulamente o *lobby*, a sua prática continua a existir de igual forma. O que ocorre, e aqui reside o principal ponto de crítica dos estudiosos do tema, é que a ausência de regulamentação apenas torna a sua prática obscura e inibe o alcance positivo que o instituto teria para um Estado Democrático. Veja-se, a título de exemplo, a inclusão do furto qualificado por emprego de explosivo como crime hediondo, advindo com o “Pacote Anticrime”, que representa fortes indícios de *lobby* exercido pelo setor bancário, para um recrudescimento penal e proteção patrimonial de suas agências bancárias. No entanto, sem uma regulamentação, não há transparência e contraditório sobre essa importante mudança legislativa, nem maiores estudos de seu impacto a longo prazo.

¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 88-110.

¹⁷ Neste sentido: MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962; BERRY, Jeffrey M. **The interest group society**. Boston: Scott, Foresman/Little Brown Series in Political Science, 1989; TRUMAN, David B. **The governmental process**. New York: Knof, 1951. Nos estudos sobre Truman, Luiz Alberto dos Santos descreve ainda o posicionamento desfavorável do sociólogo aos grupos de interesse, principalmente quanto ao papel desempenhado por eles, os quais são seguidos de acontecimentos ocorridos nos EUA, negativos ao desenvolvimento do Estado, como por exemplo os grupos de fazendeiros e sua relação com o governo americano, que controlavam a oferta para manter o preço alto no mercado. SANTOS, op. cit., p. 91.

do Estado frente à possibilidade de agentes externos defenderem seus interesses constituiria afronta ao direito de liberdade de expressão¹⁸.

Quanto à primeira corrente, todo Estado que busca pela regularização do instituto deve abrir espaço para a problemática levantada. Isso porque, ainda que o *lobby* seja inerente à democracia representativa, não perde força por completo o argumento de nocividade do *lobby*, visto que ainda que seja legítima a sua prática, sob uma perspectiva democrática, merecem atenção os seus efeitos práticos dentro de uma noção de igualdade.

Sobre o tema, Conrado A. C. Gontijo afirma que a existência do *lobby* representa papel importante para consagração de direitos fundamentais, ao passo que resguarda elevado valor para a tomada de decisões políticas. Entretanto, o professor não olvida que a prática pode acarretar um enfraquecimento da democracia quando indevidamente regularizada, ainda que faça parte do Estado Democrático de Direito:

Desse modo, é inequívoco que a prática do lobby jamais poderá ser proibida em sociedade que se afirme democrática. Todavia, não se pode ignorar que, a depender da maneira como se dá a interação entre os lobistas e os agentes públicos, é possível que as importantes vantagens potencialmente por ela geradas sejam suplantadas por efeitos negativos para a democracia e para a sociedade, situação que revela a importância de que se criem balizas normativas que incidam sobre o instituto¹⁹.

Nesta senda, a principal legitimidade abarcada pelo *lobby* é seu valor democrático, enquanto ferramenta legítima de acesso da sociedade ao poder público, bem como na melhora qualitativa na tomada de decisões pelos *policymakers*. De outro modo, justamente pelo *lobby* ser atividade praticada em sua maioria pelo setor privado (que não deixa de atender ao interesse público), é que abre margem para que o capital seja propulsor da desigualdade na representação de interesses.

Ainda que não seja o único ou principal recurso, merece maior atenção a relação entre a prática do *lobby* e sua efetividade a depender do montante alocado, ponto suscitado por Gary S. Becker há meio século e que merece maior atenção acadêmica.

¹⁸ Entre eles, Gary S. Becker (1984), que defende a liberdade de representação de interesses frente ao Estado pelos diversos segmentos da sociedade, mas que compreende o efeito negativo desses grupos quando há um desnivelamento entre os seus concorrentes, tema tratado logo a seguir. BECKER, Gary S. Public Policies, Pressure Groups and Dead-Weight Costs. In STIGLER, G. J. (editor) **Chicago Studies in Political Economy**. Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 85-105.

¹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby*: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 66.

Além de expor algumas tendências sociais negativas enquanto resultado da atuação dos grupos de pressão nos Estados Unidos²⁰, o autor ainda demonstra que o governo se apresenta enquanto resultado de diversos fatores inerentes a uma sociedade pluralista, de modo que os grupos de interesses influenciam a política em níveis proporcionais relacionado ao incentivo financeiro.

Essa capacidade de influência correlaciona-se com a “utilidade” do representante do interesse, que será tanto maior quanto for a despesa ou alocação de recurso financeiro, sendo influenciada pela tributação ou subsídios ofertados pelo Estado²¹.

Desse modo, é possível aumentar a igualdade da pressão exercida por diferentes grupos de pressão através da alteração do custo de peso morto e benefícios da implementação dos subsídios e da tributação, orientados pelo “*compensation principle*” da economia²². Outrossim, os grupos de pressão pouco estruturados ganham força com subsídios do governo, enquanto grupos de pressão fortemente estruturados podem ser onerados para nivelar a sua influência com os demais:

If payoffs from political activities do not distinguish between identical members of s [persons were subsidized] and identical members of t [persons were taxed], subsidies and taxes would be public goods to recipients and payers, who then have strong incentives to share cost by exerting pressure collectively²³.

²⁰ Entre elas, Becker pontua sobre a desregulamentação e privatização de “movimentos” e a falsa percepção de menor eficiência de empresas públicas em comparação com empresas privadas. BECKER, op. cit., p. 2.

²¹ BECKER, op. cit., p. 2-8.

²² “*The new welfare economics developed the compensation principle to determine whether public policies are socially beneficial. Some of the pioneers even claimed that policy is beneficial as long as gainers could compensate losers, regardless of whether compensation is actually paid.*”; tradução livre: “A nova economia do bem-estar desenvolveu o princípio da compensação para determinar se as políticas públicas são socialmente benéficas. Alguns dos pioneiros até alegaram que a política é benéfica desde que os ganhadores possam compensar os perdedores, independentemente de a compensação ser realmente paga”. BECKER, op. cit. p. 12.

²³ “Se as recompensas das atividades políticas não distinguem entre a identidade de membros de “s” [pessoas que foram subsidiadas] e identidade de membros de “t” [pessoas que foram tributadas], subsídios e impostos seriam de interesses públicos para recebedores e pagadores, que então têm fortes incentivos para dividir os custos pelo exercício coletivo da pressão” [tradução livre]. BECKER, op. cit., p. 5; Mais adiante, Becker conclui a sua exposição: “*each active group exerts pressure to affect its subsidies and taxes, where the activities of different groups are related because of the equality between the total amount raised in taxes and total amount paid out in subsidies. [...] This paper argues that dead weight (or social) cost and benefits of taxes and subsidies are also fundamental to the determination of political outcomes. And increase in the dead weight cost of taxing a group encourages pressure by that group because the cost of higher taxes on members is increased*”, traduzido livremente: “cada grupo ativo exerce pressão para afetar seus subsídios e impostos, onde as atividades dos diferentes grupos estão relacionadas pela igualdade entre o valor total arrecadado em impostos e o valor total pago em subsídios. [...] Este artigo argumenta que o custo e os benefícios do peso morto (ou social) dos impostos e subsídios também são fundamentais para a determinação dos resultados políticos. E o aumento do custo de peso morto de taxar um grupo encoraja a pressão desse grupo porque o custo de impostos mais altos sobre os membros aumenta.” BECKER, op. cit., p. 24.

Dessa forma, a regularização do instituto não deve se abster da questão financeira, não só na transparência de recursos alocados, como também na criação de limites normativos e políticas públicas de inclusão para que seja equilibrada a relação de poder, sem, contudo, frear os avanços benéficos da prática do *lobby*.

Ainda quanto à relação do *lobby* com o capital alocado, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) recomenda em seus estudos que a regularização deve limitar, ou até mesmo proibir, que o lobista ofereça qualquer presente ou vantagem para funcionário público²⁴.

No Brasil já existe legislação acerca do recebimento de presentes pelo funcionário público no âmbito federal. A Lei n.º 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, proíbe, em seu artigo 117, que os funcionários recebam “propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições”. No entanto, tal legislação não abarca todos os funcionários públicos, e mais, o texto normativo na forma o qual se encontra é demasiadamente restritivo.

Sobre a controvérsia do tema, a doutrina majoritária²⁵ já se posicionou sobre o afastamento do ilícito (administrativo ou penal) nos casos em que o presente oferecido não apresente ofensividade ao bem jurídico (Administração Pública). Um dos exemplos citados é do médico, funcionário público, que recebe gratificação de pouco valor econômico por um serviço nobre prestado, neste caso, pelos moldes do artigo 117 da referida legislação, haveria tipicidade administrativa da conduta. Esse é apenas um exemplo, de diversos outros tratados pela doutrina, que demonstram que deve ser afastada a reprimenda estatal²⁶.

O que parece razoável é a limitação de um valor para os presentes oferecidos, bem como a limitação temporal no oferecimento ou até mesmo a proibição de oferecimento apenas quando ofertados pelos lobistas, ponto que merece maior atenção de futuros estudos.

²⁴ OECD. *Organization for Economic Co-operation and Development. Lobbyist, government and public trust: increasing transparency through legislation*. Paris: **OECD Publishing**, 2009, v. 1.

²⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 369; PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 250 a 361. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3, p. 734-735; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5, p. 381.

²⁶ O tema será tratado mais adiante, quando discutida a relação entre o lobby e a corrupção ativa (tópico 4.1).

No mais, torna-se quesito que sejam apresentadas políticas públicas (em conjunto de uma regularização) que garantam acesso ao poder dos grupos de pressão com menor capacidade financeira, ou que representem interesses de elevado valor social.

Diante do exposto, não há como se esquivar da problemática quanto ao caráter nocivo do *lobby*, ao passo que não se deve com isso frear o seu avanço e ignorar que é uma prática inerente ao Estado Democrático de Direito. A maestria recaí, portanto, sobre a cautela na regularização normativa do instituto.

Acerca do tema, Gontijo adverte da importância de manter a igualdade entre os grupos capazes de alternar a realidade política dentro do poder público:

Tão importante quanto garantir que a atuação dos agentes do Estado seja transparente e objetiva, é garantir que os agentes sociais (pessoas físicas e jurídicas) possam adotar, em condição de igualdade, iniciativas para que os seus interesses sejam considerados nos processos de decisão estatais: a regulamentação do lobby jamais poderá interromper o fluxo de informações que, em um regime democrático, deve existir entre as esferas pública e privada²⁷.

Em continuidade, também chama a atenção para a vastidão de preceitos que devem ser levados em consideração para que seja promovida a igualdade entre grupos de interesses e a suficiente transparência em suas atuações. Para tanto, é necessário que o advento da regularização seja acompanhado não só da explanação de sua atividade, como também devem coexistir mecanismos que assegurem “a higidez no tratamento dos interesses públicos”, pois só assim será possível mensurar, mapear e desenvolver a transparência e igualdade entre os grupos de interesse²⁸.

Quanto à segunda problemática, em relação a tenuidade entre o *lobby* e práticas delitivas, não há como negar que os lobistas poderiam se valer de meios ilícitos para alcançar seus objetivos, facilitando ainda mais seu poder político e a representação de seus interesses. Entretanto, a prática do *lobby* só é negativa quando praticada concomitantemente a delitos previstos na legislação penal²⁹. Portanto, o *lobby* é um conceito neutro, não sendo compatível com um sistema democrático representativo a punição de interesses frente a ordem pública.

²⁷ GONTIJO, op. cit., p. 81-82.

²⁸ Idem.

²⁹ O professor Conrado Gontijo ao tratar sobre a regularização do *lobby* propõe, de forma concomitante, alterações no plano legislativo penal, nos casos em que o lobista se utiliza da influência para obtenção de “ato ilegal”, posicionamento que parece coerente. GONTIJO, op. cit., p. 256.

Desta forma, embora exista possibilidade de que a corrupção e tráfico de influência interpenetrem de forma obscura neste mecanismo, a atividade profissional do *lobby*, por si só, não pode ser punível.

Luigi Graziano, ao tratar sobre esta relação, esclarece que há uma necessária distinção (visível aos que se atêm aos conceitos) entre a prática do *lobbying* e os delitos políticos, visto que a primeira é resultado de uma relação legítima e identificável com um modo de agir próprio que em tese exclui a “troca desonesta de favores”³⁰.

O *lobby* perde espaço com relação aos crimes políticos quando a prática do delito se torna mais vantajosa do que a prática democrática, ou seja, quando a corrupção se generaliza e toma o espaço da democracia, não há como coexistir o *lobby*, visto que o instituto possui gastos elevados e de retornos incertos, despesas por vezes quase tão elevadas quanto para a prática da corrupção (sendo que a prática delitiva pode possuir uma maior eficácia a curto espaço de tempo sobre o exercício do *lobby*)³¹.

O próximo capítulo se dedica em apresentar como o *lobby* se diferencia de delitos que incidem no campo da política, com o objetivo de diminuir a confusão entre um instituto democrático e delitos que sobressaem ao interesse público.

4. Lobby, corrupção ativa e tráfico de influência

A prática do *lobby*, conforme anteriormente demonstrada, busca respaldo em um sistema representativo, o qual tem como natureza ser instrumento de acesso ao poder público. O *lobby* diante do seu conceito pode ser aplicado a qualquer grupo, de modo que não obsta ser de interesse de uma única pessoa (física ou jurídica), ou de uma representação coletiva.

De fato, o *lobby* se apresenta como uma ferramenta importante não só para aquele a qual representa, mas para o corpo político, que deve sempre buscar agir com decisões públicas fundamentadas e com conhecimento prévio de suas consequências e desafios ao campo concreto.

³⁰ GRAZIANO, op. cit., p. 4.

³¹ Idem.

Neste sentido, quanto mais acessível, transparente e igualitário, mais o *lobby* se aproxima de um estado representativo, na qual a sociedade compreende que as decisões do governo também fazem parte das suas decisões³².

Por outro lado, quanto mais obscura é a prática do *lobby*, maior é a desconfiança da sociedade em como ela opera, além de criar um campo de desigualdade entre grupos de interesses e de pressão. É neste campo que o *lobby* se enfraquece, pois perde espaço para que práticas delitivas tenham maior eficácia frente ao instituto legítimo³³.

O profissional que atua com o *lobby* acaba por ficar preso em uma espécie de “*limbo*”, pois a sociedade não compreende o papel importante que ele exerce, ao passo que a sua ferramenta de operação perde espaço para a propina e a ilegalidade, os quais trazem retornos mais certos em curto espaço de tempo.

Por óbvio que a regulamentação do *lobby* tende a ser tardia no Brasil, mais por questões políticas do que jurídicas³⁴. Frente ao fato, o que ocorre é que a prática do *lobby* em diversas situações é mal interpretada, equiparando-a erroneamente à corrupção ativa e tráfico de influência.

Entretanto, existem critérios para além do subjetivismo, que são idôneos a serem aplicados no caso concreto e separar quais casos são ilícitos e quais convergem com a prática lícita do *lobby*.

4.1 O “pacto do injusto” como diferenciador do lobby e corrupção ativa

O preceito primário da corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) dispõe, em sua literalidade, que “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para

³² SAUL, op. cit., p. 14; MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Ana Cristina. **Lobby**: instrumento democrático de representação de interesses? *Organicon*, São Paulo, v. 14, n. 8, p.118-127, jun. 2011, p. 126; SANSON, Alexandre. **Dos grupos de pressão na democracia representativa**: os limites jurídicos. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. p. 285

³³ “Contudo, dentre os mecanismos de pressão, há modos operativos não consentâneos com os preceitos democráticos (e.g. corrupção, intimidação), o que reclama a transparência nas relações, voltadas ao seu controle.” SANSON, op. cit. p. 115.

³⁴ Segundo Oliveira, há quatro possíveis abordagens que justificam a ausência de regulamentação no Brasil, sendo elas a (i) ausência de vontade parlamentar, (ii) que a atuação dos lobistas, do modo o qual se encontra, não representa um perigo social intolerável, (iii) o aumento de canais de acesso aos diversos grupos de pressão, retirando a importância de ter uma regulamentação, e (iv) os grupos de pressão exercem uma auto-regulamentação, inexistindo a necessidade, sob o ponto de vista desses grupos, que a sua atividade seja regulamentada. OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. **Lobby e Representação de Interesses**: lobistas e seus impactos sobre a representação de interesses no Brasil. Tese de Doutorado apresentada ao Depto. de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Fevereiro de 2004, p. 218.

determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” se configura o injusto penal. Deste modo, a corrupção ativa é a prática do particular, direcionada ao funcionário público, para que esse último, mediante o oferecimento de uma vantagem indevida, pratique conduta com infração do seu dever funcional³⁵.

O crime é formal, de modo que basta que o sujeito realize proposta crível ao funcionário público, o qual, se aceitar, concorre para o crime de corrupção passiva e caso rejeite a oferta apenas o sujeito ativo responderá pelo crime³⁶.

Embora a aceitação não seja elemento necessário, o sujeito ativo busca um acordo, pois o ato do funcionário público é fundamental para a prática do delito³⁷. Por outras linhas, aquele que oferece, o faz em troca de algo, qual seja, a prática de ato de ofício.

No cerne dessa relação existe a busca por um pacto (*pactum sceleris*), advinda do sujeito ativo, que direciona a sua vontade (*animus corrumptendi*) por meio do oferecimento de vantagem, o qual tem por finalidade a realização de ato determinado pelo funcionário público, ou que esteja pelo menos dentro de suas atribuições³⁸.

Com origem na dogmática alemã, o “pacto do injusto” é o termo utilizado para descrever essa relação entre o sujeito ativo e o funcionário público, que opera com o elemento da vantagem indevida e o ato de ofício, em comum acordo entre as partes.

Sobre o tema, merece destaque o artigo “Aproximação a uma teoria da corrupção” de Luís Greco, com tradução e complementação de Alaor Teixeira. Os autores trazem uma concepção *a priori* sobre o “pacto do injusto” segundo a doutrina alemã majoritária, o qual pode

35 Não há doutrina considerável que ignore a exigência para o ato de ofício na corrupção ativa, neste sentido, o Min. Ayres Britto, ao tratar sobre o tema no julgado da APn 470/MG: "para a configuração do crime de corrupção ativa exige-se que o ato cuja ação ou omissão é pretendida esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 17 dez. 2012, p. 4510.

36 “Consuma-se o crime com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. Tratando-se de crime de mera conduta, é despicienda a existência da vantagem, pois se consuma apenas com a oferta, isto é, com o simples oferecer, ainda que a oferta não seja aceita”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5, p. 388.

37 BITENCOURT, op. cit., p. 383-384; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação de uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 32.

38 Outro assunto que merece atenção, mas que não será tratado neste estudo, é a necessidade do ato de ofício na corrupção *passiva*, onde os tribunais superiores superaram o entendimento de que o ato seja específico, passando a compreender como elementar do tipo apenas que o ato ocorra “em razão de sua função”, conforme julgamento no caso “mensalão (STF, AP 470 MG) e caso “Collor” (STF, AP 307 DF).

ser descrita como uma relação de equivalência, ou seja, uma combinação entre vantagem (indevida) ofertada e o exercício público requisitado.³⁹

Adiante, os autores esclarecem que há um retorno na discussão acadêmica sobre a extensão do oferecimento da vantagem ou exercício da função pública, mas afirmam que o “pacto do injusto” necessariamente recai sobre essa relação:

Isso constitui uma das principais razões por que a discussão dogmática dos delitos de corrupção revitalizou-se nos últimos anos; registra-se sobretudo o esforço hermenêutico de muitos autores no sentido de delimitar o alcance do tipo do recebimento indevido de vantagem. (...) De todo modo, embora não seja pressuposto do pacto de injusto que a “contraprestação” do funcionário público seja um ato de ofício determinado e individualizado, a contrapartida da vantagem deve referir-se às funções que o funcionário público efetivamente exerce⁴⁰.

Desse modo, a corrupção ativa pode ser conceituada, sob uma ótica normativa, como a conduta realizada por particular direcionada ao funcionário público, que busca pactuar por meio de uma vantagem indevida para que aquele pratique ato funcional⁴¹.

Ademais, outro ponto extremamente importante para compreender a distinção entre o *lobby* e o crime político é o conceito de corrupção própria e corrupção imprópria. Assim, quando o ato do funcionário público opera de modo contrário ao enquadramento das funções públicas, o injusto penal é definido como “corrupção própria”, já quando o ato a ser praticado é lícito, trata-se de “corrupção imprópria”, conforme doutrina de Luís Regis Prado:

De sua vez, o ato funcional, omissivo ou comissivo, visado pela corrupção, tanto pode ser lícito como ilícito. Assim, quando o funcionário pratica um ato lícito, visando à obtenção de vantagem indevida, dá-se a corrupção imprópria, enquanto a prática de um ato funcional ilícito, que expressa a violação dos deveres da função, caracteriza a corrupção própria.⁴²

³⁹ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 32.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴¹ “A conduta típica alternativamente prevista consiste em oferecer (apresentar, colocar à disposição) ou prometer (obrigar-se a dar) vantagem indevida (de qualquer natureza: material ou moral) a funcionário público, para determiná-lo a praticar (realizar), omitir (deixar de praticar) ou retardar (atrasar) ato de ofício (incluído na esfera de competência do funcionário)”, mais adiante, sobre o tipo penal subjetivo, o autor explica que o “elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para praticar, retardar ou omitir a prática de ato de ofício. Essa infração penal exige também o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir, isto é, “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. BITENCOURT, op. cit., p. 380-385.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 361**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3, p. 606.

O conceito de corrupção imprópria é o que mais se aproxima da prática do *lobby*, visto que ambas as condutas têm como finalidade a prática de ato público lícito. Mas por linhas gerais, tanto a corrupção ativa como o *lobby* possuem como finalidade a realização de um ato pelo agente público a favor do seu interesse.

A distinção primordial entre os dois institutos não reside, portanto, no objetivo das condutas (realização de ato público), mas sim nos meios utilizados para alcançar essa finalidade.

Se de um lado o corruptor busca um posicionamento do funcionário público por meio de uma vantagem indevida, por outro, o lobista se posiciona diante do poder público e o convence a tomar um determinado posicionamento através de mecanismos de persuasão que, necessariamente, excluem o oferecimento de vantagens pessoais ao funcionário público.

Enquanto a corrupção é ato de curto lapso de tempo, consistente apenas no oferecimento de vantagem indevida vinculado a prática do ato, o *lobby* em muito se diferencia. Desse modo, o *lobby* é serviço-meio, nunca serviço-fim, visto que o lobista não pode garantir que as condutas realizadas serão suficientes para convencer o funcionário público a praticar o ato⁴³.

Portanto, o *lobby* tem como ferramenta não a vantagem indevida, mas sim o *networking* com o setor público obtido pela experiência, a elaboração de pareceres técnicos sobre o benefício do interesse representado, a presença em reuniões da agenda política, a pressão por meio de mídias sociais, entre outros.

É nesse ponto que Andressa Lack, ao tratar sobre os serviços ofertados pelo lobista, define a extensão da atuação da atividade profissional marcada pela experiência e ferramentas à disposição do grupo de pressão:

Estes tipos de serviços são oferecidos por pessoas, que ao longo do tempo acumularam experiências e certo grau de influência sobre os tomadores de decisão. Em segundo lugar, esta expertise conquistada ao longo do tempo pode advir tanto de forma direta, ou seja, estabelecida por uma organização interna e sustentada pelo próprio grupo de pressão, como de forma indireta, por meio da contratação de assessorias ou consultorias especializadas em intermediação de interesses temáticos.⁴⁴

Quando comparados, a corrupção traz resultados certos a curto espaço de tempo, de forma que se exige menos esforço do agente. Entretanto, seus custos são elevados a longo prazo, e o risco é muito maior, visto que o oferecimento de vantagem indevida é vinculado, na maioria

⁴³ SANTOS, op. cit., p. 221.

⁴⁴ LACK, op. cit., p. 50.

dos casos, a cada ato que se busca realizar. Ademais, caso a conduta seja descoberta, será afetada a credibilidade da empresa representada pelo lobista, com danos drásticos e irreversíveis, além, é claro, das repercussões criminais diretas.

Nesse ínterim, o *lobby* se demonstra eficaz a longo prazo e embora os custos sejam elevados, quando o lobista alcança uma posição de acesso aos *policymakers*, os resultados são estendidos, de forma que o custo é inversamente proporcional ao tempo⁴⁵.

Entretanto, existe uma problemática quanto à caracterização, ou não, da vantagem enquanto “indevida”, ou seja, como ficam os casos, a título de exemplo, em que o lobista oferece um jantar ao funcionário público para conversarem sobre o interesse representado, ou quando o agente financia a viagem e hospedagem em hotéis luxuosos ao funcionário público para que ele conheça a empresa que busca ter seu interesse representado?

Enquanto o *lobby* não se regular, situações como essas vão depender de como os tribunais vão firmar entendimento sobre o tema. Entretanto, a resposta a curto prazo remete ao “pacto do injusto”, visto que, se o agente não tem o objetivo de corromper o funcionário público e nem vincular o recebimento dessas regalias a prática de ato, não há que se falar em corrupção.

A doutrina segue o entendimento de que não configura injusto penal o oferecimento de meros presentes, ainda que não se tenha um consenso quanto ao limite do valor dessas regalias, mas que podem ser compreendidas quando insignificantes o seu valor pecuniário, conforme Nelson Hungria explica:

Deve-se notar, porém, que as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratando, é bem de ver, de ato contrário à lei), não podem ser consideradas *material* de corrupção. Também não se entendem como tal as tradicionais “boas festas”, de Natal ou Ano Novo.⁴⁶

Já Bitencourt trabalha com o conceito subjetivo da vantagem indevida, citando Magalhaes Noronha, e define a vantagem indevida como “o preço do funcionário corrupto”, de forma que ela seja inequívoca em relação a vontade do agente, assim o explicando:

É fundamental que a ação seja inequívoca, demonstrando, segundo Magalhães Noronha, o propósito do agente. Essa equivocidade deve, necessariamente, estar presente no caso concreto, uma vez que a dação do sujeito ativo não pode ter outro propósito que não o de “comprar” a prática de ato de ofício. O próprio Magalhaes

⁴⁵ LACK, op. cit., p. 13; OLIVEIRA, 2005, op. cit., p. 42; AVIZÚ, Cristiane. **Lobby, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007, p. 90.

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 369.

Noronha lembra-nos: “Cumpra, todavia, notar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim, como não se compreende que alguém presenteie um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de cruzeiros, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas.⁴⁷”

Luiz Regis Prado, na mesma linha de Bitencourt e Hungria, exemplifica algumas condutas e trabalha com o conceito subjetivo do agente (*animus corrumptendi*), em suas palavras:

As homenagens feitas a funcionário público por honorabilidade, manifestada por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas (etc.), ofertadas desinteressadamente, v.g, nas festividades natalinas ou do Ano Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, visto que não há vontade específica de corromper, nem mesmo a consciência do funcionário em praticar nenhum ato funcional, movido pela venalidade⁴⁸.

Assim, é possível traçar uma distinção entre a prática do *lobby* e a corrupção ativa, porquanto não se olvida que exista uma lacuna normativa não apenas no tocante à regulamentação do instituto, como também uma preocupação em garantir que a sua atuação não coadune com práticas penais já tuteladas.

Por fim, a insegurança jurídica é enorme quanto aos limites de atuação do lobista, o qual dependerá, conforme dito anteriormente, do entendimento dos tribunais a qual o caso se destina.

4.2 Lobby e tráfico de influência

A distinção entre a prática do *lobby* e do tráfico de influência merece uma atenção maior no presente trabalho. Mais do que ocorre na corrupção, a prática delitiva se assemelha em diversos pontos com o *lobby*, abrindo espaço para que condutas ilícitas passem pela impunibilidade e que condutas legítimas sejam consideradas ilícitas.

Dessarte a verdadeira distinção ocorre no campo subjetivo, pois não há crime sem que haja culpa (*nullum crimen sine culpa*), de modo que o delito em questão admite apenas a modalidade dolosa. Outrossim, o dolo é externado na prática delitiva, permitindo que se tenha uma análise dedutiva entre elemento objetivo e subjetivo da conduta.

Na corrupção, por exemplo, a existência de provas quanto à autoria no oferecimento de vantagem indevida (elemento objetivo), gera a dedução (verdade processual) de que o agente tinha consciência e vontade de praticar a conduta penal (subjetivo).

⁴⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 381.

⁴⁸ PRADO, op. cit., p. 734.

Ocorre que, diferentemente da corrupção, o tráfico de influência não exige o elemento da vantagem indevida ofertada ao funcionário público, pois o que se tem é a vantagem cobrada de terceiro a *pretexto* de influir em ato público. Assim, a problemática principal reside no fato de que o lobista também *solicita, exige, cobra ou obtém vantagem ou promessa de vantagem*, pois o seu serviço tem um valor mercantil cobrado de terceiro⁴⁹.

Mesmo que exista essa semelhança no primeiro momento, um estudo comparativo com maiores detalhes levanta alguns pontos sobre a distinção entre as duas práticas, que pode ser explicada pelo *modus operandi* de cada conduta.

O delito de tráfico de influência vem descrito no art. 332, CP, nos termos: “*solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função*”⁵⁰.

Segundo Bittencourt, o sujeito ativo do injusto penal se gaba e se vangloria perante o terceiro comprador da influência, aludindo ser capaz de desprestigiar a Administração Pública por meio da influência exercida pelo seu poder⁵¹.

Assim é compreendido a inserção do delito no capítulo destinado à proteção da Administração da Justiça, visto que a tutela do tipo penal recai na imagem produzida pelo sujeito ativo de que os agentes do poder Público, motivados por questões particulares, estão dispostos a ceder às influências de terceiros:

A tutela penal visa a garantir o correto e imparcial funcionamento da Administração Pública, evitando que seja motivado pela corrupção ou facilmente influenciável por ingerência ilícita em relação às suas decisões. Dirige-se, sobretudo, à tutela da imparcialidade e da objetividade no exercício da atividade pública. Enfim, há de se resguardar de interferências o processo de motivação das decisões públicas.⁵²

De fato, o sujeito ativo por meio de jactância realiza verdadeira fraude contra um terceiro comprador, que lhe paga (ou promete) vantagem para que seu interesse sobressaia ao interesse público. Ainda, é necessário que a influência exercida seja efetivamente uma fraude

⁴⁹ LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, corrupção e tráfico de influência**: definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021; GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil**: entre influência privada e interesse público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

⁵⁰ BRASIL. **Código penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em 25/10/2022.

⁵¹ BITENCOURT, op. cit., p. 351.

⁵² PRADO, op. cit., p. 727.

ou ilusão, conforme explica Luiz Regis Prado sobre o tema, visto que a participação efetiva do agente “implicaria a sua responsabilização por corrupção ou concussão”⁵³.

Por fim, o tráfico de influência tem como tutela a proteção da imagem pública, a qual é descredibilizada pela mercancia do poder público. Assim, o bem jurídico protegido é o prestígio descredibilizado do Estado, não se tutelando o prejuízo sofrido pelo “comprador de fumaça”⁵⁴.

4.2.1 “A pretexto de influir” e princípio da consunção

Um ponto importante no estudo dogmático do tráfico de influência e que auxiliará na distinção entre as condutas é a discussão sobre a ‘influência suposta’. Isto é, o sujeito ativo, que diz ter elevado prestígio e influência sobre atos públicos, pode realmente exercer essa influência?

O início dessa discussão advém do próprio texto normativo. O legislador, ao dispor “*a pretexto de influir em ato público*”, emprega o entendimento de que a influência é mero pretexto, como plano de fachada, para que se obtenha a vantagem advinda do terceiro.

Por vez, caso a influência realmente exista, há fundamentação para acreditar que o delito é consumido por outro, geralmente a corrupção ativa, visto que o injusto penal consubstancia na efetiva possibilidade de corromper o poder público. Importa observar que a doutrina vem tratando sobre o assunto seguindo essa mesma linha, o que pode ser encontrado nas lições de Bitencourt, ao descrever em sua obra a alteração de enquadramento típico em razão da influência exercida:

Se o sujeito ativo realmente goza de influência junto a funcionário público, e, sem proclamá-la, apenas pretextando, desenvolve atividade junto àquele, não comete o crime em apreço, podendo, entretanto, dependendo das circunstâncias, praticar outro, como, por exemplo, a corrupção ativa. A denúncia criminal, pois, há de conter, expressamente, esse elemento, sem o que não tem condições de fundamentar validamente uma ação penal. Porém, se realmente gozar de influência, e proclamá-la ao interessado-beneficiário, ambos responderão pelo crime de corrupção ativa, e o funcionário, se admiti-la conscientemente, pela corrupção passiva⁵⁵.

⁵³ PRADO, op. cit., p. 728.

⁵⁴ “Ora, a responsabilidade do “beneficiário” é exatamente concorrer diretamente para o crime de “tráfico de influência” (exploração de prestígio), sem cuja participação sequer crime existiria, sendo, portanto, indissociável a sua decisiva contribuição na ação do “vendedor de fumaça”, sendo verdadeiro “parceiro” na empreitada de “beneficiar-se” da suposta venalidade de funcionário público.” BITENCOURT, op. cit., p. 360.

⁵⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 356; no mesmo sentido, Luiz Regis Prado dispõe que quando “o agente tem, de fato, influência junto a determinado funcionário, e “sem estadeá-la ou proclamá-la desenvolve atividade junto àquele, não comete o delito em apreço”, podendo, contudo, praticar outro, dependendo dos elementos”. PRADO, op. cit., p. 728; Por fim, Fernando Capez sustenta que “caso ele [sujeito ativo] efetivamente goze de prestígio junto a esta [poder público], corrompendo o funcionário, poderá ser autor de outro delito, como a

Assim, o que ocorre é a necessária aplicação do princípio da consunção ao caso concreto, em vista de que a influência é exercida como mero pretexto da obtenção da vantagem indevida. Em outros termos, se o sujeito ativo venha a influir concretamente em ato público, é certo que a conduta típica incidiria, de modo aparente, em dois tipos penais diversos: corrupção ativa e tráfico de influência.

O conflito é aparente visto que a influência serve apenas de fachada, em verdadeiro crime de fraude, segundo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto da min. Relatora Cármen Lúcia no Inq. 3.732/DF:

Para a consumação do crime não importa se a influência prometida é levada a efeito. Preleciona a doutrina que o agente ativo do crime de tráfico de influência não pode exercer influência sobre o funcionário público, sob pena de caracterização de outro delito.⁵⁶

Por conseguinte, o entendimento é de que o tráfico de influência prevê a conduta de bazófia do sujeito ativo, que se faz valer de falso prestígio sobre a sua personalidade para ludibriar terceiro de má fé, que acredita na hipótese de ter seu interesse acima do interesse público, por meio da mercancia pública, mas a influência não deve existir no plano concreto, pois caso exista configura-se na corrupção ativa.

4.2.2 Elementos do caso concreto como diferenciadores

Não há como afastar que a verdadeira distinção entre o *lobby* e o tráfico de influência ocorre na análise do caso concreto. São os elementos de prova que vão ser aptos a afastar ou incidir a conduta em tipicidade, não sendo possível que sempre, de antemão, os institutos sejam diferenciados.

Entretanto, de nada adianta os elementos probatórios se eles são utilizados para guiar a ignorância. Cada detalhe tem o potencial de virar um forte elemento probatório quando compreendido o *animus* do lobista e do “vendedor de fumaça”.

corrupção ativa (CP, art. 333)”. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3, p. 753

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3732 DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Data de Julgamento: 08 mar. 2016, p. 20-21.

Se de um lado temos o agente profissional que busca a seriedade, transparência e credibilidade sobre o seu serviço, do outro temos o charlatão movido pela vontade de obter vantagem em prejuízo alheio, por meio da deturpação da imagem pública⁵⁷.

O principal ponto diferenciador que se tem, e já tratado anteriormente, são as ferramentas utilizadas pelo lobista, desde o seu contrato de prestação de serviço, o qual já poderia indicar se tratar de atividade-meio a qual ele realiza, até outras, como a elaboração e apresentação de pareceres em audiências públicas, comparecimento em reuniões da agenda políticas, *white and position papers*, entre outros. Sobre o tema, Gazotto explica que:

Seja através do patrocínio de *think tanks*, na publicação de *position papers*, ou na apresentação de pareceres técnicos em audiências públicas, lobistas fornecem dados confiáveis e de alta credibilidade sobre as consequências das ações governamentais. O convencimento dos agentes públicos é mera consequência do agenciamento de informações relevantes e com alto grau de precisão, ainda que onerosas. Sobretudo quando os parlamentares e administradores desconhecem a temática acerca da qual decidem, os dados repassados alteram consideravelmente o sentido da decisão.⁵⁸

Já o vendedor de fumaça não tem a verdadeira vontade de influir em ato público, por isso, todo o seu esforço é drasticamente reduzido em comparação ao papel desenvolvido pelo lobista.

Difícilmente o sujeito dispenderá tempo participando de reuniões sobre o interesse representado, pressionará os *policymakers*, ou fará qualquer outro labor para que o interesse vendido seja aceito pelo poder público. Pois a própria essência do delito antevê que a conduta é realizada pela fraude, sendo que a concretização da influência não existe, se fazendo apenas como plano de fachada.

Desta forma, fica evidente que ao se aproximar da teoria não há como confundir o *lobby* com a prática de qualquer outro delito, que são institutos distintos na essência e na realidade. Enquanto de um lado se encontra a representação de interesses, pilar de uma democracia representativa, do outro existe a pretensão de que os interesses privados sobressaiam ao interesse público por meio de ferramentas ilegítimas.

⁵⁷ SANTOS, op. cit. p. 205.

⁵⁸ GAZOTTO, op. cit. 76.

5. Conclusão

Talvez a mais importante conclusão do artigo seja de que o *lobby* é uma prática inerente e recorrente no cenário político, o qual não se confunde com a prática de delitos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A regularização é necessária não apenas para atender ao interesse de um setor pré-estabelecido, mas principalmente para que se antecipe políticas públicas que distribuam a oportunidade de acesso ao poder.

É nesse ponto que os fundamentos constitucionais que chancelam a sua regularização ganham uma maior relevância sobre aqueles que o afastam, dessa forma, faz-se necessário a clareza de quais preceitos são esses que o *lobby* representa um potencial de nocividade.

A regularização do *lobby* é justamente o ponto crucial para obstar a nocividade da prática. É por meio da legislação que se garante maior eficácia, controle, transparência e horizontalidade na participação de diversos grupos de pressão na política pública. No entanto, as tentativas de regularização no Brasil não demonstram, e nem demonstram, sinal de avanço quanto a sua aprovação, para além, não apresentaram qualquer solução, mínima que seja, para a problemática levantada no presente artigo.

Por fim, as discussões do *lobby* no Brasil carecem não só da falta de interesse do poder público em regularizar o instituto, como também de maiores estudos para entender de que forma o acesso ao poder estatal pode ser mais bem distribuído entre diferentes grupos sociais, de modo a garantir que o *lobby* cumpra o seu papel em um Estado Democrático de Direito.

6. Referências

AVIZÚ, Cristiane. **Lobby, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.

BECKER, Gary S. **Public Policies, Pressure Groups and Dead-Weight Costs**. In STIGLER, G. J. (editor) *Chicago Studies in Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 85-105.

BENTLEY, Arthur F. **The Process of Government: A Study of Social Pressures**. New Brunswick: Transaction Publisher, 1994, 501 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3732 DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Data de Julgamento: 08 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 17 dez. 2012.

GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil**: entre influência privada e interesse público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **Lobby**: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GRAZIANO, Luigi. O *Lobby* e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** vol. 12, no. 35, 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009. Acesso em junho de 2022.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação de uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, corrupção e tráfico de influência**: definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Ana Cristina. **Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?** *Organicon*, São Paulo, v. 14, n. 8, p.118-127, jun. 2011.

Marcilândia de Fátima Araújo (org.). **Regulamentação do Lobby**. Brasília: **Relatório do Grupo de Trabalho**, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/institucionais/arquivos/relatorio_lobby.pdf/view. Acesso em: 02 fev. 2022.

MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

OECD. *Organization for Economic Co-operation and Development. Lobbyist, government and public trust: increasing transparency through legislation*. Paris: **OECD Publishing**, 2009, v. 1.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobby* no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, n. 42, p.29-43, dez. 2005.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. **Lobby e Representação de Interesses: lobistas e seus impactos sobre a representação de interesses no Brasil**. Tese de Doutorado apresentada ao Depto. de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Fevereiro de 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 361**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3.

ROSENTHAL, Alan. *The third house: lobbyist and lobbying in the States*. 2. Ed. Washington: **Congressional Quarterly Press**, 2001.

SANSON, Alexandre. **Dos grupos de pressão na democracia representativa: os limites jurídicos**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. p. 285

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulamentação das atividades do lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas:**

análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. 2007. 542 f. Tese (Doutorado do Curso de Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SAUL, Ricardo Luiz Ribeiro. A constitucionalidade das atividades de lobbying no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** [recurso eletrônico]. São Paulo, n.110, nov./dez. 2018.

SAURUGGER, Sabine. *Interest groups and democracy in the European Union.* **West European Politics**, v. 31, n. 6, p. 1274-1291, nov/2008.

TRUMAN, David B. *The Governmental Process.* New York: Knopf, 1951, 544 p.

Efeitos jurídicos da rescisão do acordo de colaboração premiada Legal effects of terminating the award-winning collaboration agreement

Galtieno da Cruz Paulino¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o processo de formação e extinção do acordo de colaboração premiada, tendo como foco o papel do juiz no acordo, bem como as possíveis consequências advindas da rescisão de um acordo de colaboração premiada. Para tanto, será realizada uma abordagem da previsão legal em consonância com a Teoria Geral do Negócio Jurídico, bem como será enfatizado o posicionamento dos tribunais sobre a matéria, sempre buscando uma interpretação que possibilite a análise da situação (rescisão) de acordo com o interesse público inerente às investigações criminais.

Palavras-chave – colaboração premiada; rescisão; efeitos; persecução penal.

Abstract: This article aims to analyze the process of formation and termination of the award-winning collaboration agreement, focusing on the role of the judge in the agreement, as well as possible consequences arising from the termination of an award-winning collaboration agreement. To this goal, an approach to the legal provision will be carried out in line with the General Theory of Legal Business, as well as the position of the courts on the matter, always seeking an interpretation that adapts the analysis of the situation (termination) to the public interest inherent to the criminal investigations.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (Portugal). Mestre pela Universidade Católica de Brasília (parceria com a Escola Superior do Ministério Público da União) (2017). Pós-graduação em Ciências Criminais pelo UNIDERP. Pós-graduação pela Escola Superior do Ministério Público da União. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2006). Membro-auxiliar na Secretária da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal, vinculado ao Gabinete da Procuradora-Geral da República (2018/2019). Membro-Auxiliar na Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República junto ao STJ (2019/2022). Procurador da República. ex-Procurador da Fazenda Nacional, ex-Analista do Ministério Público da União, ex-Assistente Jurídico do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Orientador Pedagógico professor na Escola Superior do Ministério Público da União.

Keywords - award-winning collaboration agreement, termination; effects; criminal prosecution.

1. Introdução

O processo penal se apresenta como um instrumento essencial para a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado e para a materialização do direito penal, enquanto mecanismo de respaldo da ordem jurídica violada. O processo, na esfera criminal, deve se pautar pelo respeito aos direitos do acusado, sem se olvidar do dever de proporcionar uma rápida e eficaz solução ao litígio penal. Esse segundo objetivo é direcionado à proteção e ao respeito aos direitos das vítimas e da sociedade, como é o caso do direito à segurança.

Essa visão do processo penal ganha força nos países de tradição jurídica romano-germânica (*civil law*), que possuem um sistema processual criminal predominantemente inquisitorial¹, dotado de maior rigor formal para a finalização do procedimento. Esses países passaram a prever institutos jurídicos resultantes da justiça negocial, como a colaboração premiada, buscando um contexto de maior eficácia e celeridade para a persecução penal. Essa nova realidade é decorrência da sobrecarga que a referida espécie de sistema processual vem passando, bem como “pela morosidade do processo penal tradicional e pela insatisfação pública com os resultados até então obtidos”². A justiça consensual ou negocial é apresentada por algumas autoridades como um instrumento essencial para o combate à criminalidade e necessária para afastar o sentimento de insegurança da sociedade, bem como é importante para a proteção das vítimas de delitos³.

A aproximação do sistema da *civil law* às soluções apresentadas pela justiça negociada, como é o caso da colaboração premiada, é enquadrada por alguns autores como decorrência dos desafios da persecução penal, como resultado do aumento das taxas de criminalidade, fazendo

¹ Sistema inquisitorial, em contraposição ao sistema adversarial. No primeiro, o papel preponderante no processo é do juiz. No adversarial, prevalece a atuação das partes.

² ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual. Controvérsias e Desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 23.

³ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 673/724.

com que os sistemas processuais passem a priorizar valores como a economia processual, a eficiência e a celeridade⁴.

É diante desse cenário que o instituto da colaboração premiada ganha grande relevância no combate à criminalidade organizada, passando a ser de primordial importância analisar a fundo o instituto, bem como as possíveis consequências que ele gera na persecução penal.

Uma questão de grande relevância é a relacionada aos possíveis reflexos advindos da extinção do acordo de colaboração premiada, especialmente no que diz respeito às persecuções penais que o acordo deu ensejo e/ou reforçou. As investigações e/ou ações penais nesses casos podem seguir seu curso normal ou serão atingidas pela rescisão do acordo?

Diante deste problema que se buscará ao longo deste artigo analisar os possíveis reflexos e consequências advindas de uma rescisão de acordo de colaboração premiada, tendo como foco a natureza jurídica da decisão que põe fim ao pacto.

2. Formação do acordo de colaboração premiada – existência, validade e eficácia

O acordo de colaboração premiada se apresenta como um negócio jurídico processual, por meio do qual o colaborador abre mão do seu direito fundamental ao silêncio e da garantia da não autoincriminação em troca de um prêmio ofertado pelo Estado, em razão de ter decidido colaborar de maneira efetiva com a persecução penal, contribuindo, por conseguinte, para a elucidação de crimes que tenha participado ou tenha conhecimento⁵.

A colaboração se apresenta como um instrumento de Justiça Negocial, em sentido lato, voltado à solução de controvérsias jurídicas de natureza penal entre o Estado, enquanto órgão de persecução penal, e o investigado.

Essa "solução" é atingida por meio de um negócio entre as partes envolvidas, no qual o Estado renuncia temporariamente parte do seu atuar persecutório em face do colaborador, que, em contrapartida, ao colaborar com a persecução penal, é favorecido por um prêmio acordado entre as partes.

⁴ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. 14, n. 1 (2014). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em: 15 de jun. de 2021.

⁵ PAULINO, Galtênio da Cruz; SILVA, André Batista e. **Manual de acordo de colaboração premiada**. 1.^a edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 2.

Assim como todo negócio jurídico, os acordos de colaboração estão submetidos aos planos de existência, eficácia e validade, especificados no Código Civil⁶, e sedimentados de acordo com as peculiaridades do acordo de colaboração premiada previstas na Lei nº 12.850/2013.

Um negócio jurídico existirá, ou seja, estará constituído, quando estiverem presentes os seguintes elementos: manifestação de vontade das partes, presença de agentes emissores da vontade, objeto e forma. Em um acordo de colaboração, esses elementos se perfazem presentes no momento que as partes (colaborador e Ministério Público ou polícia) manifestam a concordância quanto ao objeto pactuado em consonância com os requisitos (forma) previstos em lei.

Por outro lado, para um negócio jurídico ser válido, a manifestação da vontade deve ser livre e de boa-fé, os agentes devem ser capazes e legitimados para celebrarem o pacto, que deve abarcar um objeto lícito, possível e determinado (ou determinável), bem como observar a forma adequada livremente adotada pelas partes ou prescrita em lei. Superada essa etapa, por meio da observância dos requisitos expostos, o acordo de colaboração, já devidamente constituído, passa a ser válido.

Um negócio jurídico devidamente constituído (plano da existência) e válido (plano da validade) muitas vezes só produzirá efeitos se observado, em determinados casos, um elemento accidental⁷. Os mais comuns, no campo do direito civil, são o termo, a condição e o modo ou encargo⁸.

Nos acordos de colaboração premiada, a lei condiciona a produção de efeitos (plano da eficácia) do pacto celebrado à homologação pelo juízo, que não participa das negociações e não adentra no mérito do acordo (plano da existência)⁹, realizando apenas uma análise de legalidade e constitucionalidade da colaboração.

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17.^a edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 376 e ss.

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17.^a edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 376 e ss.

⁸ BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 out. 2022.

⁹ "Art. 4 — (...)

(...) § 6º. *O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.* §7º. *Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador,*

Por conseguinte, a decisão de homologação de um acordo de colaboração premiada também possui natureza declaratória, pois se apresenta como uma condição imposta pela lei que deverá ser observada para que o acordo, constituído no momento da convergência de vontades entre o Estado persecutor e o colaborador, possa vir a produzir efeitos (plano da eficácia).

Entendimento em sentido diverso, ou seja, natureza constitutiva da decisão de homologação, vai de encontro à natureza jurídica de negócio jurídico processual do acordo de colaboração¹⁰, que deve observar os três planos expostos, bem como afastaria o enquadramento

acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§8º. O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (...)". BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 out. 2022.

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO. PEDIDO DE ACESSO A TERMO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO. SIGILO LEGAL. LEI 12.850/2013. NEGÓCIO JURÍDICO PERSONALÍSSIMO. PRECEDENTE: HC 127.483/PR. ACESSO GARANTIDO AOS TERMOS DE DEPOIMENTO DO COLABORADOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Termo de Colaboração Premiada revela natureza de negócio jurídico processual, consistindo meio de obtenção de prova cujo sigilo perdura até que sobrevenha decisão de recebimento da denúncia (art. 7º, §1º e §3º, da Lei 12.850/2013). 2. O Termo do Acordo de Colaboração, celebrado entre Ministério Público e Colaborador, não é alcançado pela regra de que ao defensor deve ser garantido o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício da ampla defesa. 3. O Termo de Colaboração Premiada, porquanto negócio jurídico processual personalíssimo, não admite impugnação de terceiros, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentada a partir do HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04/02/2016. 4. (a) In casu, o agravante se insurge contra o indeferimento do pedido de acesso ao Termo do Acordo de Colaboração de Alexandre Corrêa de Oliveira Romano. (b) A alegação do Agravante, no sentido de que a defesa teria direito subjetivo de impugnar eventual ilegalidade das cláusulas pactuadas, não encontra ressonância na Lei 12.850/2013, tampouco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. (c) O Termo do Acordo de Colaboração permanece em sigilo até que sobrevenha eventual decisão de recebimento da denúncia, ocasião em que sua juntada aos autos assume relevância, unicamente para o fim de verificar-se a efetividade da Colaboração, em cotejo com as obrigações assumidas pelo Colaborador perante o Parquet. (d) Registre-se, ainda, que, in casu, foi garantido à defesa do Agravante pleno acesso aos elementos probatórios colhidos por meio do acordo de colaboração premiada, notadamente os depoimentos do colaborador, devidamente submetidos ao contraditório prévio a ser exercido mesmo antes de eventual decisão de recebimento da denúncia, para fins de resposta à acusação. 5. Ex positis, ausente direito subjetivo do delatado de obter acesso ao Termo do Acordo de Colaboração Premiada anteriormente à eventual decisão de recebimento da denúncia, nego provimento ao agravo regimental. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4619. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

do instituto como de Justiça Negocial, que se apresenta como uma perspectiva de solução de conflito, por meio de um acordo entre as partes envolvidas, cabendo ao julgador apenas aferir se a ordem jurídica foi respeitada.

A natureza da decisão de homologação do acordo de colaboração premiada influenciará no momento de uma possível rescisão, pois delimitará o papel a ser exercido pelo juiz, bem como especificará a natureza da decisão a ser proferida, conforme será exposto nos tópicos seguintes.

3. Papel Juiz na formação e na extinção do acordo de colaboração premiada

O acordo de colaboração premiada, enquanto negócio jurídico processual, existe após o encontro de vontade das partes, não podendo sofrer a interferência de “terceiros”, sejam eles delatados ou mesmo o juiz, responsável pelo controle de legalidade do pacto. Apenas os titulares das situações jurídicas objeto da negociação (direitos, poderes ônus, deveres), Ministério Público e colaborador, poderão ser os sujeitos do acordo, pois poderão “(...) dispor sobre os interesses que o sistema jurídico lhes atribui (...)”¹¹.

Já o juiz, a Lei nº 12850/2013 expressamente prevê que:

*O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.*¹²

Diante da redação legal, o juiz que homologa um acordo de colaboração premiada não poderá adentrar em seu conteúdo, discutir os direitos e obrigações pactuados, o mérito do conteúdo dos benefícios concedidos, o mérito das cláusulas estabelecidas no pacto etc.¹³. O juiz

¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. Colaboração premiada no quadro da teoria dos negócios jurídicos. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 179/206, p. 192.

¹² BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 out. 2022.

¹³ BADARÓ, Gustavo. O ato de homologação judicial do acordo de colaboração premiada: conteúdo, natureza e meios de impugnação. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 343/372, p. 345.

não pode participar da negociação do acordo e, por conseguinte, adentrar no mérito do pacto¹⁴, em decorrência da base principiológica da teoria geral dos negócios jurídicos processuais, visto que “o Estado-juiz não tem capacidade negocial porque não dispõe sobre interesses próprios”¹⁵. Os direitos do colaborador dizem respeito ao seu espectro individual, a persecução penal ao âmbito de atuação do Ministério Público, enquanto “os interesses públicos existentes no exercício da jurisdição são titularizados por toda a sociedade.”¹⁶

Quando o acordo é celebrado na fase investigativa da persecução penal, alguns autores entendem que a participação do juiz pode colocar em risco sua parcialidade^{17 18}, sendo que o juiz desconhece a integralidade dos elementos fáticos e probatórios abarcados pela investigação que resultou no acordo de colaboração premiada, não possuindo, portanto, total ciência do cabimento/viabilidade meritório do acordo em discussão para a investigação.

O papel do juiz na formação do acordo de colaboração é especificado no §7º do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, a ser realizado no momento da homologação. Inicialmente, o juiz deverá aferir a legalidade e a regularidade do pacto, que “envolve uma análise comparativa e de adequação das cláusulas específicas e os efeitos propostos, com o ordenamento jurídico”¹⁹. Em seguida, deverá aferir todos os demais aspectos presentes no §7º do art. 4º, que, em suma, envolve a questão da legalidade e da regularidade do acordo.

A impossibilidade de participar da negociação e da celebração do acordo, bem como a inadmissibilidade de adentrar no mérito do pacto e das cláusulas estabelecidas pelo juiz é decorrência da natureza do ato de homologação, na teoria geral dos negócios jurídicos, de

¹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Revista Custos Legis**, v. 4, p. 1-38, 2013.

¹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Colaboração premiada no quadro da teoria dos negócios jurídicos. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 179/206, p. 193.

¹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. Colaboração premiada no quadro da teoria dos negócios jurídicos. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 179/206, p. 193.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 3.ª edição, 2015, p. 453.

¹⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 256. P. 95.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo. O ato de homologação judicial do acordo de colaboração premiada: conteúdo, natureza e meios de impugnação. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 343/372, p. 345.

condição de eficácia²⁰. Mesmo existindo e sendo válido o acordo, só produzirá efeitos plenamente após a homologação.

Nesse sentido que Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

Ao homologar atos das partes ou dos auxiliares da Justiça, o juiz os jurisdicionaliza (Pontes de Miranda), outorgando-lhe a eficácia dos que ele próprio teria realizado. A homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas. Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona qualquer questão referente ao *meritum causae*.²¹

O acordo firmado entre as partes é de natureza negocial, sendo a decisão de homologação jurisdicional, enquanto condição de eficácia do negócio jurídico. “A sentença homologatória confere ao ato não oriundo do órgão jurisdicional a força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse, isto é, equipara um ao outro, mas sem nada acrescentar ao conteúdo do primeiro.”²²

O enquadramento do ato de homologação como condição de eficácia de um acordo existente e válido estabelece que a sentença de homologação é de natureza declaratória. A sentença (ou decisão) de homologação em um acordo de colaboração premiada, assim como todas as sentenças meramente declaratórias, tem como conteúdo “a declaração da existência, inexistência ou o modo de ser”²³ de uma relação jurídica de cunho material, bem como produz efeitos “*ex nunc*, considerando-se que a declaração somente confirma jurisdicionalmente o que já existia; nada criando de novo a não ser a certeza jurídica a respeito da relação jurídica que foi objeto da demanda.”²⁴

²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Colaboração premiada no quadro da teoria dos negócios jurídicos. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 179/206, p. 198.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2019, v. III, p. 320.

²² BADARÓ, Gustavo. O ato de homologação judicial do acordo de colaboração premiada: conteúdo, natureza e meios de impugnação. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 343/372, p. 349.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a edição. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 496.

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a edição. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 496.

É diferente de uma sentença constitutiva, que possui como conteúdo a “criação (positiva), extinção (negativa) ou modificação (modificativa) de uma relação jurídica”²⁵, sendo que “o efeito dessa sentença é a alteração da situação jurídica, necessariamente com a criação de uma situação jurídica diferente da existente antes de sua prolação, com todas as consequências advindas dessa alteração.”²⁶

A natureza de sentença meramente declaratória da decisão de homologação do acordo de colaboração premiada se reflete em caso de possível rescisão do pacto, que deverá ocorrer por ato/decisão das partes, cabendo ao juízo homologador apenas declarar a extinção do acordo, oportunidade que irá realizar uma análise de regularidade (se, por exemplo, o caso se enquadra em uma das hipóteses de rescisão previstas no acordo) e legalidade (se, por exemplo, o caso se enquadra em uma das hipóteses de rescisão previstas em lei) da rescisão, sem adentrar no mérito da decisão, bem como aferir se os direitos e garantias fundamentais das partes foram observados, como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

A natureza declaratória da decisão de rescisão do acordo de colaboração premiada irá influenciar decisivamente nos efeitos da rescisão do pacto, conforme será ressaltado no tópico 5.

4. Situações de extinção do acordo de colaboração premiada

As relações negociais entre os órgãos de persecução e o colaborador poderão se encerrar pelo cumprimento do objeto pactuado ou por situações que impossibilitam que o acordo atinja os fins almejados pelas partes.

Na primeira hipótese, haverá o fim do acordo após o esgotamento do objeto pactuado, por meio do cumprimento de todas as obrigações acordadas. Neste caso, após pedido e manifestação favorável das partes, o juízo homologador, que aferirá a regularidade e a legalidade do cumprimento das obrigações acordadas, declarará extinto o acordo.

Outra forma de extinção de um acordo de colaboração premiada é por meio de situações que impossibilitam que sejam atingidos os fins almejados pelo pacto. Essas

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a edição. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 497.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a edição. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 497.

situações poderão ser de quatro formas (desistência, retratação, revogação e rescisão), a depender do fundamento e do momento do fim da relação.

Com o recebimento do requerimento de formalização de acordo de colaboração premiada, tem-se o início das negociações do pacto²⁷. O órgão de persecução poderá indeferir sumariamente o pedido²⁸ por entender, por exemplo, que o acordo é inútil, não interessa à persecução penal, não observa os pressupostos necessários para o acordo etc. Superada essa fase inicial de verificação, ocorrerá a lavratura do termo de confidencialidade e o início das tratativas do acordo.

Após o início das tratativas, o órgão de persecução e o colaborador poderão desistir do acordo. No caso do colaborador, não é necessário justificar a desistência, em virtude de poder reaver a qualquer momento o exercício do seu direito ao silêncio

²⁷ Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”. BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 out. 2022.

²⁸ 4. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial ou nos termos do art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013. 4.1. A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado; 4.2. Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas; 4.3. O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implicam, por si sós, a suspensão de medidas específicas de litigância, ressalvado o disposto no item 17; 4.4. Os Termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo Membro do Ministério Público oficiante e assinados por ele, pelo colaborador e advogado, ou defensor público com poderes específicos. BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção). **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

e da garantia da não-autoincriminação. O órgão de persecução, para desistir, deverá expor de maneira fundamentada o motivo da desistência, como é o caso de eventual inutilidade do acordo, omissão de fatos pelo colaborador etc.

Caso o motivo da desistência seja em razão de as partes não terem chegado a um acordo com relação às obrigações a serem assumidas pelas partes, a decisão de desistência é de fundamentação mais simples. A desistência não gerará efeitos negativos às partes, devendo o material apresentado ser devolvido ao colaborador²⁹. Se for constatado que o colaborador agiu de má-fé ao requerer a celebração do acordo, a desistência do pacto possibilitará que o órgão de persecução utilize o material apresentado.

Superada a fase das tratativas e assinado o acordo, não poderá ocorrer mais a desistência do pacto, sendo possível, porém, a retratação, revogação ou a rescisão.

O art. 4.º, §10, estabelece: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.” Surge, por meio do referido dispositivo, a figura da retratação. Por mais que o citado parágrafo traga o termo “proposta” para o caso de retratação, a localização do dispositivo no artigo que trata do acordo propriamente dito afasta a incidência da retratação na fase de negociação.

Pode haver retratação após a celebração do acordo entre as partes, momento em que há a formação válida do negócio jurídico/acordo (só se retrata de algo que existe). Antes da assinatura do pacto, pode ocorrer desistência. A retratação também possui um segundo limite temporal (termo final), a homologação.

Após a decisão de homologação do juízo, quando o acordo passa a produzir todos os seus efeitos, pode ocorrer revogação ou rescisão. A revogação do acordo ocorre quando se verifica alguma ilegalidade na formação do pacto, não constatada antes da homologação. Já a rescisão é decorrente de descumprimento das obrigações pactuadas por uma ou ambas as partes. A lei, inclusive, traz um caso expresso de revogação no art. 4, §17 (O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.).

²⁹ 40. Na hipótese de não ser celebrado o acordo, ressalvadas linhas de investigação absolutamente independentes, o Ministério Público não poderá se valer das informações ou provas apresentadas pelo colaborador para qualquer outra finalidade. BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção). **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

No que diz respeito à retratação, é admissível apenas por parte do colaborador, em razão da possibilidade, repita-se, de retomar o exercício a qualquer tempo dos direitos fundamentais que relegou ao celebrar o acordo. O órgão de persecução não pode se retratar, pois, enquanto representante da sociedade, não pode gerar falsas expectativas na parte contrária e na sociedade, sob pena de violar o interesse público. A retratação não impede que o material apresentado pelo colaborador seja utilizado em desfavor dos delatados, podendo inclusive ser utilizado em desfavor do colaborador, visto que a lei fala que não poderá ser usado “exclusivamente em desfavor do colaborador”.

Na hipótese de revogação do pacto, este não produzirá efeitos entre as partes e impossibilitará a utilização do material apresentado, salvo se demonstrado que a ilegalidade foi resultante de atuação dolosa de uma das partes.

Com relação à rescisão, a ser aprofundada posteriormente, o material apresentado poderá ser utilizado normalmente, em decorrência de o descumprimento das obrigações pactuadas se dissociar dos relatos e elementos de corroboração apresentados. Estes darão ensejo a persecuções penais autônomas, enquanto o descumprimento das obrigações está no plano dos direitos e obrigações pactuados, que, no caso do colaborador, foca no “merecimento do prêmio” acordado. Nesta hipótese, se o colaborador descumpre alguma das obrigações acordadas, poderá dar ensejo à rescisão do acordo e, por conseguinte, à “perda” do prêmio, não impedindo que o material apresentado seja utilizado normalmente na persecução penal.

5. Rescisão do acordo: procedimento e efeitos

A rescisão do acordo de colaboração premiada acontece quando uma ou ambas as partes descumprem as obrigações previstas expressamente no acordo ou em lei. O procedimento a ser adotado e os efeitos que a rescisão gerará, especialmente em face da(s) persecução(ões) penal(is), serão detalhadas neste tópico, em razão da discussão que existe sobre a matéria, principalmente em virtude da decisão a ser proferida.

As 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal fixaram, por meio da Orientação Conjunta nº 1/2018, que:

37. O descumprimento do acordo e a causa da sua rescisão deverão ser levados ao juízo, observado o contraditório e preservada a validade de todas as provas produzidas até a rescisão, mediante as seguintes alternativas: a) instauração de procedimento administrativo, quando necessário coletar novas evidências sobre as causas de

rescisão, que será levado ao juízo em seguida; b) provocação direta do juízo, quando a causa de rescisão for constatada sem a necessidade de novos dados ou evidências.³⁰

De acordo com a orientação exposta, a rescisão do acordo deverá ser submetida ao juízo homologador, podendo ocorrer a instauração de prévio procedimento administrativo para apurar a causa da rescisão ou ser rescindido diretamente, quando a causa de rescisão for evidente. Será preservada, porém, a validade de todas as provas produzidas.

Diante da referida orientação, observa-se claramente que a rescisão de um acordo de colaboração premiada advém de ato das partes, em virtude do descumprimento das obrigações estabelecidas no acordo pela parte adversa³¹, a ser submetido ao juízo homologador, que analisará a rescisão sob o enfoque da legalidade e da regularidade, por meio de uma decisão, assim como é a decisão de homologação, de cunho meramente declaratório.

A rescisão do acordo, porém, gera discussão sobre os efeitos que gerará sob o aspecto dos benefícios e dos elementos de corroboração/probatórios apresentados pelo colaborador, em face dele e de terceiros.

O descumprimento do acordo gerará, para as partes, a perda dos benefícios pactuados. A obtenção de qualquer “prêmio” em um contexto de justiça negocial pressupõe o rigoroso cumprimento de todos os deveres estabelecidos, visto que, em um cenário de mitigação da obrigatoriedade da persecução penal, em países sustentados no princípio da legalidade, como é o caso dos que adotam predominantemente o sistema do *civil law*, só será possível se a não observância do procedimento ordinário ocorrer com base no respeito do princípio da legalidade e com o cumprimento de todas as obrigações pactuadas.

No que diz respeito aos elementos de corroboração/probatórios apresentados pelo colaborador, a discussão é maior.

O Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com a matéria, já decidiu que “(...) o material probatório colhido em colaboração premiada pode ainda ser utilizado em face de terceiros,

³⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção). **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

³¹ “Já no caso de extinção por fato posterior à homologação, o acordo é válido, mas o colaborador deixa de adimplir as obrigações acertadas. Isso ocorre se, por exemplo, o colaborador deixa de prestar os depoimentos a que comprometeu ou deixa de colaborar com as investigações conforme acertado.” CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: **Colaboração premiada**. Coordenação: Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 255/274, p. 272.

naturalmente cercado de todas as cautelas (...)”³², tendo deixado ainda mais claro no Inquérito nº 3.983 que “até mesmo em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda ser utilizado em face de terceiros”³³³⁴.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483, deixou claro que, mesmo o colaborador perdendo todos os prêmios estabelecidos no acordo, em razão de ter descumprido alguma das condições estabelecidas, “suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, §16, da Lei n.º 12.850/2013), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes de organização criminosa.”³⁵

O Supremo Tribunal Federal adotou o correto posicionamento de separação entre o acordo, junto com seus direitos e obrigações estabelecidos entre as partes, e os elementos fáticos e probatórios apresentados pelo colaborador, que se vincularão à persecução penal. O descumprimento das obrigações por uma das partes pode resultar no fim do acordo e, por conseguinte, na perda dos prêmios/benefícios pactuados.

A rescisão, porém, não gerará reflexos nos elementos fáticos/probatórios que acompanharam o acordo de colaboração premiada no momento da celebração, visto que o controle de regularidade/legalidade que englobava esses elementos foi realizado na decisão de homologação do pacto. Após a homologação, estes elementos irão se dissociar do acordo e dos termos que foram estabelecidos, passando a fazer parte da persecução penal que dará início ou reforçará uma já existente.

A rescisão do acordo, decorrente do descumprimento de obrigações, está no campo da Teoria dos Negócios Jurídicos e gerará reflexos apenas no âmbito das obrigações fixadas. Não gerará reflexos com relação aos relatos e elementos probatórios já apresentados, que poderão ser usados em face do colaborador e de terceiros. Esses relatos e elementos estão no campo da

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3.979/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3.983/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

³⁴ Seguindo essa linha de raciocínio, Vinícius Gomes de Vasconcellos afirma que “se houver rescisão de um pacto lícitamente formalizado e homologado, as provas eventualmente obtidas que incriminem corréus serão mantidas no processo e poderão ser valoradas em prejuízo de terceiros.” VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 256.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

persecução penal, totalmente dissociado do negócio jurídico pactuado. Não haverá mais, porém, obrigação de o colaborador contribuir com a persecução penal, em decorrência do fim do pacto obrigacional que fazia parte.

Essa conclusão será cabível inclusive quando o Ministério Público, enquanto parte no acordo, for o responsável pela rescisão do pacto. Nesta situação, o colaborador fará *jus* a todos os benefícios acordados, ficando dispensado de todas as obrigações que assumiu, que inclui o dever de colaborar com a persecução penal. Os relatos e elementos de corroboração, porém, permanecerão intactos, visto que, repita-se, foram incorporados às respectivas persecuções penais (investigações e/ou ações penais).

Temos, portanto, duas relações, uma negocial, atinente ao campo dos interesses pessoais das partes contratantes, e outra de interesse eminentemente público, relativa à seara da persecução penal. São duas relações totalmente dissociadas, que se separam por completo após a homologação do acordo.

6. Conclusões

Ao longo deste artigo, foi possível verificar o processo de formação do acordo de colaboração premiada, bem como foi analisada a natureza da decisão que o homologa e o papel do juiz durante a formação do acordo.

Analisou-se, posteriormente, as possíveis causas de finalização do acordo, tendo como foco a rescisão do pacto, em razão dos possíveis reflexos que poderá gerar aos interesses das partes e principalmente às persecuções penais iniciadas e/ou reforçadas pelos elementos apresentados pelo colaborador no acordo.

Ao final, foi possível concluir que um acordo de colaboração premiada válido, mesmo ocorrendo a rescisão, não gerará reflexos negativos na persecução penal, que se separará do pacto, celebrado de forma regular e legal, no momento da homologação. Os elementos e dados de corroboração apresentados pelo colaborador poderão ser utilizados normalmente nas investigações mesmo que o acordo venha a ser rescindido por descumprimento das obrigações pactuadas e o colaborador perca os benefícios pactuados.

7. Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual. Controvérsias e Desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BADARÓ, Gustavo. O ato de homologação judicial do acordo de colaboração premiada: conteúdo, natureza e meios de impugnação. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 343/372.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 3.^a edição, 2015.

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2^a e 5^a Câmaras de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção). **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3.979/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3.983/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 4619**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 out. de 2022.

CABRAL, Antônio do Passo. Colaboração premiada no quadro da teoria dos negócios jurídicos. In: **Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos**.

Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 179/206.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: **Colaboração premiada**. Coordenação: Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 255/274.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17.^a edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2019, v. III.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Revista Custos Legis**, v. 4, p. 1-38, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a edição. São Paulo: Editora Método, 2011.

PAULINO, Galtiênio da Cruz; SILVA, André Batista e. **Manual de acordo de colaboração premiada**. 1.^a edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. 14, n. 1 (2014). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em: 15 de jun. de 2021.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 673/724.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.



Vitimologia corporativa: Uma introdução ao estudo sobre as vítimas dos delitos econômicos e ambientais

Corporate victimology: an introduction to the study on victims of white-collar and environmental crimes

Madallena Thaís Coutinho¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo se propõe a apresentar uma análise crítica da relevância do estudo da vitimologia no âmbito da criminalidade empresarial, como instrumento de orientação às políticas de *law enforcement* que sejam capazes de elevar a efetividade observada no controle do comportamento corporativo socialmente danoso, auxiliando a discussão sobre a responsabilização pelos danos causados.

Palavras-Chave: 1. Direito Penal. 2. Vitimologia. 3. Criminalidade Corporativa. 4. Compliance.

Abstract: This article proposes to present a critical analysis of the relevance of the study of victimology, in the scope of corporate crime, as an instrument to guide law enforcement policies that are capable of increasing the effectiveness observed in the social control of socially harmful corporate behavior and to help the discussion on liability for the damage caused.

Key-Words: 1. Criminal Law. 2. Victimology. 3. Corporate Crimes. 4. Compliance.

¹Advogada. Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC/RJ). Pós-graduanda em Corporate Governance, Compliance e Supervisão Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Especialista em Direito Penal e Compliance pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (IDPEE). Especialista em Compliance: Financial Crimes e Investigações Corporativas pela KPMG Business School. Pesquisadora IBCCRIM.

1. Introdução

As políticas públicas referentes à punição e ao tratamento do crime há muito tempo já fazem parte da pauta da Criminologia, tendo os estudos sobre o tema uma tradição empírica relacionada com a gravidade do desvio. No entanto, a maioria das pesquisas acerca desse tema diz respeito aos crimes convencionais, pouco se detendo sobre os crimes econômicos e ambientais.

Nesse contexto, o crime corporativo é um fenômeno que vem chamando a atenção em razão dos custos sociais e econômicos dele decorrentes, que superariam os custos correspondentes às outras formas de criminalidade. Pesquisadores nos Estados Unidos já estimaram que o custo total do crime corporativo pode alcançar até 20 vezes o da criminalidade *mainstream* de rua.¹ Ainda que a conseqüente vitimização impacte mais severamente a população mais vulnerável, no fim das contas, os efeitos dessa tipologia reverberam em todo o corpo social, não se atendo a processos individuais.²

Com efeito, em 1980 Marshall Clinard e Peter Yeager já tinham introduzido uma investigação sobre o conflito vitimológico na área da criminologia corporativa. Responsáveis por relevantes análises dos aspectos do comportamento desviante no ambiente empresarial, e sobre uma diferenciação primária dos processos de vitimização complexos a que se sujeitam estas vítimas quando comparadas às vítimas dos “*ordinary crimes*”, aqueles autores reconheceram as dificuldades de identificação e de investigação que caracterizam aquele âmbito criminógeno.³

As novas formas de organização empresarial, a sofisticação no cometimento dos delitos, o emaranhamento dessas relações corporativas com a própria manutenção das estruturas sociais, os avanços da produção científica na seara cognitiva e comportamental e a interlocução aprimorada com as técnicas da ética negocial e governança corporativa aumentam os desafios

¹ Jay S. Albanese, em 1995, utilizou literatura de pesquisas e relatórios do governo norteamericano para estimar a natureza e extensão dos crimes corporativos. A análise também considera questões especiais do *white-collar crime* em comparação com o crime convencional, incluindo o papel das mulheres e a infiltração criminosa de negócios pelo crime organizado. (ALBANESE, J. *White Collar Crime in America*. New Jersey: Prentice Hall, 1995.)

² Para sustentar essa afirmação, Dawn L. Rothe e David Kauzlarich citam como exemplo os efeitos climáticos dos crimes corporativos ambientais (ver nota 25 sobre o *Dieselgate*): “*a changing climate affects the poorest people in developing countries the most. A changing climate may cause major migrations of displaced peoples which will affect all countries.*”

³ CLINARD, Marshal; YEAGER, Peter. *Corporate Crime*. Routledge, 2017.

da pesquisa vitimológica. Por outro lado, eles também prenunciam um vasto campo de estudo de elaboração de estratégias de controle social e de regulação do comportamento corporativo.

Nessa senda, a inquietação dessa realidade reverbera no Direito Penal e Processual Penal. De fato, a criminalidade corporativa é uma discussão preciosa em termos de conteúdo e ainda aberta no terreno acadêmico. Desse modo, este ensaio se propõe a refletir, brevemente, sobre a pouco estudada questão da vitimologia corporativa.

2. Fundamentos da pesquisa vitimológica

2.1 O lugar da vítima no sistema de justiça criminal

Ao longo da História, encontram-se três momentos relativamente distintos que explicitam o lugar da vítima do delito no sistema de justiça criminal, sendo estes divididos em idade de ouro ou do protagonismo, neutralização e revalorização ou do redescobrimento da vítima.

A chamada idade de ouro da vítima é marcada pelo seu protagonismo na efetivação da justiça, e, apesar de não conferir a ela uma “liberdade irrestrita” na reparação do mal sofrido, a colocaria próxima a uma posição de “vingança”, isso porque, num contexto de ordem social marcado pela ausência ou fragmentação das normas, ficava a cargo da pessoa vitimizada, ou de seu clã, impor diretamente uma “punição” ao agressor ou seus parentes, visto que a relação dano sofrido *vs.* dano causado não se limitava aos indivíduos envolvidos diretamente.⁴

Neste sentido, Bettiol faz uma analogia entre o pátrio poder e a soberania estatal. O autor enxerga no *pater familias* a existência de uma natureza pública, afirmando que, sendo a família a primeira forma de organização política existente, o clã agiria imbuído não de um poder privado, mas sim como depositário de uma autoridade política. Desse modo, a confiabilidade da aplicação penal e da punibilidade dos crimes seria uma expressão pública.⁵ Além disso, o forte caráter religioso daquela época, aproximaria a relação entre crime e pecado, devendo-se também a essa raiz religiosa a relevância dada ao contexto social e ao senso coletivo de manutenção da coesão. Essa marca teocrática seria uma característica que corroboraria o

⁴ Piedade Júnior distingue a conceituação de vingança privada e justiça privada. Onde uma confere à vítima autoridade para retribuição do mal sofrido, enquanto a outra pressupõe que a autoridade para reparação e punição do ilícito não é da mesma, isto pela necessidade de a vítima dirigir-se à autoridade estatal competente à administração da justiça, a fim de prestar queixa formalmente e comprovar a responsabilidade do agressor. (PIEADADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia, evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.)

⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Itália: Priulla, 1958.

entendimento de que os interesses envolvidos não eram unicamente privados, nem exclusivos das partes envolvidas no cometimento do ilícito e no processo de vitimização.⁶

A citada idade de ouro da vítima se estendeu aproximadamente até o início da Baixa Idade Média⁷. A partir do século XII, com a entrada em decadência do feudalismo e as consequentes transformações que se sucederam com a consolidação do Estado-Nação e das monarquias europeias, a vítima foi sendo relegada a um lugar de ostracismo.⁸ A perda do papel principal da vítima nos trâmites processuais decorrentes do delito encontra íntimo liame com a substituição da mesma pela figura do procurador do soberano nos conflitos de natureza criminal, relegando, como dito, a vítima a um papel meramente informativo.

Com o direito de punir passado a ser de monopólio exclusivo do Estado, o criminoso passou a figurar com os “deveres” do Estado, passando a existir um conflito formal entre infrator e poder estatal, sendo o processo penal o mecanismo para imposição formal da sanção, deixando de atender aos interesses individuais, desvinculando-se, enfim, da figura da pessoa vitimada.⁹

Sob a fundamentação de que a atuação vitimológica seria pautada pelo sentimento de “vingança pessoal”, o afastamento da vítima do cerne penal é tido para alguns como uma suposta forma de garantia da racionalidade e da justiça à reação da política-criminal¹⁰, não cedendo a um “fervor punitivo”, além da visão de que os direitos da vítima já estariam contemplados pela reação do Estado; enfim, a vítima não exerceria mais influência relevante na punição do delito.¹¹

A partir do século XIX, a figura da vítima passa paulatinamente a ter nova visibilidade, mas apenas na segunda metade do século XX, com o desdobramento das explicações

⁶ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁷ *Ibidem*. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

⁸ Foucault, na obra “A verdade e as formas jurídicas”, aponta como acontecimentos que antecedem e se relacionam com essas mudanças entre os períodos da Alta Idade Média e a da Baixa Idade Média a acumulação de poder traduzida na acumulação de armas e de riquezas nas mãos da minoria. (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 4ª ed., 2013.)

⁹ Essa exigência direta de reparação passou a ser um importante instrumento de fomento para as monarquias emergentes, pois eram feitas em forma de confisco e multas recolhidas pelo Estado, gerando recursos para a Coroa. Tal fato é denunciado por Beccaria em “*Dei delitti e delle pene*” ao afirmar que os delitos dos súditos eram como uma espécie de patrimônio para o príncipe. (BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Itália: Gale Ecco, Print Editions, 2018.)

¹⁰ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia, evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.

¹¹ ALVAREZ, Marcos César. *O papel da vítima no processo penal*. Série Pensando o Direito, n.24. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

sociológicas do crime, ela melhor se posiciona no cenário criminológico. Isso decorreu de uma clara influência dos processos de vitimização causados pela 2ª Guerra Mundial, e os consequentes movimentos políticos havidos na comunidade jurídica internacional.¹²

Essa reorientação na Criminologia, com a ampliação da visão estática anteriormente apresentada (movimento vitimológico)¹³, segundo o qual passa-se a abordar o delito por uma perspectiva de conflitos interpessoais, incluiu a vítima como objeto do fenômeno criminoso, fomentando o reconhecimento da vitimologia como ciência. Desse modo, até o final daquele período, o termo já havia sido definitivamente adotado pelos cientistas em geral.

A obra de Benjamin Mendelsohn (*The Origins of the Doctrine of Victimology*), de 1947, e a de Hans Von Hentig, (*The Criminal and his Victim: Studies in the Sociobiology of Crime*), de 1948, divulgada na *Yale University*, reiteraram a ideia de reparação na esfera penal do dano causado à vítima. Reconheceram, ainda, a existência de vários tipos de vítimas, propondo-se uma tipologia que trouxe significativa evolução para o tema, provocando a necessidade de que a comunidade científica melhor se debruçasse sobre a análise do papel da vítima nos diversos momentos do delito.

A elevação da figura da vítima no sistema contemporâneo seria mais complexa do que uma visão histórica linear e evolucionista, pois, mesmo nos períodos em que não havia uma clara definição jurídica de vítima, já se observava práticas de indenização e compensação “parajudicial”, fundamentadas no reconhecimento de fato dos sujeitos vitimados.¹⁴ Assim, compreender as transformações no âmbito da punição pressupõe pensá-las como fenômenos multifacetados imbuídos de significados culturais que refletem mutações no âmbito das instituições sociais.

Em consonância com o exposto por Gianluigi Ponti, o que se constata não é necessariamente o recrudescimento das penas como medida compensatória, mas a eliminação de desvios comuns ao acesso à justiça. Isso se daria através da análise da função ocupada pelas

¹² ALVAREZ, Marcos César *et al.* *A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n.86. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

¹³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁴ ALVAREZ, Marcos César *et al.* *A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n.86. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

vítimas e das circunstâncias que possibilitaram essa ocupação, conhecendo quem são, como são atingidas e quais as reações ou medidas preventivas poderiam ser mais eficazes.¹⁵

2.2 A vítima no cenário internacional e nacional

Em grande parte superada a divergência acerca da necessidade de implementação de diretrizes penais voltadas para a satisfação das vítimas, Jesús María Silva Sánchez introduziu a problemática sobre de qual maneira este atendimento ocorre, no sentido de que em torno da ideia de reparação advir diversas medidas e concepções diferentes ao enfrentamento da deficiência detectada, sendo várias as propostas práticas e teóricas desenvolvidas contiguamente ao tema.¹⁶

A Recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1985, exortou que os Estados “continuassem seu trabalho na elaboração das diretrizes e normas acerca do abuso do poder econômico e político”, consciente de que “milhões de pessoas no mundo sofrem danos como resultado de delitos e do abuso do poder”, admitindo que “os direitos dessas vítimas não são adequadamente reconhecidos”.¹⁷ Em termos gerais, a Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas repudiou os processos de vitimização, dentre outros fatores, pelo abuso de poder econômico e político, recomendando que os Estados-Membros estimulassem a assistência que elas necessitam, prevenindo a ocorrência delitiva.

Acerca da implementação de medidas preventivas, aquela Resolução mencionou categoricamente o reexame periódico das legislações e práticas nacionais para refrear atos que infringissem normas internacionais relativas à conduta das corporações, e aos abusos de poder, além da observância de códigos de conduta e princípios éticos.¹⁸

¹⁵ PONTI, Gianluigi. *A vítima: uma dívida a ser paga*. In: ZOMER, Ana Paula (org.); STEFANINI, Lauren Paoletti (trad.). *Ensaio Criminológicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

¹⁶ Segundo Susane Walther, em pesquisa realizada pelo Instituto Max Planck, essa variedade prática e teórica é o primeiro problema ao abordar o tema. Na Alemanha são utilizadas quatro expressões diferentes na doutrina para abordagem dos interesses da vítima do delito, que não são unânimes entre si quanto a extensão da vitimização e, conseqüentemente, quanto ao tipo de reparação que será designada. Na doutrina de língua inglesa encontram-se as expressões para os pagamentos ordenados pela Corte “*restitution*” e “*compensation*”. Encontram-se também as expressões “*restorative justice*” e “*reparation*”. Essas diferentes concepções refletem a extensão do conceito de dano e a dimensão dos processos de vitimização, tendo seus efeitos ampliados ao campo psicológico e social, para além dos prejuízos relacionados aos danos materiais. (Kaiser, G., Kury, H., & Albrecht, H.-J. (Eds.). *Victims and criminal justice*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1991.)

¹⁷ Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985. Anexo: Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder.

¹⁸ O ressarcimento e a indenização também são matérias que encontram menção expressa na Declaração, recomendando que os Estados considerem o ressarcimento como uma sentença possível nestes casos penais, sem prejuízo das outras sanções já previstas em seus ordenamentos internos.

No Brasil, os estudos sobre o movimento vitimológico foram conduzidos e noticiados por Heitor Piedade Júnior, na obra “Considerações a Respeito da Denominada Vitimologia” de Arminda Bergamini Miotto, publicada na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, vinculada ao Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara¹⁹, em 1964. Há também registros de transcrições na Universidade Estadual do Paraná, datadas de 1958 e 1959, do trabalho de Paul Cornil sobre vitimologia, apresentado primeiramente nas Jornadas Criminológicas Holando-Belgas.²⁰

Nos anos 1970, a publicação do livro de Edgard de Moura Bittencourt, intitulado “Vítima: a dupla penal delinquente - participação da vítima no crime”, e em 1973, a efetiva participação de juristas brasileiros no I Simpósio Internacional de Vitimologia, em Jerusalém. Além disso, o I Congresso Brasileiro de Criminologia, no Paraná, sedimentou a ideia de que a legislação brasileira deveria adotar normas que acolhessem as indicações da Vitimologia, e que não ignorasse os fenômenos de vitimização.

Os reflexos desse movimento reverberaram no nosso âmbito normativo, podendo ser observados, *v.g.* na Constituição Federal de 1988, com destaque para o Artigo 245 que estabelece a responsabilidade assistencial do Estado ao prever hipóteses e condições nas quais o Poder Público prestará assistência aos herdeiros e dependentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito em nível infraconstitucional. Demais disso, é majoritário na doutrina o protagonismo alcançado pela Lei nº 9.099/95 devido às inovações no campo penal e processual penal, que reconheceram a participação mais eficaz da pessoa vitimizada na relação jurídico-processual.

3. Vitimologia Corporativa

A prioridade que foi dada à criminalidade de rua levou a uma precariedade em investigações mais substanciais que concebesssem uma vitimologia corporativa, na qual indivíduos, comunidades inteiras e até mesmo outras corporações pudessem ser vítimas dos efeitos da criminalidade empresarial. Fato é que essas dinâmicas criminosas que se fulcram na deturpação das medidas de *law enforcement*²¹ afetariam sobremaneira a confiança no Estado de

¹⁹Atual Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

²⁰PIEADADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia, evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.

²¹A exemplo disso tem-se o caso *Dieselgate* da Volkswagen entre 2009 e 2015. Um dos casos de fraude de maior alcance da história corporativa, no qual a empresa alemã, intencionalmente, a fim de driblar os testes da *Environmental Protection Agency* do governo norte americano, modificou o funcionamento de motores a diesel

Direito, bem assim as escolhas públicas e a representatividade popular, ainda que esse processo de vitimização algumas vezes estivesse acobertado pela cifra oculta da criminalidade.

Em que pese os avanços expressivos em políticas no âmbito corporativo, subsistem, em alguma medida, dificuldades sociais em criar consciência sobre esse tipo de vitimização, ainda que a invasão, pela magnitude dos danos advindos da criminalidade corporativa, seja socialmente latente. O conceito de “*ideal victim*”, tipologia cunhada por Nils Christie, consistiria na designação de características para o processo de vitimização que, quando presentes, seriam capazes de gerar a “simpatia” da sociedade pela vítima, e uma maior comoção com a situação sofrida. Entretanto, segundo Dave Whyte, uma das possíveis explicações para o problema da conscientização dos processos de vitimização sofridos é justamente o fato das vítimas de delitos corporativos não se enquadrarem nas características de “*ideal victim*”. Isso demonstraria que as nossas concepções de vítima são discricionárias.²²

Dessa forma, a conceituação de Christie aplica-se quase que exclusivamente aos crimes de natureza interpessoal, nos quais a vítima seria um indivíduo identificável, visto com fragilidade, somado ao fato da figura do vitimizador ser alguém “fisicamente dominante”, dotado de “intenção perversa”, e em posição na qual a vítima não seja forte o suficiente para contrapô-lo. Portanto, assim como as vítimas de crimes corporativos não se encaixariam na classificação de “*ideal victim*”, tampouco os criminosos corporativos se subsumiam ao perfil de “*ideal offenders*”.

Um problema relacionado diretamente com o alto grau da cifra oculta na vitimologia corporativa é que, não raro, crimes ocorridos neste âmbito não seriam processados e registrados como tais, aparecendo de forma relativamente abstrata, aplicando-se advertências, ou leniências administrativas alternativas. Essa narrativa corroboraria a noção de que estes tipos de delitos não estariam dimensionados no seu real grau de extensão, e, comparativamente, pareceriam “menos danosos”.²³

através de *softwares* que detectam quando o veículo está sendo testado, de modo a causar uma diminuição temporária na emissão de óxido de nitrogênio, que não corresponde ao nível de emissão do carro em funcionamento normal. O dano foi majoritariamente percebido na Europa, mas a ação da empresa ocorreu focada em burlar a justiça criminal dos Estados Unidos.

²² QUINNEY, R. *Who is the victim?* In: *Criminology*, volum 10, issue 3, 1972. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.1972.tb00564.x>. Acesso em: 19/05/2022

²³ Nesse sentido, Whyte, Slapper and Tombs: “*we do not think about our employer or our local supermarket as a habitual criminal, despite the fact that they routinely break the law in ways that are harmful to us*”. (WHYTE, Dave. *Victims of Corporate Crime*. In: WALKLATE, Sandra. *Handbook of victims and victimology*. Cullompton: Willan, 2017.) (SLAPPER, G.; TOMBS, S. *Corporate Crime*. Harlow: Longman, 1999.)

Em relação a esse tópico, Sally Simpson aponta que o fato de muitas condutas configuradas como *white-collar crimes*, principalmente aquelas que guardam relação com a má conduta corporativa, serem dirimidas fora do tradicional sistema de justiça criminal, influenciaria na percepção pública da “ilegalidade”. No entanto, as características dos crimes corporativos também contribuiriam para que estes delitos, e seus efeitos na maioria dos casos, sejam menos visíveis, dado que há, de fato, muitas vezes uma maior dificuldade na identificação do agente e da vítima atingida, pelo caráter difuso que a criminalidade empresarial em geral apresenta.²⁴

Nesse sentido, Erich Goode e Nachman Ben-Yehuda se debruçam sobre a questão da neutralização moral, e do problema da dependência comunitária. Na obra *“Moral Panics: The Social Construction of Deviance”*, os autores dissertam sobre os fatores que balizam as “ondas de medo” e “preocupação pública”, refletidos na orientação dos valores centrais de uma sociedade. Pânicos morais é uma das ideias sociológicas mais discutidas no âmbito da sociologia do controle social, pois decorrem dos processos de construção social do comportamento desviante (*“folk devils”*). O pânico moral difundiria a sensação de insegurança, modulando o comportamento coletivo fundamentado na ameaça à cultura da sociedade e ao modo de vida institucionalizado. Assim, como criticam os autores, isso poderia servir para a priorização de políticas criminais contra crimes de grupos específicos definidos, com base nas preferências de setores minoritários chamados de *“moral entrepreneurs”*²⁵, aguçando a exploração da histeria coletiva que caracterizaria o pânico moral.

Desse modo, se, por um lado, a dinâmica do pânico moral pode ser utilizada para mudar as intuições morais de uma sociedade, sendo muitas vezes orientada para inflar o enfrentamento da criminalidade de rua, por outro lado pode ser direcionada para a neutralização dos riscos negociais, bem como para a desregulação do comportamento corporativo socialmente danoso.

Nesse contexto, a sociologia do controle social explica que os *“moral entrepreneurs”* usariam como fontes de moralismo, para regular o comportamento dos demais membros da sociedade, a exploração de um *status* de superioridade e distanciamento, o que acabaria por

²⁴ SIMPSON, Sally S. et al. *Perceptions of White-Collar Crime Seriousness: Unpacking and translating attitudes into policy preferences*. In: *Journal of Research in Crime Delinquency*, 2022.

²⁵ Termo cunhado por Howard Becker, sociólogo e autor do livro *“Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance”* para fundamentar a definição de categorias sociais desviantes e como estas são arraigadas nas sociedades, buscando explicar o comportamento tanto dos criadores de regras morais, quanto dos aplicadores destas regras. (BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. 2ª ed. Zahar, 2008.)

favorecer, dentro da estrutura vigente, que os grupos socialmente inferiores se tornassem os alvos mais prováveis. Não causa surpresa que tal “ferramenta” seja utilizada como instrumento de neutralização moral no âmbito da criminalidade econômica e ambiental²⁶.

A propósito, David Matza e Gresham Sykes tecem análises das técnicas de neutralização e os diferentes tipos de racionalização de comportamento como recurso de justificação moral na estratégia de defesa das condutas criminosas, que também podem ser levadas para o âmbito da criminalidade empresarial.²⁷ O “*vocabularies of adjustment*”, recurso de neutralização de comportamento pelo qual o infrator minimiza o conflito entre o seu comportamento e as indicações legais vigentes, muitas vezes precede a ação como uma forma de “permissão” ou “desculpa legítima” para o cometimento da conduta delitiva.

Por sua vez, John Hagan aponta que, nos Estados Unidos, as respostas da Justiça Criminal observadas no início da Era Reagan, promoveram o aumento da reprovabilidade social da criminalidade de rua, ao mesmo tempo que teria tirado os holofotes dos crimes de colarinho branco, oportunizando que os respectivos infratores se beneficiassem da capacidade de desenvolver narrativas que afastassem a responsabilidade em relação a fatores intraorganizacionais.²⁸

Nessa senda, Saad-Diniz entende que a estratégia de neutralização moral baseada na negação da responsabilidade residiria no caráter de fungibilidade dos *players* e na alta competitividade do mercado, no sentido de que o sujeito infrator facilmente poderia ser substituído por outro que supostamente não teria comportamento diferente do dele devido ao contexto no qual está inserido.²⁹ Assim, o fato de outros estarem infringindo a lei seria justificado como estar o autor agindo em necessidade, não sendo razoável que a sociedade

²⁶ Um exemplo é o caso “*Paradise Papers*”, de 2017, envolvendo empresas como Facebook, Twitter, Apple, Disney, Uber, Nike e McDonald 's. Apesar do escândalo fiscal segundo o qual as empresas envolvidas burlaram o pagamento de tributos mediante a utilização de empresas *offshore*, estas citadas como exemplo continuam a estar entre as marcas mais admiradas do mundo. “*Though it is increasingly controversial, going offshore to avoid tax is not against the law. But as Barack Obama said of the Panama Papers a year ago: ‘A lot of it’s legal, but that’s exactly the problem.’*”. (*The Paradise Papers is a special investigation by the Guardian and 95 media partners worldwide into a leak of 13.4m files from two offshore service providers and 19 tax havens’ company registries*)

²⁷ SYKES, G.; MATZA, D. *Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency*. In: *American Sociological Review*, v.22, 6ª ed., 1957.

²⁸ HAGAN, John. *Who are the criminals: the politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2010.

²⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia Corporativa*. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

esperasse dele outro tipo de comportamento, nem que demandasse um estigma moral elevado à conduta.^{30 31}

É nesse sentido que se pode enxergar a confluência entre as técnicas de neutralização e um espaço importante para a atuação da ética negocial e governança corporativa, num ambiente institucional que é comprovadamente criminógeno. Considerando que a motivação que as pessoas têm para obedecer às leis seria o mesmo tipo de motivação que elas teriam para agir eticamente no ambiente corporativo, a maneira com a qual os indivíduos concebem suas obrigações e as técnicas de neutralização disponíveis, interfeririam diretamente nas decisões que iriam tomar. Assim, Heath entende que uma maneira eficaz de fazer com que as pessoas se comportem em *compliance* com as normas e com os valores perquiridos pela corporação seria submetê-las a ambientes onde esse tipo de conduta não encontre espaço para explicações neutralizadoras, possibilitando o fomento de culturas institucionais que promovam a conduta ética.^{32 33}

Essa tese, chamada de “*neutralize the neutralizations*”, se fundamenta na inadequação das racionalizações neutralizadoras, através da identificação e suspeição de padrões de raciocínio “auto-explicativos”, e do rastreo dos danos causados pelos crimes corporativos, promovendo uma conexão do comportamento corporativo socialmente danoso com as vítimas e a realização de análise de riscos mais concretas.

As relações de poder preexistentes entre os sujeitos se traduzem na dependência comunitária, visto que as dinâmicas corporativas transformaram o mundo de tal maneira que a formulação social não é mais entendida em apartado à imbricação das atividades empresariais nas interações sociais e na configuração das normas. No entanto, ainda é um desafio para os

³⁰ MINOR, W. W. *Techniques of Neutralization: A Reconceptualization and Empirical Examination*. In: Journal of Research in Crime and Delinquency, 1981.

³¹ Estudo semelhante sobre a tentativa do infrator de neutralizar a analiticidade do lugar de criminoso é encontrado no caso da caça furtiva de Dodder e Eliason. (ELIASON, S. L.; DODDER, R. A. *Techniques of Neutralization used by Deer Poachers in the Western United States: A Research Note*. In: Deviant Behavior, v.20, 1999.)

³² “*They are more likely to commit crimes because they have talked themselves into believing some type of excuse for their actions, and they have found a social environment in which this sort of excuse is accepted or encouraged.*” (HEATH, J. *Business Ethics and Moral Motivation: A criminological Perspective*. In: Journal of Business Ethics, 2008)

³³ Paine oferece uma fundamentação sofisticada do porquê as empresas devem incorporar valores em suas estratégias, criando organizações mais responsáveis e mais lucrativas e se beneficiando de uma gestão de risco mais eficaz, que suscita maior atratividade do mercado e maior confiança dos investidores. (PAINE, Lynn Sharp. *Value Shift: why companies must merge social and financial imperatives to achieve superior performance*. New York: McGraw-Hill, 2003.)

pesquisadores entender e delimitar qual o lugar das corporações na produção dessas relações de dependência e na manutenção da coesão comunitária.

De fato, muitos dos estudos sobre a responsabilidade empresarial se concentram na análise da empresa como uma unidade inserida em um contexto de economia desenvolvida. Por outro lado, menos examinada é a discussão sobre as fragilidades institucional e regulatória em relação à avaliação de riscos às quais algumas comunidades estão expostas, bem como a responsabilidade dos Estados anfitriões pelas consequências sociais, econômicas e ambientais decorrentes do fornecimento de acesso desenfreado aos recursos humanos, naturais e financeiros locais.

Assim, é possível concluir que a dimensão do dano provocado pela criminalidade corporativa é proporcional ao grau de dependência da comunidade em relação às grandes corporações para conseguirem se reestruturar. Essa articulação apresentada faz com que a dependência comunitária se manifeste de formas muito distintas, abrangendo fatores como o aumento da criminalidade e a diminuição da segurança, erosão da moral comunitária, diminuição na qualidade de vida, aumento de custos comunitários e pessoais, influência direta nos negócios figurada em redução da produção, fuga de investidores, consumidores e turistas e aumento do desemprego.

Em alguns contextos, apesar do elevado custo, os processos de vitimização sequer chegam a ser objetos de análise, sendo prioridade a sobrevivência comunitária, de tal modo que, mesmo diante dos danos causados pelas corporações, há a mobilização da própria sociedade em favor da permanência das empresas no local com base em uma argumentação de que as grandes corporações promovem um bem social muito mais elevado do que qualquer risco ou dano efetivo que possam causar.³⁴

O desafio observado é o paradoxo que, em alguns casos, a punição das empresas por crimes corporativos pode, na verdade, ampliar os efeitos da vitimização. Isto é o que ocorreria nas instituições categorizadas como *Too Big To Jail* (ou *Too Big To Fail*), classificação que

³⁴ Um exemplo dessa dinâmica vem exposto no livro de Andrew Fisher “*Big Hunger: The Unholy Alliance Between Corporate America and Anti-Hunger Groups*” (2017) que elucida as razões pelas quais os grupos de combate à fome - que desempenham papel substancial nos Estados Unidos - geralmente não brigam para combater a desigualdade econômica que impulsiona os baixos salários, nem responsabilizam as corporações pelos empregos *offshoring*, corte de benefícios e exploração de comunidades. Segundo explicação do autor, eles são totalmente dependentes das doações corporativas para desempenhar um trabalho eficaz. (FISHER, A. *Big Hunger: The Unholy Alliance Between Corporate America and Anti-Hunger Groups*. Mit Press, 2017.)

abrangeria muitas instituições financeiras.³⁵ A “revitimização”, nestes casos, se daria pelo cenário politicamente insustentável, fruto da aplicação de uma possível sanção mais severa a corporações que, como consequência do elevado grau de dependência comunitária, são muito valiosas para a economia e, portanto, capazes de desencadear uma crise, ampliando os danos às vítimas da conduta sancionada ou até mesmo desencadeando novos conflitos.³⁶

Sobre o assunto, Simpson sustenta que a percepção social acerca da gravidade dos crimes corporativos tem implicações práticas importantes para a determinação das políticas públicas a serem adotadas, impactando principalmente na extensão do apoio social a certos tipos de punição. Entretanto, pesquisas apontam que, nos últimos 50 anos, houve um estreitamento da lacuna de percepção pública sobre a gravidade nos crimes de rua e nos crimes corporativos, de modo que o entendimento passou a ser em quais condições a criminalidade corporativa passa a ser vista como tendo efeitos mais graves.³⁷

Pesquisa recentemente realizada por Simpson *et al.*, publicada no *Journal of Research in Crime and Delinquency*, constatou que a percepção da gravidade do crime está mais associada a desejos por programas de prevenção e restituição, no que tange aos crimes corporativos, do que especificamente a uma resposta retributiva, especialmente quando os indivíduos temem pela sua própria vitimização, casos em que estes se mostram mais propensos a pagar pela adoção de estratégias preventivas. Assim, uma das hipóteses geradas pelo estudo é que restringir as preferências políticas apenas à punitividade deixaria de considerar toda a gama de opções públicas, podendo contribuir para a difusão de políticas de justiça criminal inconsistentes.

4. Responsabilidade Penal da Empresa

Apesar da discussão acerca da concepção da responsabilidade penal da própria empresa ainda não estar perto de ser algo pacificado na doutrina brasileira, Artur de Brito Gueiros Souza salienta que, à parte de toda a contrariedade na discussão das teorias contrapostas, cada vez mais observa-se o fortalecimento da tendência que concebe como forma sancionatória a punição

³⁵ GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: How prosecutors compromise with corporations*. 1ª ed. London: Harvard University Press, 2016.

³⁶ Exemplo é o caso da “Big Five” Arthur Andersen LLP, por seu papel no desastre da Enron. A punição da SEC levou a mesma à falência em 2 meses e causou o desemprego de milhares.

³⁷ SIMPSON, *et al.* *Perceptions of White-Collar Crime Seriousness: Unpacking and translating attitudes into policy preferences*. In: *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2022.

penal ou semipenal das corporações frente a criminalidade empresarial. Em estudo detalhado das soluções pragmáticas que os ordenamentos jurídicos têm encontrado para lidar com a questão, o autor aponta a confluência de países do Civil Law que, anos depois de terem dispensado a responsabilidade penal da pessoa jurídica, estão retomando a atribuição, como um movimento decorrente do crescente papel que as corporações vêm desempenhando no contexto econômico, social e jurídico em âmbito global.³⁸

À parte os entendimentos que diferenciam as correntes intermediária e legitimadora da punição da empresa, haja vista a necessidade de se calibrar a criminalização e o *jus puniendi*, o ponto de confluência entre as duas vertentes estaria no reconhecimento da legitimidade do Direito Penal como instrumento regulador do comportamento corporativo socialmente adequado.

Isto se justificaria pela exigência de proteção de novos bens jurídicos, de natureza supraindividual, e pela insuficiência do Direito Penal tradicional para a defesa dos interesses que compõem o sistema econômico e ambiental. Sob esta perspectiva, não encontraria razoabilidade a resistência a uma regulação penal que corresponda às transformações dos interesses e da organização das sociedades pós-modernas, visto que tal tutela não representaria uma expansão genérica e injustificada, mas sim uma resposta fundamentada no princípio da necessidade da intervenção penal.³⁹

Portanto, a etiologia do fenômeno criminógeno no ambiente corporativo seria entendida sob um aspecto que consideraria o comportamento da empresa individualmente à soma das condutas dos sujeitos que a compõem, visto a finalidade de atingir objetivos específicos da organização e a capacidade delas “atuarem” para isso, o que justificaria a responsabilização penal da empresa por determinadas condutas delituosas que viessem a ocorrer.

Autores como Donald Cressey e Mary McIntosh entendem que a sofisticação da estrutura segundo a qual a corporação se organiza seria o ponto inicial para a compreensão do ambiente empresarial criminógeno. É a partir daí que se observam as “brechas” para delinquir e as condições de perpetuação dos ilícitos. Assim, tem-se que as corporações possuem fatores

³⁸ No âmbito brasileiro, o autor demonstra como a jurisprudência tem reconhecido a legitimidade desse modelo de sancionamento desde a Lei de Proteção Ambiental. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021.)

³⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na Era Compliance*. Lisboa: Almedina, 2020.

que as predisporiam a violações normativas por seus integrantes, considerando aspectos próprios como estrutura hierárquica, cultura e estratégia.⁴⁰

Considerando esta constatação em paralelo com o princípio base da associação diferencial de Sutherland, a interação com o meio empresarial criminógeno, isto é, o ambiente coletivo, faria com que o comportamento criminoso fosse aprendido pelos integrantes da organização, de modo que a delinquência seria observada em situações onde haveria o excesso de definições favoráveis à violação das leis quando comparadas às definições desfavoráveis. Esta conjuntura, somada ao alto grau informacional, tecnológico e ao aprimoramento assistido no cometimento desses crimes, permite que à criminalidade econômica, oriunda do seio das corporações, oportunize-se através da racionalidade, um processo de análise de riscos e tomada de decisão, em alusão à *rational choice theory* de Gary Becker.⁴¹

Nessa ótica, as ferramentas de ética negocial e da boa governança corporativa ganham força entre diversos autores e parecem aptas a desempenhar grande relevância na agenda da vitimologia corporativa, auxiliando na regulação do comportamento empresarial, e também como referencial para a determinação de práticas corporativas e para a apuração de responsabilidade. Isto ensejaria o vasto estudo do *compliance* como critério de atribuição da responsabilidade penal da pessoa jurídica, onde, dentre todas as controvérsias inerentes ao tema dos *compliance programs*, espera-se que os estudos criminológicos e vitimológicos venham a contribuir para evitar ou mitigar riscos decorrentes da atividade empresarial, reorientando as políticas criminais de controle social formal e informal das empresas, empreendendo o que, na visão de alguns autores, seria uma redefinição do impacto dos programas de *compliance* - combatendo a possibilidade de sua “utilização cosmética”⁴² - como produto híbrido de regulação, pública e privada, combinados à estratégias restaurativas de *law enforcement*, o que possibilitaria uma maior chance de mudanças no ambiente negocial, com a mitigação dos riscos inerentes à atividade empresarial.⁴³

⁴⁰ Como Sutherland, preceitua a importância da compreensão das estruturas de oportunidade de ocorrência das infrações.

⁴¹ Estas duas teorias são reconhecidas por Adán Nieto Martín como tendo alto grau de interseção com a análise e a explicação da delinquência econômica.

⁴² RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na Era Compliance*. Lisboa: Almedina, 2020.

⁴³ Entende-se com risco o conceito corporativo de quantificação e qualificação de incertezas.

5. Conclusão

O entendimento das estruturas de poder e de controle, que compõem a problemática da criminalidade corporativa, é sem dúvida um tema complexo e não tão óbvio como pode aparentar. Contudo, se o fio inicial do enfrentamento dessa questão está na compreensão empírica das causas e dos agentes infratores, passa-se, inevitavelmente, pela compreensão e reconhecimento das vítimas como sujeitos das relações delituosas.

A evolução do estatuto jurídico e social acerca da vítima é marcado por ambiguidades e controvérsias. No entanto, a real compreensão dos objetivos perquiridos pelas transformações observadas pode fazer com que os estudos vitimológicos e o reconhecimento do sujeito vitimizado sirvam como orientação a uma análise de riscos que aprimore as políticas de compensação e de prevenção dos delitos corporativos.

Entre os problemas mais árduos da atualidade estão as questões concernentes à responsabilidade penal do ente coletivo. Ferramentas de boa governança e de programas de *compliance* ganham cada vez mais relevância neste cenário e têm se revelado como mecanismos úteis para, além de orientar a imputação e a delimitação das responsabilidades, promover a reorganização do ambiente empresarial. As evidências observadas pela evolução dos estudos e pesquisas vitimológicas, na esfera da criminologia corporativa, oferecem aportes fundamentais para uma maior adequação das estratégias preventivas, bem como para a congruente adoção de políticas públicas que se mostrem proporcionais à tutela dos bens jurídicos valorados.

6. Referências Bibliográficas

ALBANESE, J. *White Collar Crime in America*. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

ALENCAR, Matheus de.; BARBOSA, Renata. Importância de Compliance para a Responsabilidade Penal Individual e Empresarial: reflexões desde trabalhos iniciais do professor Artur Gueiros. In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria (Org.). **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022.

ALVAREZ, Marcos César *et al.* A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n.86, 2010.a

ALVAREZ, Marcos César. O papel da vítima no processo penal. Série Pensando o Direito, n. 24. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro - I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Itália: Gale Ecco, Print Editions, 2018.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. 2ª ed. Zahar, 2008.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Itália: Priulla, 1958.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. Vitimologia como ciência. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 143-146, abr./jun.. 1963. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20078. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRAITHWAITE, J. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

CALHAU, Lélío Braga. Edwin Sutherland, Criminologia e o Advento da Teoria dos Crimes do Colarinho Branco (White-Collar Crimes). In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria (Org.). **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. In: **Inovações do Direito Penal Econômico**. Vol. II. Brasília: ESMPU, 2018, pp.67-96.

CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2008.

CHRISTIE, N. *The ideal victim*. In: FATTAH, Ezzat A. *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*. London: Palgrave Macmillan, 1986.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

CLINARD, Marshal., YEAGER, Peter. *Corporate Crime*. Routledge, 2017.

COLEMAN, J. W. *The Criminal Elite: The Sociology of White Collar Crime*. New York: St. Martin 's, 1989.

COUTINHO, M.T. Evolução jurídica e aspectos controvertidos do criminal compliance no direito penal econômico. In: **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 03, p. 380–421, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/76>. Acesso em: 20 maio. 2022.

CROALL, H. *Understanding White Collar Crime*. Buckingham: Open University Press, 2001.

CULLEN, Francis T.; BENSON, Michael L.; VAN SLYKE, Shanna R. *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. Estados Unidos: Oxford University Press, 2016.

ELIASON, S. L.; DODDER, R. A. *Techniques of Neutralization used by Deer Poachers in the Western United States: A Research Note*. In: *Deviant Behavior*, v.20, 1999.

ESER, Albin. *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren: Nationale und internationale Tendenzen*. Munique, 1989.

FERRI, Enrico. Projeto de Código Penal Italiano, 1921.

FISHER, A. *Big Hunger: The Unholy Alliance Between Corporate America and Anti-Hunger Groups*. Mit Press, 2017.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 4ª ed., 2013.

GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: How Prosecutors Compromise With Corporations*. 1ªed. London: Harvard University Press, 2016.

GOODE, E.; BEN-YEHUDA, N. *Moral Panics: The Social Construction of Deviance*. Wiley-Blackwell, 2ª ed., 2009.

HAGAN, John. *Who are the Criminals: The Politics of Crime Policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2010.

HEATH, J. *Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective*. *Journal of Business Ethics*, 2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Econômico, Corrupção e Compliance. In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria (Org.). **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e direito penal internacional. In: **Corrupção, direitos humanos e empresa**. SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victoria Vitti de (Org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pp. 77-88.

KAISER, G., KURY, H., ALBRECHT, H.-J. (Eds.). *Victims and criminal justice*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1991.

LETSCHERT, Rianne; VAN DIJK, Jan. *The new faces of victimhood: globalization, transnational crimes and victim rights*. Heidelberg: Springer, 2011.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*. Itália: Createspace Independent Publishing Platform, 2015.

MELLO, Rodrigo de Castro Villar. Criminalidade econômica: a dificuldade da imputação penal. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/10/criminalidade-economica-a-dificuldade-da-imputacao-penal-1.pdf>

MINOR, W. W. *Techniques of Neutralization: A Reconceptualization and Empirical Examination*. In: *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1981.

MIOTTO, Armida Bergamini. Considerações a respeito da denominada vitimologia. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 127-137, jan./mar.. 1964. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20137. Acesso em: 17 mai. 2022.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAINE, Lynn Sharp. *Value Shift: why companies must merge social and financial imperatives to achieve superior performance*. New York: McGraw-Hill; 1ª ed., 2003.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos políticos-criminais das sanções penais econômicas no Direito brasileiro. In: **Inovações do Direito Penal Econômico**. Vol. I. Brasília: ESMPU, 2018, pp.147-175.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor; MAYR, Eduardo; KOSOVSKI, Ester (Coords.). *Vitimologia em debate II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PIN, Xavier. *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand: éléments pour une comparaison*. In: **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. n. 2 Paris, 2003. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=61283. Acesso em: 20 mai. 2022.

PONTI, Gianluigi. A vítima: uma dívida a ser paga. In: ZOMER, Ana Paula (org.); STEFANINI, Lauren Paoletti (trad.). **Ensaaios criminológicos**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2002.

QUINNEY, R. *Who is the victim?* In: **Criminology**, volume 10, issue 3. 1972. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.1972.tb00564.x>. Acesso em: 19/05/2022.

Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985. Anexo: Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Lisboa: Almedina, 2020.

ROMA, Rodrigo da Silva. Edwin Hardin Sutherland, os 70 anos de sua morte e a “White-Collar Criminality”. In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria (Org.). **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022.

ROSENMERKEL, Sean P. “*Wrongfulness and Harmfulness as Seriousness of White Collar Offenses*.” In *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2001.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329641000_SAAD

SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimologia corporativa. 1ª ed. São Paulo. Tirant Lo Blanch, 2019.

SALAS, Denis. La volonté de punir: essai sur le populisme pénal, Paris: Fayard, 2013.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, v. 1, p. 167-209.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación"*. In: **Revista del Poder Judicial**, n.45. Espanha: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

SIMPSON, Sally S.; GALVIN, Miranda A.; LOUGHRAN, Thomas A.; COHEN, Mark A. *Perceptions of White-Collar Crime Seriousness: Unpacking and translating attitudes into policy preferences*. Journal of Research in Crime and Delinquency, 2022.

SLAPPER, G.; TOMBS, S. *Corporate Crime*. Harlow: Longman, 1999.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A Criminologia Empresarial: *why good people do dirty work*. In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria (Org.). **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal Empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do Domínio do Fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCRIM** – Heloisa Estellita (coord.), ano 21, 105, nov-dez de 2013, pp 59-93.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção. In **Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais**. SAAD-DINIZ, Eduardo et al. Belo Horizonte: Vorto, 2019. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Criminologia-do-desvio-capitulo-de-livro-2.pdf>.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecilia Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. In: **Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 165. ano 28. p. 41-69. São Paulo: Ed. RT, março/2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal: volume único. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Criminologia e Delinquência Empresarial – **Revista Quaestio Iuris**, vol. 10, no.2, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1.033-1.051.

SPENCER, Dale; WALKLATE, Sandra. *Reconceptualizing critical victimology: interventions and possibilities*. London: Lexington, 2016.

SYKES, G.; MATZA, D. *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*. **American Sociological Review**, v.22, 6ª ed., 1957.

The Guardian. *Serie Paradise Papers*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/series/paradise-papers>. Acesso em: 20 de maio de 2022.



TOMBS, S. and WHYTE, D. *Safety Crimes*. Cullompton: Willan Publishing, 2007.

VIANO, Emilio C. Victimology: the development of a new perspective in criminology and criminal law. **Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, v. 7, n. 23, p. 69-91, 2005. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105091. Acesso em: 19 mai. 2022.

WALKLATE, Sandra. *Understanding Criminology: Current Theoretical Debates*, 2nd ed. Buckingham: Open University Press, 2003.

WHYTE, Dave. *Victims of corporate crime*. In: WALKLATE, Sandra. **Handbook of victims and victimology**. Cullompton: Willan, 2017.

WIEVIORKA, Michel. *La violence*. Paris: Fayard/Pluriel, 2012.

YURKOV, Victor. Restorative justice for victims of corporate crime: existing practices and approaches for the future. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Ramonville Saint-Agne, v. 89, n. 1, p. 109-120, jan./jun.. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155272. Acesso em: 19 mai. 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

As dimensões que orientam a implementação de um Programa de *Compliance*

Lukas dos Santos Costa¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho pretende propor um modelo analítico tridimensional do instituto jurídico do *Compliance*, em função da dependência da interdisciplinaridade entre Direito, Política e Administração, para que atinja a própria eficácia. O trabalho explorará as leis, regras e conceitos que instituem o *compliance* no direito brasileiro da última década, analisará a necessidade da construção de compromissos e consensos políticos em torno da instituição de um modelo administrativo de Governança Corporativa, modelo administrativo contemporâneo pelo qual as finalidades do *Compliance* se alinham às finalidades administrativas das instituições. Por fim, a apresentação desse modelo de análise tentará indicar qual a natureza dos interesses nessa recente mudança de perspectiva do Capital do séc. XXI, em oposição as tendências da início desse século e do passado, tendências cujos efeitos são os fatores geradores dessa nova perspectiva de administração das instituições da sociedade capitalista.

Palavras-Chave: Programas de Integridade; Governança Corporativa; Espaços de Consenso; Interdisciplinaridade.

Abstract: *The present work intends to propose a three-dimensional analytical model of the legal institute of Compliance, due to the dependence of the interdisciplinarity between Law, Politics and Administration, so that it reaches its own effectiveness. The work will explore the laws, rules and concepts that establish compliance in Brazilian law in the last decade, will analyze the need to build commitments and political consensus around the institution of an administrative model of Corporate Governance, a contemporary administrative model by which the purposes of the Compliance align with the administrative purposes of institutions. Finally, the presentation of this model of analysis will try to indicate the nature of the interests*

¹ Coordenador de Compliance da Biodina Empreendimentos e Participações, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra.

in this recent change of perspective of the Capital of the 20th century. XXI, in opposition to the trends of the beginning of this century and of the past, trends whose effects are the generating factors of this new perspective of administration of the institutions of the capitalist society.

Keywords: *Compliance Programs; Corporate Governance; Consensus Spaces; Interdisciplinarity*

1. Introdução

O presente trabalho tem a função de explorar as três dimensões que estruturam a atuação laboral do gestor de *compliance* sendo elas a Jurídica, a Política e a Administrativa. A pretensão é colaborar com a construção de bases teóricas sólidas para atuação desse novo campo profissional interdisciplinar que passa a ser mandatório, após a edição de novas leis que demonstram verdadeira tendência internacional no estímulo à criação de programas de *compliance* nas mais diversas instituições¹ e a consequente contratação de profissionais para aplicar e gerir esses programas.

A aplicação de programas de *compliance* prevê, necessariamente, a permeabilidade do profissional de *compliance* pelas mais diversas áreas de atuação da instituição em que trabalha. As políticas a serem elaboradas, aplicadas e monitoradas dizem respeito à todas as atividades da instituição, uma vez que a proposta é a integração dos setores daquela atividade em um compromisso de cumprimento ativo das leis e regras incidentes sobre aquela atividade.

Com esse compromisso em mente, o profissional de *compliance* deve se valer de um conhecimento geral que abrange as bases jurídicas que legitimam e autorizam a atividade principal da organização; bem como seus balanços financeiros e contábeis; a gerência de dados de pessoas físicas e jurídicas que passam pela entidade; normas e leis da relação entre a administração pública e entidades privadas; normas e leis do comércio nacional e internacional; enfim, uma gama extensa de áreas que devem ser estudadas previamente à elaboração das

¹ Em tese, não há limites para a implementação de um Programa de *Compliance* no que tange à natureza da instituição objeto do programa. Os estímulos legais foram elaborados para que os Programas de *Compliance* sejam aplicados pela administração pública direta e indireta, em empresas privadas de todos os tamanhos, e nas instituições do terceiro setor. O limite se encontra na capacidade financeira e no compromisso das administrações de cada instituição com a adoção à programas de *compliance*.

políticas do programa, visando a melhor adequação possível entre o Programa de *Compliance* e a realidade material da instituição, suas desconformidades e o endereçamento para soluções.

Para concretizar os planos de ação e as políticas colocadas e aprovadas no papel, o profissional de *compliance* deve dominar não só as categorias jurídicas que se apresentam a ele. Outras duas fontes de atuação são de extrema importância para o ator, sendo elas a Política e a Administração.

A Política, em sua forma consensual, conciliatória, parte do entendimento das atividades e tarefas que serão objeto de um programa de *compliance*, entendimento que só é atingido a partir do diálogo com trabalhadores – operadores e gestores – de cada setor da atividade. A capacidade de dialogar e construir consensos em torno das finalidades do *compliance* é uma habilidade esperada para o profissional responsável pela gestão desse programa. Já a Administração diz respeito à articulação das estruturas da instituição e seus recursos, com os trabalhadores que operam essa estrutura e alocam esses recursos.

Os fundamentos da administração, a partir da valoração do capital humano e da racionalização na alocação do capital estrutural da instituição, irão contribuir para os esforços do Programa de *Compliance*. Somados isso ao compromisso político dos trabalhadores no cumprimento das políticas internas de *compliance*, mais um Programa de *Compliance* que fundamente suas normas internas nas normas – jurídicas e técnicas – as quais a atividade se submete compõem o Sistema de Gestão de Compliance em três dimensões, como será tratado ao longo do texto.

Essas dimensões são complementares e se articulam para uma aplicação eficiente de um programa de compliance, não excluindo a observação de novas dimensões conforme se solidifica e amplia os aspectos teóricos da atuação do gestor de *compliance*.

Antes de aprofundar nas dimensões em espécie, se buscará entender o estado da arte do que se entende por *compliance* e quais as características teóricas que fundamentam um Programa de *Compliance*, bem como as leis e normas técnicas que orientam a inauguração, aplicação e manutenção desses programas.

A análise da construção acadêmica sobre o tema, e das normas em espécie que criam os estímulos para aplicação de Programas de *Compliance*, será a metodologia da primeira parte deste artigo, que procura entender o conceito de compliance. Para então, na segunda parte, debater como as três dimensões apontadas anteriormente se articulam para suprir o conceito

teórico apresentado na primeira parte e, desse modo, poder orientar a atuação do profissional de *compliance*.

2. A busca pela conceituação do *compliance* enquanto categoria jurídica.

A pesquisa sobre os elementos que integram a categoria do *compliance* se desenrola a partir da última década e o desafio contemporâneo reside em entender quais são os aspectos que compõem esse conceito. Neste trabalho será analisado o conceito de *compliance* a partir das obrigações jurídico-normativas impostas pela lei e da natureza do risco que será gerenciado, ciente de que se trata de um conceito relacional, cujo significado só acaba por ser descoberto, portanto, através de uma análise do objeto com o qual se relaciona (SAAVEDRA, 2016, p. 245).

Para as obrigações jurídico-normativas, é preciso analisar as legislações e normas técnicas que atribuem às instituições a obrigação, ou a previsão de benefícios ao se aderir a programas de *compliance*. Nas leis e normas brasileiras é possível observar diversas edições responsáveis pela incorporação do *compliance* no ordenamento brasileiro de duas formas: seja pela prática incentivada por meio da previsão legal de consequências favoráveis (v.g. dosimetria da pena); ou pela obrigação legal em sentido estrito (OLIVA e SILVA, 2018, p. 2712).

Para este trabalho os exemplos de leis e normas² brasileiras serão divididas em dois grupos: o primeiro, que dirá respeito aos incentivos de *compliance*, e o segundo, que dirá respeito às obrigações de *compliance*. Ciente do dinamismo apresentado pelo instituto, não se pode perder de vista o indício do levantamento feito para este artigo poderá estar datado nos meses seguintes à escrita.

No primeiro grupo, a Lei brasileira Anticorrupção (nº 12.846/2013) parece a maior expressão de incentivo para a implementação de programas de *compliance* nas mais diversas instituições, visto que diz respeito à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Tanto na própria lei, quanto no decreto que a regulamenta (D. nº 11.129/2015), há a previsão da consideração da existência Programas de Integridade para o cálculo da dosimetria da sanção administrativa. Há a previsão, no decreto, da redução de até 5% (art. 23, V) no valor da sanção, nos casos em que a instituição consiga encaixar seu programa de *compliance* nos

² Para fins terminológicos e didáticos, ressalta-se que a legislação brasileira, em alguns casos, nomeia os Programas de *Compliance*, como Programas de Integridade.

parâmetros previstos. Eles regulam, ainda, o acordo de leniência, instituto criado pela lei para “o fomento da cultura de integridade no setor privado” (D. nº 11.129/2015, art. 32, III).

O instrumento que compete à CGU (Controladoria-Geral da União) tem uma natureza negocial e busca, além do fomento já destacado, instruir o Estado de mais informações necessárias para a responsabilização adequada à cada caso, bem como contribuir para a celeridade da apuração e responsabilização de ilícitos administrativos.

A lei anticorrupção abre um espaço de consenso no direito administrativo sancionatório brasileiro, pois estabelece dois institutos que dependem da vontade dos agentes que estão abrangidos pela lei, livre de obrigações estatais. Os espaços de consenso são importantes, na medida que ilícitos e litígios de menor impacto e/ou com uma profusão de informações de difícil captação por parte dos órgãos investigativos³, visto que podem ser investigados de forma mais eficiente e célere, embora apresente um limite em relação a sua eficiência, dado que a aderência é meramente voluntária e o estímulo só será visto na materialidade, na hipótese de uma condenação.

Há, ainda, uma série de orientações gerais da Administração Pública brasileira, na forma de guias e diretrizes emitidos por suas instituições. Destacam-se: o Guia Programas de *Compliance*, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas, da Controladoria-Geral da União.

Em ambos, estão previstas diretrizes que orientam a elaboração de políticas para a relação com o poder público e a conduta ético-corporativa a ser tomada diante de determinadas situações que podem oferecer risco de produção de ilícitos, bem como os benefícios⁴ que a adoção de um Programa de *Compliance* pode trazer para a instituição.

No campo obrigacional, no levantamento de leis e resoluções que vinculam as instituições a aderir a Programas de *Compliance*, a literatura normativa é mais extensa.

³ A natureza criminológica da prática desses ilícitos dificulta sua investigação. Ilícitos derivados da relação com o poder público, geralmente se caracterizam pelo princípio do *quid pro quo*, que significa dar uma coisa em troca da outra. Ou seja, esses ilícitos tem natureza de acordo, sendo a revelação do esquema por uma das partes envolvidas, o trunfo de toda acusação a esse tipo de conduta. No sentido da persecução e investigação desses ilícitos (administrativos e/ou penais) o Estado deve buscar o equilíbrio entre a invasão à vida privada, o direito à privacidade e integridade pessoal; frente a necessidade de obter meios de apurar informações, e informações propriamente ditas, que dizem respeito à prática negocial desses ilícitos.

⁴ O guia do CADE destaca outras vantagens da aplicação de programas de *compliance* para além de benefícios jurídicos e mitigação de multas, quais sejam, prevenção de riscos, a identificação antecipada de problemas, benefícios reputacionais, comerciais, de conscientização dos funcionários e redução de custos e contingências (CADE. 2016, p. 11-13), vantagens essas que podemos definir como vantagens táticas e estratégicas da implementação de um programa de *compliance* sob o viés administrativo.

Nas regulações, cabe destacar a instrução da CVM nº 586/2017, substituída depois pela instrução nº 80/22. Tais instruções dizem respeito a obrigação de informar a existência de “regras, políticas, procedimentos ou práticas voltadas para a prevenção, a detecção e remediação de fraudes e ilícitos praticados contra a administração pública”, ou seja, um dever de devida diligência (*due diligence*) na emissão de valores mobiliários admitidos a negociação em mercados regulamentados.

Ainda no que tange a resoluções administrativas, o Banco Central impõe a “implantação e implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais” a partir da Resolução nº 2.554/1998. Essas resoluções demonstram a seriedade atribuída ao *compliance* em determinadas atividades econômicas como as bases do tratamento preventivo aos ilícitos potenciais, que podem vir a ser praticados pelo Estado, e por entes privadas é de base administrativa, anterior à ocorrência do ilícito.

Em âmbito legislativo, as obrigações de *compliance* são diversas no sentido dos agentes vinculados à adoção de programas de *compliance*. Na lei das Estatais (nº 13.303/2016), por exemplo, há a previsão para empresas públicas e de sociedade de economia mista adotarem regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam uma série de requisitos⁵, além da elaboração e divulgação de um Código de Conduta e Integridade (art. 9º, §1º).

Com o advento da lei nº 12.683/2012, que altera os dispositivos da lei nº 9.613/98 em dispositivos do combate à lavagem de dinheiro, denota-se uma tendência observada por Badaró (2019), a cooperação privada no combate à lavagem de dinheiro:

As pessoas ou instituições que atuam em setores considerados sensíveis ao crime, mais utilizados nos processos de reciclagem, tem obrigações de guardar e sistematizar informações sobre os usuários de seus serviços (*know your cliente*), de informar as autoridades competentes sobre atividades suspeitas de lavagem de dinheiro efetuadas através de suas instituições, e desenvolver sistema de *compliance* que facilitem o cumprimento das normas impostas. (BADARÓ, 2019, p. 40)

Essa tendência legislativa no combate à lavagem de dinheiro também se expressa no combate à outras formas de criminalidade econômica. A natureza criminológica de *quid pro*

⁵ I – Ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II – área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III – auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário (art. 9º)

quo faz com que as instituições que operam o dinheiro, e os caminhos pelo qual o dinheiro fruto de ilícito circula, sejam de vital importância na coleta de dados sobre *itter criminis* e os frutos da atividade criminosa.

Atribuir a obrigação a essas “pessoas e instituições sensíveis” pelo art. 9º da lei de 2012, foi a solução encontrada para encontrar um equilíbrio entre o dever de investigação do Estado com os limites processuais penais. Uma vez que impõe ações preventivas, com entes privados que pode vir a investigar, e terceiros interessados, as informações eventualmente necessárias para investigação serão objeto de tratamento dentro das próprias instituições:

De qualquer forma, a expansão das entidades obrigadas foi uma das marcas da Lei 12.683/2012, revelando uma diretriz legislativa de ampliar a colaboração do setor privado no combate à lavagem de dinheiro diante das dificuldades de investigação do crime apenas pela atuação das autoridades públicas, seja pela complexidade dos atos delitivos, seja pela existência de esferas de sigilo que dificultam o controle e o reconhecimento de atos suspeitos. (BADARÓ, 2019, p. 42).

A aplicação correta dessa hipótese, em eventuais investigações, garante ao persecutor de boa-fé instrumentos de investigação e acusação suficientes para formar seus elementos de prova, sem precisar apelar para autoritarismos processuais penais e na expansão do poder punitivo.

Essa tendência de cooperação privada no combate à criminalidade econômica demonstra, outra vez, a construção de um espaço gerencial, de consenso, na busca pela redução dos crimes econômicos: a repressão estatal pura e simples nunca conseguiu dar conta do controle desses crimes. Tendo produzido mais problemas do que soluções⁶ faz-se necessário, então, a construção de sistemas de administração dentro de cada instituição para se constituir um arcabouço coletivo, político, que tem como objetivo final a redução sistemática dos crimes econômicos.

Se para as empresas sob algum controle estatal são obrigadas a ter e fazer a manutenção de programas de *compliance* internos, as instituições que contratam com o Estado também devem se obrigar a tal.

Pioneiro nessa perspectiva, o Estado do Rio de Janeiro editou na Lei nº 7.753/2017 acerca dessas problemáticas levantadas. Logo em seu art. 1º, a exigência de Programa de Integridade às empresas que celebrem “contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria

⁶ Podemos dar o exemplo da lava-jato, que depois com o escândalo da vaza-jato, provou-se uma articulação de membros do poder punitivo para aplicar vontades políticas privadas.

público-privado com a administração pública, direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro”, a partir de determinados parâmetros dos valores e tempo de duração dos contratos.

Tendo em vista a inovação legislativa recente, que entrará em vigor a partir de dezembro de 2023, a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 amplia as previsões da lei fluminense a nível federal, dando novos incentivos e obrigações para a adoção de programas de *compliance*. No art. 25, §4º, a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos e grande vulto.

No art. 60, IV, há a previsão do desenvolvimento de programa de integridade como critério de desempate para licitações, e o reforço das previsões já destacadas, de mitigação de sanções a partir da observação de programas de integridade. Por fim, o parágrafo único do art. 163 prevê a imposição da implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade como condição para a reabilitação de licitantes eventualmente sancionados pela Administração Pública.

Este trabalho não tem a pretensão de mapear todas as normas competentes ao *compliance* presentes no direito brasileiro, mas quais as características gerais apresentadas por elas, e de que maneira os programas de *compliance* estão sendo inseridos nesse conjunto de normas - legislativas e administrativas -. Sendo assim, é possível aferir a introdução do *compliance* a partir de uma perspectiva de incentivos, pela mitigação de sanções e desempates na contratação com o Estado, em adição a, na clássica função da norma, de atribuir obrigações àqueles que submetem às regulações estatais. Isso ocorre na forma da adoção obrigatória de Programas de *Compliance*, como também pelo dever de informação aos órgãos regulatórios participantes do programa. Dessa forma, institui-se um sistema de cooperação entre o Estado e as entidades privadas que são obrigadas e/ou recomendadas a adotar programas de *compliance*.

Para conceituar propriamente o *compliance*, enquanto categoria presente no Direito e na organização da vida em sociedade, é preciso encontrar o objeto com o qual o instituto se relaciona que é o risco.

O risco de *compliance* precisa de especial olhar na busca da conceituação, visto que, por conta dele, os programas de *compliance* foram estipulados em legislações e normas.

Assi (2013) explicita sobre os riscos de *compliance*:

Segundo as melhores práticas de mercado, podemos citar que a organização sempre corre o risco de sanções legais ou regulatórias, de perdas financeiras ou perda de reputação/imagem, e que infelizmente pode ocorrer como resultado de uma falha, ignorância ou por descuido no cumprimento/aplicabilidade de leis vigentes,

regulamentos, código de conduta e ética que norteiam boa parte das atividades das organizações. (ASSIS, 2013, p. 32)

O risco de *compliance*, portanto, se configura como quase todo risco inerente da atividade econômica, ciente de que toda atividade está submetida a algum conjunto de normas para ser seguido. As ações do profissional de *compliance* devem ser orientadas a partir dos riscos, junto a análise material da empresa a qual será objeto do programa de *compliance* e da seleção da gravidade dos riscos.

Aqui se impõe uma questão jurídica interessante, destaca-se o Saavedra (2016, p. 254), na construção de um conceito sobre *Compliance*: afinal, se *Compliance* é a aderência e o cumprimento às leis e normas, o que há de novo? Já que a obediência às normas é preceito de qualquer relação social abalizada pelo Direito. E também a produção de um paradoxo, a criação de Agentes de *Compliance*, acaba-se por aumentar o risco de sua responsabilização penal individual, dado que se o trabalhador não for bem sucedido nessa tarefa poderá responder como se tivesse praticado o crime, por estar em uma suposta posição de garante⁷ (Saavedra. 2016, p. 255).

O autor orienta que não é possível superar essa contradição e encontrar a novidade do *Compliance* definido para além da mera observação da normatividade, preciso é recomendado observar o instituto a partir do Direito Penal.

As tentativas de ampliar a responsabilidade do *Compliance Officer* para uma responsabilidade objetiva em âmbito administrativo (quando não em âmbito penal) é indício de uma indevida expansão do poder sancionatório do Estado, uma vez que a responsabilidade maior é relegada a parte mais vulnerável da situação: o indivíduo trabalhador. O Estado,

⁷ Como é pacífico na literatura das ciências criminais, não existe responsabilidade objetiva no Direito Penal brasileiro, a responsabilização penal parte do elemento subjetivo da conduta humana, caracterizado pela culpa ou pelo dolo. Dessa forma não é possível – chegando a ser inadmissível – que haja o debate sobre a responsabilidade penal objetiva do Agente de *Compliance*, pela mera constatação de um crime praticado nas dependências da empresa. A posição de garante sob a matriz do direito administrativo também não se sustenta, uma vez que não há nenhuma previsão legal que vincule o profissional de *compliance* às ações da empresa sujeitas à sanção. E, em fato que se repete, também não há uma modalidade objetiva para a responsabilidade administrativa, na medida em que o Direito Administrativo Sancionador não pode constituir instância repressiva e arcaica, que recorra inadvertidamente a grosseiras técnicas de responsabilidade objetiva, a previsão de sanções que não estejam legalmente delimitadas, presunções e inversões do ônus da prova (GUARDIA, 2014, p. 780). O profissional de *Compliance*, não ocupa, a posição de garante, em nenhum momento, junto à instituição em que trabalha, sendo a responsabilidade sempre da empresa enquanto pessoa jurídica, e individualmente, das pessoas físicas que possuem o elemento subjetivo na prática do ilícito (penal, civil e/ou administrativo), ou que estejam vinculadas pela lei ao dever de cuidado e vigilância, dever próprio do direito civil, dever ao qual os profissionais de *compliance* não estão submetidos.

protetor e tutelador do bem-jurídico, e a instituição, pessoa jurídica responsável objetivamente pelo ilícito, se veem menos responsáveis em executar as tarefas a que são submetidas, em virtude de terem um garante para responsabilizar, diante da ocorrência de qualquer ilícito.

A contradição aparente se dá na medida em que o poder punitivo se expande na direção dessa parte mais vulnerável posta dentro dessa relação entre Estado e Capital: o trabalhador; se encerrando na medida que os limites impostos pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionatório são aplicados.

Outro ponto que desmonta essa aparente contradição é da própria função do agente de *compliance*, uma vez que ele não é polícia, pretor, ou promotor em seu ambiente de trabalho. Ele reserva poderes decisórios apenas para o seu setor e é incapaz de impedir decisões administrativas da Alta Direção da empresa, mesmo quando ciente do caráter ilegal eventualmente assumido. Em virtude de não possui poder decisório, algum elemento subjetivo na prática do ilícito deve ser apurado para se atingir a responsabilização, em sanções administrativas e penais, de responsabilidade da pessoa jurídica e da pessoa física responsável pela tomada de decisão que resulta no ilícito, não pelo profissional responsável pela implementação do programa de integridade.

Entretanto, resta entender o que há de novo na proposta do *Compliance*, já que a mera observação de todas as leis e normas a qual a instituição está submetida é um conceito insuficiente para definir o *Compliance* como uma inovação nos instrumentos jurídicos.

Diante desse questionamento, é notória analisar que a novidade, surge com os instrumentos de compromisso político e obrigação jurídica, declarados, com a finalidade da redução de uma criminalidade específica. Os instrumentos trazidos pelas normas de *compliance* não implicam somente na obrigação do cumprimento das leis, mas na adoção de instrumentos de administração internos concretos, que tem por objetivo a gestão dos riscos da atividade econômica e, por finalidade, a redução na prática de determinados ilícitos.

Podemos, por fim, definir o *Compliance* como um instrumento jurídico, imbuído de compromisso político com a aderência ativa às leis e normas às quais a entidade se submete. Tendo em visto, assim, a finalidade de gerir, em um sistema de cooperação, os riscos provenientes da atividade praticada.

3. Análise das dimensões, suas características e como se articulam

A partir dos elementos que compõem o conceito de *Compliance* é possível separar em três as dimensões da interdisciplinaridade do instituto, conseqüentemente, a incidência primária de três ciências: O Direito, a Política e a Administração, além de outras variadas formas de conhecimento que contribuem para a construção de uma boa operação e gestão de um Programa de *Compliance*.

Sendo assim, analisa-se os elementos das três dimensões que compõem a atuação do *Compliance*, para ajudar na contribuição da formação de uma principiologia que trace os fundamentos do *Compliance* enquanto instituto interdisciplinar, presente no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Dimensão Jurídica

Dimensão fundamental, no sentido de atribuir os fundamentos teóricos para a aplicação da atividade, é a dimensão inaugural, uma vez que é o Direito que irá determinar a obrigação das instituições de aplicarem programas de *compliance* internamente, codividando a responsabilidade com o Estado na fiscalização do devido cumprimento da normatividade.

Para se chegar ao objetivo final do *compliance* – a construção de um sistema interno de gestão de riscos inerentes à atividade econômica da instituição –, a principiologia do direito e suas normas são as fontes primárias a serem observadas.

O domínio da legislação, das normas e das conseqüências por infringi-las, as quais a instituição está submetida se mostra fundamental, é o ponto de partida de qualquer programa de *compliance*.

O Direito também será responsável por dirimir as dúvidas surgidas pelo caminho, principalmente, quando a legislação própria de *compliance* não trazer elementos suficientes para sanar as dúvidas. As regras do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal devem ser as primeiras a serem observadas, já que impõem os maiores limites para a interferência estatal na vida privada.

O diálogo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador é íntimo, tendo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em decisão paradigmática de 2014, levado na direção dos princípios penais. A análise dos limites para os limites da aplicação do direito administrativo sancionador não se discute se os princípios penais devem ser aplicados ao

procedimento administrativo sancionador, mas, quais princípios serão acolhidos e em qual amplitude (GUARDIA, 2014, p. 781).

O autor (2014, p. 781-788), ao explorar a legislação brasileira, destaca exhaustivamente, princípios do direito penal que devem ser observados também pelo direito administrativo sancionador, quais sejam:

- (i) **Contraditório e Ampla defesa:** regras consolidadas na promoção da justiça, na função de garantir ao acusado direito de se defender nas melhores formas no decorrer do processo, e, em uma perspectiva estrutural, garantir a igualdade material entre as partes do processo. Assegura, também, a melhor metodologia para a busca da reconstituição dos fatos, a dialética.
- (ii) **Legalidade:** não há de se questionar a pertinência da aplicação da máxima do *nullum crime nulla poena sine lege* (GUARDIA, 2014, p. 783). Embora, haja a exceção para sanções disciplinares, demais sanções administrativas devem respeitar os limites da legalidade, não cabendo punições além das molduras previstas pela lei.
- (iii) **Motivação:** a fundamentação da decisão é princípio do direito penal e do direito administrativo. A motivação presta-se a expor as razões que legitimam o ato decisório; persuadir as partes sobre a correta aplicação da lei; permitir o controle crítico do decidido e aprimorar a aplicação do direito (GUARDIA, 2014, p. 785)⁸
- (iv) **Proporcionalidade:** a sanção administrativa não deve ultrapassar a proporção entre a gravidade do ilícito praticado mais gravosa deverá ser a sanção.
- (v) **Presunção de inocência:** o acusado praticar um ilícito administrativo digno de sanção deve ser tratado pelo Estado como inocente até a edição de uma condenação definitiva, e também na sua absolvição, em caso da manutenção da dúvida após findo o processo.
- (vi) **Culpabilidade:** afasta a racionalidade civilista que admite a responsabilidade objetiva (GUARDIA, 2014, p. 788), sendo a responsabilidade por sanção administrativa, subjetiva, a partir de conduta em que se afere culpa ou dolo.

O autor ainda elenca princípios como a publicidade dos atos administrativos, a impessoalidade no tratamento ao administrado, proibindo assim perseguições pela

⁸ É possível derivar da Motivação e da Proporcionalidade a correlação entre acusação e decisão, uma vez que a decisão nunca poderá ultrapassar os limites impostos pela acusação, que, por sua vez, deve observar os limites impostos pela proporcionalidade.

administração pública, e, por fim, a busca da verdade no processo. Forma-se, portanto, um arcabouço jurídico-principlológico para orientar o Estado na condução processual de sanções administrativas, além de proteger e informar o administrado de seus direitos, para que a interferência punitiva do Estado na vida privada seja mínima e justificada.

A dimensão jurídica, portanto, é a primeira, pois inaugura o *compliance* em dois aspectos: primeiro como instituto formal, previsto pelo Direito; segundo, na dinâmica interna das instituições, como a fonte primária de todas as decisões que serão tomadas nesse contexto.

O Direito ainda contribui no estabelecimento de limites persecutórios ao Estado, de maneira em que, não só reforça o caráter gerencial e consensual da proposta do *Compliance*, consagra, no instituto, os direitos e garantias fundamentais do projeto constitucional brasileiro.

3.2 Dimensão Política

Para este trabalho, usaremos o debate promovido por Bobbio em seu livro, Dicionário de Política (1998), no qual o autor explora os símbolos e significados próprios da Ciência Política. Na obra, o autor entende que a política deve passar por uma transição em sua análise, que em um primeiro momento foi buscado um critério teleológico para defini-la, ou seja, a busca por definir a Política partia das suas próprias finalidades.

Ao entender que não há um fim perpetuamente determinado para a Política, ciente de que esses fins variam conforme o tempo, as circunstâncias e a classe social (1998, p. 957) a que se inserem os grupos sociais que exerceram política ao longo da história, não impede que haja uma condição *sine qua non* para o exercício de todos os demais fins, e, portanto, conciliável com eles, qual seja, “a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações de um Estado com os outros Estados” (BOBBIO 1998, p. 958).

Por fim, Bobbio (1998, p. 162), irá categorizar o Princípio da Autonomia da Política, “entendida como autonomia dos princípios e regras de ação que valem para o grupo como totalidade, em confronto com as que valem para o indivíduo dentro do grupo”, ao estabelecer que as relações políticas, as relações coletivas, impõe uma outra moralidade, um outro código ético (a ética da responsabilidade) em oposição à moral e a ética individual.

A noção de que a Política se fundamenta em um princípio de autonomia, produtor de valores, regras e ações próprias, vinculando o grupo, independente da moral individual de seus membros, é possível de ser observada no desenvolvimento teórico-instrumental da Governança Corporativa, enquanto ferramenta de administração, definida pelo IBGC (2015), como:

O sistema pelo qual as empresas e demais organização são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. (IBGC, 2015, p. 20)

Pode se observar, assim, duas características dialéticas e interdisciplinares: a Política, autônoma, enquanto conjunto de regras e valores assumidas por uma unidade social em determinado tempo e espaço, ao ser aplicada em nosso tempo e espaço se manifesta no instrumento da Governança Corporativa, sistema administrativo pelo qual nossos valores e regras políticas enquanto sociedade serão transportados para a administração interna das instituições públicas e privadas.

Nesse campo de análise, o *Compliance* se insere na esfera do consenso⁹, na medida que perpassará pelos trabalhadores (operadores e gestores) e eventuais sócios das instituições, para a aplicação de políticas internas de *compliance*, em virtude de ser necessária uma forte noção de compromisso.

A noção de compromisso coletivo com uma determinada mudança a partir de uma resolução formal, isto é, uma política escrita, uma norma interna, é fundamental para sua aplicação material.

Mecanismos de construção coletiva de consenso são mais eficazes que imposições hierarquizadas de normas nesse sentido, ainda que a hierarquia paute eventuais instituições que possam ser vistas no desafio de aplicar e manter uma política geral de *compliance*.

Os consensos em torno da importância das políticas, a construção prévia das normas a partir do debate com os operadores das instituições e a explicação cuidadosa das novas normas *a posteriori*, bem como o constante acompanhamento e aprimoramento das normas, constituem um processo político com o objetivo final de construir um consenso geral, e, por consequência, a aplicação correta da política e a melhor gestão de riscos legais.

⁹ Bobbio (1998) define Consenso como “a existência de um acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar.” (BOBBIO, 1998, p. 240)

Para isso, as diretrizes técnico-administrativas de *compliance* estabelecem, como parte do trabalho, ações de treinamento e conscientização, o fomento de uma cultura que incentiva ações de integridade e rejeita ações antiéticas.

Há ainda um elemento mercadológico, possibilitando assim um diálogo com a Política, que é a imagem e o reconhecimento daquela entidade como uma instituição que pratica em sua rotina ações de *compliance*:

Nesse sentido, a exigência de programas de integridade não é apenas legislativa, mas também dos parceiros comerciais, consumidores, funcionários, colaboradores, na medida, em que o *compliance* busca assegurar ambiente corporativo sério, saudável e comprometido com a legalidade. Não por acaso, se reconhece que a adoção de programas efetivos de *compliance* pode produzir benefícios para muito além das sanções premiaias previstas em lei, podendo gerar expressivas vantagens em aspectos como concorrência, atração dos consumidores e até o incremento do bem-estar dos colaboradores da pessoa jurídica (OLIVE e SILVA, 2018, p. 2718)

Os incentivos mercadológicos para a adoção é indício de uma mudança de perspectiva cultural nos setores da sociedade responsáveis pelas tomadas de decisões que acarretam nesses incentivos. É, portanto, uma mudança nos rumos políticos da sociedade, que passa a enxergar a necessidade da construção de parâmetros básicos de *compliance*, na administração das instituições.

A Política constitui dimensão importante de ser analisada, uma vez que, impactada por uma inovação legislativa, produz, pela mudança de comportamento no Estado e na sociedade civil, a manutenção de programas de *compliance* internos, com o objetivo final de contribuir para a redução de ilícitos de forma sistêmica, através da gestão da incidência dos riscos que geram esses ilícitos.

O Padrão Internacional ISO 37301, que estabelece requerimentos e orientações para a implementação e gestão técnica de programas de *Compliance*, determina como objetivos de um programa de *compliance* a mudança da cultura, formando valores internos como o aumento das oportunidades e sustentabilidade dos negócios; a proteção e aumento da reputação e credibilidade das instituições; a consideração aos interesses de todas as partes envolvidas na atividade; a demonstração do compromisso das organizações em gerir os riscos de *compliance* efetivamente e eficientemente; o aumento constante da confiança de terceiros na capacidade da organização de atingir um sucesso sustentável; e a minimização de riscos de contravenções e suas consequências legais, econômicas e de reputação (ISO37301, 2021, p. VI).

O documento ainda destaca (2021, p. 7) que a promoção de uma cultura de *compliance* é uma obrigação da organização, especialmente da Alta Direção (*Governing Body*), que deve demonstrar um compromisso consistente, sustentável, visível e ativo na direção de um padrão comum de comportamento ético dentro de toda a organização.

Para isso, estabelece-se meios para a Alta Direção concretizar e demonstrar a mudança de conduta dentro de sua instituição (2021, p. 07), sendo eles o acesso direto do gestor de *compliance* à Alta Direção; a independência do profissional de *compliance*; a autoridade e competência apropriadas para o exercício da função de *compliance*.

O profissional de *compliance* recebe importantes menções e destaques na norma técnica. A função de alinhar a gestão do programa de *compliance* com os objetivos de *compliance* (2021, p. 09) incide com a obrigação do profissional de *compliance* na construção e manutenção de um ambiente de trabalho que esteja dentro das previsões legais.

Há que se falar em um compromisso político dos Trabalhadores. Na medida em que a gestão e operação de setores e departamento da entidade é feito por eles, os trabalhadores tem função política essencial na implementação do Programa de *Compliance*. O convencimento, o diálogo, o treinamento e a difusão de uma cultura de *compliance* deve ser a tônica da atuação do profissional, junto ao corpo de profissionais que compõem a entidade em que trabalha.

Sem correr o risco de adentrar em um debate de Direito Trabalhista (que não é objeto desse trabalho), a integridade, o bem-estar e a boa-fé das relações são todos primados do Direito brasileiro e derivados dos princípios do projeto constitucional. São, também, consensos políticos, uma vez em que não há de se falar em sanções ou punições por um ambiente de trabalho negativo, mas há de se falar em compromisso com o bem-estar dos indivíduos, seu bem viver, sendo verdadeira assunção de um comprometimento social, coletivo, na promoção desse tipo de ambiente.

As formas de disseminar essa cultura, destacada pela ISO 37301, e amplamente utilizadas pelos Programas de *Compliance* das instituições, são o treinamento e a conscientização do pessoal. O profissional de *compliance* recebe essas tarefas, na medida em que é obrigado à: (i) treinar os Trabalhadores e a Alta Direção, conforme planejamento da implementação das políticas; (ii) estar disponível para consulta e suprimir dúvidas em assuntos de *compliance* para toda a instituição; (iii) instruir o pessoal aos recursos e documentos sobre políticas, processos e procedimentos de *Compliance* (2021, p. 09).

Em suma, há o dever de informação do profissional de *compliance* para com todas pessoas envolvidas na instituição – trabalhadores, sócios, parceiros de canal, terceiros interessados, o Estado –, na forma da prestação de informações e recursos acerca do Programa de *Compliance* da instituição. Há, também, o dever de formação, do profissional de *compliance*, para com todo o pessoal envolvido diretamente nas operações da empresa, na forma de treinamentos.

Entretanto, para se valer dos princípios do Direito na implementação desse compromisso Político assumido, o Programa de *Compliance* valerá dos instrumentos da Administração para atingir seus objetos. Ciente da insuficiência do Direito e da Política para contemplar o conceito geral de *Compliance* e suas aspirações, o presente trabalho buscará compreender os elementos da Administração – especialmente na Governança Corporativa (já abordada no trabalho) – que compõem as partes próprios de um Programa de *Compliance*, como a gestão do risco e o cumprimento ativo das normas que regulam a instituição objeto do Programa.

3.3 Dimensão Administrativa

A Administração é o meio pelo qual as leis serão aplicadas, através das políticas de *compliance* que visam encaixar a atividade da empresa dentro da legalidade, gerindo seus riscos. Uma vez em *compliance*, continua sendo a administração interna da instituição a responsável por zelar pelo cumprimento dessas políticas e, conseqüentemente, das leis que essas políticas pretendem demonstrar o cumprimento.

Destaca-se que uma administração via *compliance* serviria para diversos campos da atividade humana em que a administração é necessária. O capital privado, as estatais puras e mistas, as autarquias e órgãos da administração pública indireta, os partidos políticos, as cooperativas e organizações não-governamentais podem se valer das estratégias administrativas de *compliance*.

Não é possível crer que uma instituição que possui uma administração totalmente em *compliance* está livre de quebrar as regras em suas operações. Todavia, a gestão de riscos de *compliance* busca aplicar o que de mais moderno há na contenção da incidência desses riscos e da construção do acordo político.

Instrumento administrativo contemporâneo ao *Compliance*, a Governança Corporativa, representa a manifestação ferramental do consenso político em torno das leis e normas que passaram a impor as novas regras de *compliance*. A mudança do pensamento, em relação as

outras perspectivas administrativas, é a busca da longevidade dos negócios, investigando assim a agregação de valor e aquisição de recursos de forma sustentável (IBGC. 2015, p. 20).

Essa mudança na perspectiva de acumulação de capital impõe alguns limites para formas de acumulação primitivas, mas não produzem nenhuma revolução. Há de compreender que, ainda, estamos falando de um sistema de produção capitalista, no entanto, com uma perspectiva diferente da dos séculos passados.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2015, p. 20 e 21) destaca os princípios da Governança Corporativa:

- (a) **Transparência** – consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas as impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve se restringir ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial, conduzem à preservação e à otimização do valor da organização
- (b) **Equidade** – caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.
- (c) **Prestação de Contas (*accountability*)** – os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões, além de atuar com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.
- (d) **Responsabilidade Corporativa** - os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios, suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiente, reputacional, etc.) no curto, médio e longo prazos.

O arcabouço principiológico debatido para a Governança Corporativa demonstra uma dialética com os princípios do *Compliance*, determinante para a efetividade dos dois institutos: enquanto o *Compliance* oferecer as bases jurídicas para essa nova forma de direção das

instituições, a governança corporativa dita o como, administrativamente, essas regras serão cumpridas de forma sistemática¹⁰.

O ponto de diálogo com a Política diz respeito ao fato de que caso não haja compromisso e consenso entre as pessoas membros da instituição objeto do Programa, não há como falar em *compliance* jurídico, ou governança corporativa. A eficácia, portanto, de uma governança corporativa depende da conduta ética dos profissionais envolvidos sobre a informação e o seu tratamento (Liebl. 2020, p. 133).

Nesse sentido, a assunção da necessidade de um compromisso ético¹¹ em torno da aplicação das leis e regulamentos, além de um conjunto principiológico para a Governança Corporativa, produziu um modelo de administração que “ajuda as organizações a identificar estruturas e processos que melhor auxiliam no atingimento dos objetivos e facilitam uma forte governança e gerenciamento de riscos” (IIA. 2020, p. 01).

O Modelo de 3 Linhas de Defesa, segundo o Instituto de Auditores Internos (2020, p. 05), compreende a divisão de responsabilidades em três frentes: a primeira, dizendo respeito à atividade central da organização, ligando-se aos produtos e/ou serviços prestados aos clientes da organização, o conceito de *front of house*, e às atividades de *back office*, ou seja, as medidas de controle primário (Venturi. 2019, p. 40) - aquelas que funcionam como a base de sustentação administrativa interna da organização, incluindo setores como os de recursos humanos, contabilidade e financeiro.

Já na segunda linha de defesa estão as atividades voltadas a gestão do risco que as atividades desenvolvidas na primeira linha geram. São processos organizacionais, formais, que deverão garantir o bom desempenho da primeira linha (Venturi. 2019, p. 40), sendo eles, de acordo com o IIA (2020)¹², a Gestão de Riscos, a Gestão de Controles Internos e a Gestão de *Compliance*. Desse modo ela fornece assistência no gerenciamento dos riscos gerados pela outra, pois, se concentra em objetivos específicos do gerenciamento de riscos, tais como: conformidade com leis, regulamentos e comportamento ético aceitável; controle interno;

¹⁰ Com ambas balizadas pelas noções políticas de autonomia e criação de consenso em torno dessas finalidades

¹¹ A ética aqui vista como Ética da Responsabilidade, coletiva, já debatida no trabalho, em oposição à ética individual.

¹² Venturi (2019) entende que a contabilidade reside na segunda linha de defesa. No entanto, este trabalho se alinhará com a publicação da IIA (2020) em razão da natureza potencial geradora de riscos intrínseca a atividade contábil.

segurança da informação e tecnologia; sustentabilidade; e avaliação da qualidade (IIA. 2020, p. 03).

Tendo em vista que a segunda linha é responsável por gerir os riscos gerados pela primeira, a Terceira Linha de Defesa tem a função de prestar avaliação e assessoria independentes e objetivas sobre a adequação, eficácia da governança e do gerenciamento de riscos (IIA. 2020, p. 03). Avalia, portanto, o bom desempenho das outras duas linhas supracitadas.

A Governança Corporativa, com seu sistema baseado nas 3 Linhas de Defesa, configura a Dimensão Administrativa da função de *Compliance*. Não só o profissional de *compliance*, especialmente contratado para executar o Programa de Integridade, deve se orientar pelos princípios e regras da Governança, como também a própria Governança Corporativa deve ser um modelo representativo de administração coerente com o modelo jurídico de *Compliance*, sendo o consenso político em torno desses dois institutos o elemento articulador e a característica tridimensional desse novo modelo administrativo que surge com princípios, meios e finalidades diversas dos até então apresentados pelo Capital e as organizações estatais no capitalismo.

4. Considerações Finais

As preocupações em torno dos riscos e ilegalidades são recentes. Dito isto, é importante frisar que nunca foi uma preocupação dos grandes agentes econômicos (estatais e privados) o cumprimento das regras concorrenciais e na manutenção de ambientes sociais e de trabalho saudáveis. Ao contrário, a estrutura trabalhista precária e os grandes escândalos de corrupção das últimas décadas demonstram que a preocupação do Capital eram outras, e, por conta disso, os incentivos eram outros.

O surgimento de incentivos (mercadológicos e legislativos) para que organizações promovam Programas de Integridade apresentam dois indícios: uma troca nos rumos do Capital, na medida que passa a valorizar mais o capital sustentável e de longo prazo, tendo que para isso abrir mão da lucratividade imediata e investir em setores que antes não investiriam, como os de controles de risco e de promoção de qualidade trabalhista; além disso, a legislação contemporânea dos Estados tende a mudar a abordagem em relação ao combate e repressão a ilegalidades dessa natureza, criando espaços de consenso, como o acordo de leniência, e dispositivos de benefício para aquelas empresas que possuem Programas de Integridade.

Por outro lado, a imposição à certas pessoas jurídicas de serem obrigadas a implementar Programas de Integridade, também, denota um esforço do Estado de conseguir apurar esses ilícitos – administrativos e criminais, especialmente – a partir de um expediente de cooperação com o capital privado. A coleta prévia de informações, as quais o ente privado é obrigado a apurar e conservar, funciona como uma saída à dificuldade investigativa imposta ao Estado pelos ilícitos de *quid pro quo*, sem impor violações dos próprios órgãos de investigação estatais aos cidadãos, como historicamente se observa quando o Estado opta por um modelo puro e simples de combate litigioso aos ilícitos econômicos.

O *Compliance* surge, então, como instrumento jurídico contemporâneo com a finalidade de espelhar a atualização dos interesses do Capital para o séc. XXI: a manutenção de instituições que consigam sustentar seu capital – compreendido como capital estrutural, humano, de manufatura, etc. –, e o lucro seja orientado para ser obtido no longo prazo a partir do cumprimento ativo das leis e normas que regulam aquela atividade econômica.

O interesse em adotar esse modelo se coloca de modo que é de interesse da sociedade que a ocorrência de ilícitos seja gerida ao mínimo possível, e que a gestão de *Compliance*, com o auxílio da Governança Corporativa na rotina interna das instituições, contribua para um ambiente social em que os preceitos do capitalismo fluam com menos intempéries, porquanto os efeitos dos escândalos de corrupção nas últimas décadas afetou não só as cifras monetárias dos negócios, como suas imagens, os empregos gerados, entre outros prejuízos, acabando desse modo sendo socializados, e não decaindo apenas nas pessoas físicas subjetivamente culpadas por aquele ilícito.

Ao não ser possível restringir os efeitos negativos desses ilícitos às pessoas praticantes – ainda que a responsabilização seja feita devidamente pelos órgãos de Estado competentes a elas –, há outro problema pela frente, pois se encontra um limite de alcance e eficácia para a lei, e para o Direito. Surge assim a necessidade de articular os dispositivos jurídicos, com os de outras disciplinas das ciências humanas para atingir as finalidades esperadas pelo *Compliance*.

Assim, apresenta-se um Modelo Analítico Tridimensional do *Compliance* que compreende o instituto jurídico do *Compliance* será plenamente satisfeito caso a ação dialética e interdisciplinar por meio da Política ocorra, em sua manifestação consensual, enquanto espaço de construção de valores e regras comuns para determinado grupo. Com isso, os incentivos políticos externos (como incentivos mercadológicos) e a construção interna do consenso em torno das regras de *compliance* –por exemplo, com o uso de táticas concretas como seminários

e treinamentos aos corpos trabalhador e gerencial – apresentam-se, desse jeito, a segunda dimensão interdisciplinar do instituto.

Tangencialmente às duas já apresentadas, a terceira dimensão, que corresponde à Administração, diz respeito às movimentações internas das instituições e as saídas encontradas pelas disciplinas administrativas para se encaixar nas perspectivas de cumprimento ativo das leis e regras. O modelo de Governança Corporativa, e sua tática de Três Linhas de Defesa, que embora não tenham aplicabilidade só para sociedades empresárias, tem como maior característica a finalidade de uma aferição de lucro sustentável no tempo e espaço em que a instituição se insere.

Apresenta-se assim, portanto, o alinhamento contemporâneo da perspectiva administrativa com o comportamento ético imposto pela lei. Alinhamento que, uma vez estabelecido nas normas formais – internas e externas – das instituições, só poderá verificar eficiência e os reflexos na realidade material uma vez que seja adotado, em consenso, pelos membros dessas instituições. Sendo um instituto baseado, politicamente, no compromisso dos envolvidos com as normas formais.

5. Referências Bibliográficas

ASSI, Marcos. Gestão de *compliance* e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. *Saint Paul* Editora. São Paulo. 2013;

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT), NBR ISSO 37301. Sistemas de gestão de compliance: Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro. 2021;

BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 6.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012/ Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Thomson Reuters Brasil. São Paulo. 2019;

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. Resolução nº 2554 de 24 de setembro de 1998, dispõe sobre a implantação de sistema de controles internos. Diário Oficial da União. 1998;

- BARTEL, Gonter. Fundamentos da administração / Gonter Bartel. Indaial: Uniasselvi. 2013;
- BATTAIOLA, Patrick Nunes; Pereira e Silva, Ruth Maria Junqueira de Andrade. Programas de conformidade: aspectos introdutórios e de instrumentalidade dos *compliance programs* no âmbito empresarial. Elementos de Direito Empresarial. 2021;
- BLOK, Marcella. Nova lei anticorrupção (Lei 12846/2013) e o *Compliance*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais vol. 65. 2018.
- BOBBIO, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. Dicionário de Política. 1ª ed., vol. 1. Editora Universidade de Brasília. Brasília. 1998;
- BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Diário Oficial da União. 2011;
- _____. Lei nº 12.683/2012. Diário Oficial da União. 2012;
- _____. Lei nº 12.846/2013. Diário Oficial da União. 2013;
- _____. Decreto nº 11.129/2015. Diário Oficial da União. 2015;
- _____. Lei nº 13.303/2016. Diário Oficial da União. 2016;
- _____. Lei nº 14.133/2021. Diário Oficial da União. 2021;
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução nº 586/2017. Diário Oficial da União. 2017;
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução nº 80/22. Diário Oficial da União. 2022;
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia Programas de Compliance. 2016;

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas, s.d;

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109. São Paulo. 2014;

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). Código das melhores práticas de governança corporativa. 5ª ed. IBGC. São Paulo. 2015;

_____. *Compliance* à luz da governança corporativa (Série: IBGC Orienta). IBGC. São Paulo. 2017;

INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS (IIA). As três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles. Declaração de Posicionamento do IIA. 2013;

LIEBL, H.; SANTOS, R. P. dos. Compliance e governança corporativa: estratégias para uma gestão socioambiental. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama. v. 23, n. 1, p. 129-142. 2020;

OLIVIA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o *compliance* no direito brasileiro. *Quaestio Iuris* vol. 11, nº 04, Rio de Janeiro. 2018;

RIO DE JANEIRO. Lei nº 7753/2012. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. 2017;

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, vol. 8, nº 15. Recife 2016;

SILVEIRA, Paulo Burnier. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. RDC, vol. 2, nº 2. 2014;

VENTURI, James Luiz; SILVA, Cláudia Alves da; FILHO, Lúcio Carlos de. Governança Corporativa: um diálogo entre a gestão de riscos, controles internos, *compliance* e a contabilidade. Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social, vol. I, nº 2. 2019;

Criminalidade econômica e segregação ocupacional por gênero: uma breve análise de casos e das condutas de mulheres nos crimes de organização criminosa e lavagem de capitais

Vanessa Borges Santos Machado¹

Humberto Tostes Ferreira²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este artigo objetiva expor parte do debate sobre a segregação ocupacional em razão do gênero e sua influência nos crimes de colarinho branco, verificando-a por meio de uma breve análise de casos. Para tanto, apresenta-se parcela da bibliografia pertinente ao tema, a qual tem fundamento a economia feminista, e, como forma de conferência destes referenciais teóricos, efetua-se um sucinto e não exauriente exame de apelações julgadas pelo TJRJ e pelo TRF2, entre 1/1/2018 e 12/2/2023, para averiguar a participação de mulheres, bem como o papel por elas desempenhado, em crimes de organização criminosa e lavagem de capitais.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Crimes do colarinho branco. Feminismo. Teto de vidro. Chão pegajoso.

Abstract: This article aims to show part of the debate about occupational segregation by gender and its influence on white collar crimes, verifying it by a brief case analysis. Therefore, present portion of the bibliography pertinent to the topic, that takes as foundation the feminist economics, and, to check this theoretical references, takes place a succinct and not exhausting examination of subpoenas trials made by TJRJ and TRF2, between 1/1/2018 and 2/12/2023, to find out the women participation, as well as the role they play, in criminal organizations and money laundering crimes.

¹ Advogada. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

² Pesquisador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araújo Jr. – CPJM. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

Keywords: Economic Criminal Law. White collar crimes. Feminism. Glass ceiling. Sticky floor.

1. Introdução

Como indicado pela literatura especializada, a ascensão da burguesia e a consolidação do capitalismo culminam na afirmação do sistema patriarcal como superestrutura vigente em nossa sociedade e, conseqüentemente, a divisão sexual do trabalho. O aludido sistema político-econômico também acarretou na separação do trabalho doméstico do conceito de valor na forma que hoje conhecemos, sedimentando a divisão sexual do trabalho e imputando às mulheres as atividades concernentes à vida privada (como, por exemplo, a educação da prole e os cuidados domésticos).

Inobstante as lutas e as conquistas dos movimentos feministas do século XX, bem como a releitura de alguns parâmetros acerca dos papéis dos gêneros para viabilizar a maximização da exploração da mão de obra feminina e da extração de mais-valia, a disparidade laboral entre homens e mulheres remanesce hígida. Outrossim, estudos realizados sob a perspectiva da economia feminista buscaram, e ainda buscam, por meio da crítica epistemológica e metodológica à concepção inicial do homem econômico (branco e ocidental), explicações para as distintas condições de trabalho e salariais em razão do gênero e, como consequência, evidenciaram, e ainda evidenciam, a existência de segregações ocupacionais nas dimensões horizontais (*sticky floor*) e verticais (*glass ceiling*) das dinâmicas laborais.

Destarte, é de se imaginar que as supramencionadas formas de tratamento diferenciado em razão do gênero também repercutem na criminalidade econômica, visto que esta é imbuída por um privilégio social ordinariamente negado às mulheres pelas decorrências do machismo estrutural. Semelhantemente, pode-se cogitar que a própria dinâmica delitiva das mulheres em concurso de agentes com homens seja igualmente perpassada por tal modulação, em especial nas organizações criminosas com considerável complexidade.

Assim sendo, soa como pertinente confeccionar um sucinto levantamento da bibliografia pertinente ao tema em comento e, após, realizar uma breve e não exauriente análise de casos para verificar possíveis reverberações das dimensões das segregações ocupacionais em um contexto criminal. Para tanto, ciente das limitações espaciais e metodológicas inerentes

a este trabalho, pretende-se verificar, quantitativa e qualitativamente, dentro de um pequeno campo amostral, a participação de mulheres em crimes relacionados às organizações criminosas e à lavagem de capitais, bem como o papel por elas desempenhado nas empreitadas, em teoria, criminosas.

Melhor elucidando, examinar-se-á acórdãos condenatórios, ou confirmatórios da condenação, que, no período entre 1/1/2018 e 12/2/2023, cuidaram de crimes da Lei de Organizações Criminosas e da Lei de Lavagem de Capitais no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2). De tal maneira, o fim mediato deste trabalho não é exaurir o debate sobre o tema, mas contribuir com o desenvolvimento da criminologia, tratando de tópico não costumeiramente explorado pela dogmática nacional, de forma a incentivar o debate sobre a cogitável modulação da criminalidade econômica, bem como das formas que esta ocorre, pela superestrutura patriarcal hodierna.

2. Capitalismo e a economia feminista

Para melhor compreensão sobre a atual construção econômica em pauta e suas origens, pertinente se faz uma breve e não exauriente digressão sobre a instituição do papel da mulher no mercado de trabalho. Para tanto, toma-se como marco inicial a consolidação do capitalismo, sistema no qual, com a ascensão da burguesia, construiu-se uma nova ordem baseada no sistema patriarcal. Em uma concepção radical, a estruturação do patriarcado na ordem burguesa se difere de qualquer outro momento histórico por serem constituídos a partir do valor-clivagem¹ ou dissociação-valor². Nessa relação, o valor é entendido como expressão de uma relação social onde os recursos de uma sociedade são utilizados de forma individual, acumulando a mercadoria que assume o valor de troca (tendo em vista as relações que passam a ser desenvolvidas a partir da ascensão burguesa). Este valor seria construído de forma androcêntrica, lastreado em bases opressoras políticas e jurídicas, de forma a solidificar e

¹ Nesse sentido, Angela Davis narra em *Mulheres, Classe e Raça*: “Nas lavouras e fazendas onde as grávidas eram tratadas com mais indulgência, isso raramente se devia a razões humanitárias. Simplesmente, os proprietários valorizavam uma criança escrava nascida com vida do mesmo modo que valorizavam bezerros ou potros recém-nascidos (...) As mulheres não era femininas demais para o trabalho nas minas de carvão e nas fundições de ferro, tampouco para o corte de lenha e abertura de valas.” DAVIS, op. cit., p. 44.

² FERNANDEZ, Brena Paula Magno. **Teto de vidro, piso pegajoso e desigualdade de gênero no mercado de trabalho brasileiro à luz da economia feminista: por que as iniquidades persistem?**. Rev. Cadernos de Campo, Araraquara, n. 26 | p. 79-103 | jan./jun. 2019 | E-ISSN 2359-2419 p. 3.

conservar a estrutura produtiva em vigor.³ A dissociação por sua vez, ocorreria no momento em que o trabalho doméstico é dissociado do conceito de valor, do conceito de trabalho e das formas que lhe são associadas, ganhando uma inserção unicamente nas funções atinentes à vida privada da mulher.

Conseqüentemente, instituiu-se a divisão sexual do labor, advinda de uma relação de poder e divisão da força de trabalho na lógica da acumulação. Por esta, ao observar uma ligação direta entre acumulação e trabalho, sendo a segunda fonte principal da primeira, os seres humanos passam a figurar como primeiros recursos produtivos e seus corpos, força motriz do trabalho, como objeto de comercialização em prol da acumulação de capital.⁴

A história da mulher e da sua luta por direitos, como a inserção no mercado de trabalho, caminha, lado a lado, com o desenvolvimento do capitalismo. Outrossim, em uma conjuntura historicamente solidificada pela desvalorização da mulher, com constante degradação social e erosão sistemática de direitos, ao que parece, também reverbera na divisão de trabalho, criando situações diferenciadas em razão do gênero, classe e cor.

Nesse contexto, com o desenvolvimento das relações laborais, surge uma dicotomia em relação à divisão sexual do trabalho. Em um primeiro ponto a ser observado, dentro do ambiente doméstico das classes dominantes, é caracterizada a maximização de diferenças entre masculino e feminino, dando origem aos modelos de masculinidade e de feminilidade modernos, assim como estabelecimento da inferiorização das mulheres.⁵ Nesse sentido, de certa forma, a criação de personalidades definidas pelo gênero deve ter uma aplicação cautelosa, uma vez que não corresponde à realidade das mulheres não brancas.⁶ Como desdobramento, a industrialização ofereceu como produto a ideologia da feminilidade, com disseminação realizada pela literatura e propaganda e afirmou o papel das mulheres brancas de forma dissociada do trabalho

³ NELSON, J. The study of Choice or the Study of Provisioning?: Gender and the Definition of Economics. In: FERBER, M.; NELSON, J. (ed.). *Beyond economic man: feminist theory and economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993. p.23-36. Cabe aqui a observação, onde os trabalhos de reprodução da vida são caracterizados pelo trabalho realizado em esfera doméstica pela mulher, construindo, inclusive, uma nova classe trabalhadora.

⁴ FERNANDEZ, op. cit., p.9.

⁵ ENRIQUEZ, C. **Análise Econômica para a Igualdade: as contribuições da economia feminista**. In: JÁCOME, M.; VILELA, S. (org.). *Orçamentos Sensíveis a Gênero: Conceitos*. Brasília: ONU Mulheres, 2012. p.133-157. Disponível em: https://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/orcamentos-conceitos.pdf. Acesso em 10 fev. 2023.

⁶ Ibidem.

produtivo, onde sua figura é associada à dona de casa e mãe.⁷ Por outro lado, a aludida clivagem entre a economia doméstica e a economia pública estabelecida reforça a inferioridade das mulheres em um recorte racial e classista. Por força dos desdobramentos da política escravista, a mulher negra se encaixa como figura central não só de mão de obra e de produção, que era realizada de forma equivalente a de um homem em situação de pessoa escravizada, mas como produção da própria mão de obra⁸.

Levando em consideração esses processos originários, a economia feminista tem como objetivo dissecar a assimetria existente nas relações a partir de uma disputa de gênero, derivada da concepção de racionalidade econômica desenvolvida de forma geral, que permanece até os dias de hoje. Dessa forma, ela é caracterizada pela implementação crítica epistemológica e metodológica da concepção inicial do homem econômico, que tem como referência o homem branco e ocidental.⁹ Assim, enquanto a economia tradicional se pauta na manutenção do status quo, distante da divisão sexual e classista do trabalho e desconsiderando os trabalhos de caráter doméstico ou de reprodução da vida¹⁰, em contraponto, a economia feminista se pauta na organização da dinâmica econômica e das igualdades subjacentes, compreendendo o vínculo entre a reprodução de pessoas e produção de mercadorias na sociedade.

Destarte, parece correto compreender que os estudos desenvolvidos no bojo da economia feminista, buscam justificção para as diferenças presentes nas condições de trabalho e salariais baseadas em gênero. Em um geral, pode-se dizer que as principais conclusões obtidas tangem dois pontos cruciais, sendo estes as dinâmicas de discriminação próprias da estrutura do mercado e as condicionantes oriundas do peso das atividades laborais domésticas, com a

⁷ Vide ADC 43, ADC 44 e ADC 54, onde o Supremo Tribunal Federal compreendeu pela necessidade de esgotamento de todos os meios de recurso para o início do cumprimento da pena.

⁸ A título de ilustração para melhor compreensão, foram desconsideradas decisões que absolveram os recorrentes, as referentes a recurso em sentido estrito, assim como de incidentes e medidas cautelares, as quais, por óbvio, não recaíram sobre a existência dos fatos criminosos. Ademais, considerou-se somente uma vez os processos que apareceram em mais de uma busca por envolverem, concomitantemente, lavagem de capitais e organizações criminosas.

⁹ FEDERICI, SILVIA, **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017, p. 232.

¹⁰ Nesse ponto, *ibidem*, p. 199 apud. MERRY WIESNER (1993, p. 33): “A difusão do do direito romano teve um efeito, em grande parte negativo, sobre o status legal civil das mulheres no início do período moderno, tanto por causa das perspectivas que os próprios juristas adotaram sobre as mulheres a partir do direito romano, quanto pela aplicação mais estrita das leis existentes que o direito romano possibilitou.” Na Europa, a erosão desses direitos se torna mais transparente quando por exemplo, na Alemanha, quando uma mulher, mesmo fazendo parte da classe média, se tornava viúva, era designado um tutor legal para que cuidasse dos seus negócios.

inserção feminina no mercado laboral.¹¹ No que tange à primeira constatação, ela é corroborada ao se observar os quadros sociais de empresas, pois, comumente, as mulheres são associadas a uma função de cuidado, mesmo como empreendedoras, além de sequer ocuparem funções de prestígio no ambiente empresarial. Em relação ao segundo ponto apresentado, este pode ocorrer porque, por sua ocupação com uma dupla jornada, no trabalho remunerado e trabalho de reprodução, não são compreendidas como pessoas sempre disponíveis aptas ao desempenho de cargos com maiores responsabilidades.¹²

Neste sentido, parte da doutrina compreende tal fenômeno como segregação ocupacional por gênero, a qual pode ocorrer de forma horizontal ou vertical. Na forma horizontal, se faz presente nos cargos desempenhados por homens e mulheres, enquanto na forma vertical, sua influência recai sobre a contratação de homens e mulheres e respectivos papéis desempenhados em uma mesma empresa. A segregação ocupacional vertical que dá origem à prática conhecida como “*glass ceiling*”, em alusão à construção de um teto de vidro, utilizado como barreira invisível que faz com que as mulheres não atinjam ao nível hierárquico mais elevado em uma organização corporativa¹³. Na concepção horizontal, a metáfora “*sticky floor*” se refere à incapacidade de mulheres, por fatores externos, transitarem em atribuições diferentes às que são de costume embutidas por essa ideia de feminilidade.¹⁴

3. Gênero e white collar crimes

Os trabalhos e as pesquisas criminológicos com enfoque na questão de gênero, em grande parte, são voltados para a vitimização sofrida pelas mulheres e política de drogas, enquanto demonstra insuficiência no concernente à questão de gênero envolvendo os crimes de colarinho branco¹⁵.

¹¹ Nesse sentido, Angela Davis narra em *Mulheres, Classe e Raça*: “Nas lavouras e fazendas onde as grávidas eram tratadas com mais indulgência, isso raramente se devia a razões humanitárias. Simplesmente, os proprietários valorizavam uma criança escrava nascida com vida do mesmo modo que valorizavam bezerros ou potros recém-nascidos (...) As mulheres não eram femininas demais para o trabalho nas minas de carvão e nas fundições de ferro, tampouco para o corte de lenha e abertura de valas”. DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, p. 42.

¹² *Ibidem*, p.11.

¹³ Expressão utilizada por Taylisi Leite. LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. **Crítica ao feminismo liberal: Valor-clivagem e marxismo feminista**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 87.

¹⁴ Ou valor-dissociação, conforme tradução de SCHOLZ, Roswitha. **O sexo do capitalismo: teorias feministas e metamorfose pós-moderna do patriarcado**. Editora Excertos. Disponível em: http://www.obeco-online.org/roswitha_scholz6.htm. Acesso em 23 fev. 2023.

¹⁵ *Ibid*, p. 90.

Ao analisar a participação e/ou autoria das mulheres em crimes praticados nas altas camadas da sociedade, temos as seguintes premissas: (i) os crimes de colarinho branco são por si só, embutidos de um privilégio social.¹⁶ (ii) a segregação sexual e reprodução do machismo reduzem o acesso da mulher à rede de contatos onde normalmente ocorrem os crimes de colarinho branco; (iii) a dinâmica de gênero não só segrega a mulher, como faz com que possuam um menor predisposição ao risco em comparação com os homens.¹⁷

Neste sentido, estudo realizado na Noruega, Benson e Gottschalk concluíram:

These differences are clearly illustrated in the cases prosecuted by the CFTF. The CFTF was established after the Enron scandal, and between 2002 and 2009, it prosecuted 83 fraud cases involving large corporations. Steffensmeier et al. (2013) found that out of 436 defendants in the CFTF database, only 37 (9%) were female. Of the 37 females in the sample, only 10 were ringleaders or major figures in their cases. The remaining threequarters of the females played either minor (51%) or in between (22%) roles.¹⁸

Em uma realidade onde o acesso de mulheres às estruturas de poder é reduzido, como no nosso país, é de se esperar que as premissas (i) e (ii) estejam presentes de forma predominante. Porém, se torna interessante a observação em um contexto de gênero que seja de certa forma, menos desigual. Benson e Gottschalk¹⁹ parte da hipótese de que o agente para se envolver em certos crimes, deve ter acesso à área a ele relativa. No caso dos white collar crimes, por se tratarem muitas vezes de crimes complexos exigem um certo privilégio (premissa (i)) que é alcançável por meio da posição ocupada pelo agente no contexto empresarial ou por acesso às ligações informais com os agentes (premissa (ii)). Tendo essa ideia como base, o aulido autor desenvolve uma pesquisa sobre crimes de colarinho branco e gênero, tomando como recorte espacial a Noruega, país onde os níveis de desigualdade sexual são os menores do mundo, com uma alta participação de mulheres em altos cargos corporativos²⁰. Apesar de tal fato, as mulheres continuavam com baixa representatividade nos delitos de colarinho branco,

¹⁶ GALVIN, Miranda A. **Gender and White-Collar Crime – Theoretical Issues**. Criminal Justice Studies, DOI: 10.1080/1478601X.2020.1709954. Disponível em <https://doi.org/10.1080/1478601X.2020.1709954>. Acesso em 20 fev. 2023

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BENSON, Michael L. and GOTTSCHALK, Petter. **Gender and white-collar crime in Norway: An empirical study of media reports**. International Journal of Law, Crime and Justice. 28 January 2015, p.71.

¹⁹ Ibidem, p. 4.

²⁰ Ibidem, p. 5.

com aproximadamente 6.2% de participação em relação aos homens, se assemelhando aos quadros divulgados em pesquisa realizada nos Estados Unidos²¹.

Como forma de interpretação de tais dados, o autor aplica o entendimento de Steffenmeier²² de que a mulher é socializada dentro de uma identidade cuidadora, que assume suas obrigações vinculadas a um papel a ser desenvolvido. O que essas mulheres teriam em comum com mulheres de outros países com menor representatividade nos quadros empresariais seria a formação de sua personalidade e identidade, bem como a dificuldade de inserção nas redes de sociabilidade estruturalmente masculinas (que vêm sendo construídas na Noruega muito antes das reformas feministas ocorridas no país nos anos 70). Parece, portanto, que mesmo dentro das organizações criminosas mais complexas, se faz presente a segregação ocupacional vertical, remetendo à ideia de um teto de vidro deixando ainda, evidentes as estruturas do patriarcado na acumulação de capital.

Outrossim, em que pese as possíveis distinções entre a realidade brasileira e as das Noruega e dos Estados Unidos, tanto no aspecto econômico, quanto no aspecto de inclusão feminina, é possível conceber que, de certa forma, as premissas de Steffenmeier acerca do modo de construção da sociabilidade do feminino também são aqui vigentes. Por tal motivo, pode-se cogitar que os resultados obtidos no referido trabalho de Benson e Gottschalk, em certa medida, podem ser replicáveis em uma verificação à luz do cenário judiciário pátrio, a qual, para fins de se contribuir com a criminologia nacional, ainda que de forma breve, não exauriente e com escopo em um pequeno campo amostral, soa como interessante de ser realizada.

4. Análise de casos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Objetivando melhor exploração do tema segundo o qual práticas oriundas da superestrutura patriarcal, incidentes nas mais variadas esferas do convívio social, também repercutem na criminalidade do colarinho branco, realizou-se uma sucinta e não exauriente análise de casos. Por meio desta metodologia, buscou-se verificar, quantitativa e qualitativamente, a participação de mulheres em crimes relacionados à Lei de Organizações

²¹ Ibidem, p. 7.

²² STEFFENSMEIER, Darrell, ALLAN, Emilie. **Gender and crime: toward a gendered paradigm of female offending**. Annu.Rev. Sociol. 1996, 62.

Criminosas (Lei nº 12.850, de 2013) e à Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613, de 1998), bem como o papel por elas desempenhado nas empreitadas, em teoria, criminosas.

Para tanto, em razão das limitações inerentes a este tipo de trabalho e ciente das consequentes reduções conclusivas por elas ensejadas, optou-se por delimitar a amostra averiguada ao resultado de consulta de jurisprudência do sítio eletrônico do TJRJ²³ e do TRF²⁴, abrangendo o período de 1/1/2018 a 12/2/2023, sendo esta última a data da consulta. Por semelhantes razões, apenas foram considerados julgamentos de apelações em que se confirmou a condenação ou que se condenou os apelantes, uma vez que, inobstante a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da presunção de inocência²⁵, à luz do exame do conjunto fático-probatório e após o efetivo contraditório, tais decisões consubstanciam a indicação pelo Poder Judiciário da existência de fato típico, ilícito e culpável²⁶.

Sob o viés quantitativo, os resultados da busca podem ser esquematizados da seguinte forma.

Informações da pesquisa	Número do processo	Quantidade de recorrentes	Gênero dos recorrentes
Data: 12/2/2023	0199215-17.2021.8.19.0001	1	Feminino: 1 Masculino: 0
Local: pesquisa livre TJRJ	0022213-65.2018.8.19.0001	2	Feminino: 0 Masculino: 2
Termo procurado: 12.850	0345474-20.2017.8.19.0001	2	Feminino: 0 Masculino: 2
Abrangência: 2018 a 2023	0011340-46.2016.8.19.0075	2	Feminino: 0
Origem: 2ª Instância			

²³ LENER, Gerda. **A criação do Patriarcado: a história da opressão de mulheres pelos homens**. São Paulo: Editora Cultrix, 2019. p. 30.

²⁴ “Norway passed a law requiring the boards of all publicly traded companies to be at least 40% female. Although the law was criticized by many in the Norwegian business community it has succeeded in changing the make-up of corporate boards in Norway (...)According to one study, in 2010, women held approximately 35 percent of high level management positions in the private sector.” Ibidem, p. 4-5.

²⁵ Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 12 fev 2023.

²⁶ Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=* &q=&client=v2_in dex&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF>. Acesso em: 12 fev 2023.

Competência: criminal Ramo do direito: Direito Penal Opção: apenas acórdãos (ementa) Total de resultados: 36 Resultados considerados: 8 Resultados desconsiderados: 28			Masculino: 2
	0044688-85.2013.8.19.0002	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0027367-84.2011.8.19.0203	5	Feminino: 3 Masculino: 2
	0121834-11.2013.8.19.0001	3	Feminino: 0 Masculino: 3
	0001928-89.2014.8.19.0066	3	Feminino: 0 Masculino: 3

(Tabela 1: resultado de pesquisa livre do termo “12.850” realizada na consulta de jurisprudência do TJRJ em 12/2/2023.)

Informações da pesquisa	Número do processo	Quantidade de recorrentes	Gênero dos recorrentes
Data: 12/2/2023 Local: pesquisa livre TRF2 Termo procurado: 12.850 Abrangência: 1/1/2018 a 12/2/2023 Base: ementas Total de resultados: 30 Resultados considerados: 7 Resultados desconsiderados: 23	0502663-60.2018.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0501853-22.2017.4.02.5101	3	Feminino: 0 Masculino: 3
	0500049-23.2016.4.02.5111	5	Feminino: 0 Masculino: 5
	0509263-34.2017.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0500490-94.2017.4.02.5102	2	Feminino: 0 Masculino: 2
	0508126-51.2016.4.02.5101	5	Feminino: 0 Masculino: 5
	0507492-55.2016.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1

(Tabela 2: resultado de pesquisa livre do termo “12.850” realizada na consulta de jurisprudência do TRF2 em

12/2/2023.)

Informações da pesquisa	Número do processo	Quantidade de recorrentes	Gênero dos recorrentes
Data: 12/2/2023 Local: pesquisa livre TJRJ Termo procurado: 9.613 Abrangência: 2018 a 2023 Origem: 2ª Instância Competência: criminal Ramo do direito: Direito Penal Opção: apenas acórdãos (ementa) Total de resultados: 11 Resultados considerados: 0 Resultados desconsiderados: 11	—	—	—

(Tabela 3: resultado de pesquisa livre do termo “9.613” realizada na consulta de jurisprudência do TJRJ em 12/2/2023.)

Informações da pesquisa	Número do processo	Quantidade de recorrentes	Gênero dos recorrentes
Data: 12/2/2023 Local: pesquisa livre TRF2	0500015-98.2004.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0000695-66.2015.4.02.5001	1	Feminino: 0 Masculino: 1

Termo procurado: 9.613 Abrangência: 1/1/2018 a 12/2/2023 Base: ementas Total de resultados: 209 Resultados considerados: 12 Resultados desconsiderados: 197	0000396-60.2013.4.02.5001	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0810153-07.2011.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0017854-18.2012.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0041079-96.2014.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0815397-19.2008.4.02.5101	8	Feminino: 2 Masculino: 6
	0804972-93.2009.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0506954-74.2016.4.02.5101	2	Feminino: 0 Masculino: 2
	0802207-13.2013.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1
	0815994-85.2008.4.02.5101	2	Feminino: 1 Masculino: 1
	0801474-18.2011.4.02.5101	1	Feminino: 0 Masculino: 1

(Tabela 4: resultado de pesquisa livre do termo “9.613” realizada na consulta de jurisprudência do TRF2 em 12/2/2023.)

Se depreende do exposto que dos 286 resultados de pesquisa obtidos, apenas 27 foram considerados. Para além das próprias limitações do banco de dados pesquisado, o número obtido pode ter sido modulado pelo crivo escolhido – de apenas considerar acórdãos condenatórios ou confirmadores de condenação –, o que não se compreende como prejudicial à análise, uma vez que ele traz maior certeza da existência de fato com conteúdo criminógeno e melhor retrata a repressão penal da criminalidade econômica em nosso país no tangente à aplicação de sanções.

Dos 27 processos considerados, apenas 4 tinham recorrentes do gênero feminino, são eles: 0199215-17.2021.8.19.0001; 0027367-84.2011.8.19.0203; 0815397-19.2008.4.02.5101; 0815994-85.2008.4.02.5101. Isto significa que, aproximadamente, 14% das apelações criminais com condenação confirmada em segunda instância que foram considerados envolveram apelantes do gênero feminino, tão baixo patamar pode ser atrelado, dentre outros fatores, à: (i) cogitável incompletude dos bancos de dados utilizados; (ii) suposta deficiência do critério de pesquisa utilizado; (iii) possível menor participação de mulheres nos crimes de organização criminosa e lavagem de capitais.

Em sequência, efetuou-se a análise qualitativa dos processos 0199215-17.2021.8.19.0001 e 0027367-84.2011.8.19.0203 do TJRJ, bem como dos processos 0815994-85.2008.4.02.5101 e 0815397-19.2008.4.02.5101 do TRF²⁷. Para tanto, com o fito de verificar atitudes que consubstanciem plausíveis consequências do *glass ceiling* ou do *sticky floor*, utilizou-se a sentença criminal condenatória mantida pelo Tribunal para averiguar as condutas criminosas imputadas às mulheres e o papel que elas desempenharam à luz do contexto do fato delituoso.

De tal maneira e sinteticamente, cabe efetuar os seguintes apontamentos.

O processo 0199215-17.2021.8.19.0001 do TJRJ cuidou da prática do crime de tráfico de drogas por Carolayne Militano, que, motivada por ameaças advindas de seu companheiro e pai de seus filhos, à época preso, foi detida em flagrante delito ao tentar levar entorpecentes para ele em presídio. Como é de pronto perceptível, o caso em comento não trata de organização criminosa ou de lavagem de capitais, porém pode-se compreender que ele apareceu como resultado da pesquisa em razão do acórdão do TJRJ mencionar as modificações da Lei nº 12.850, de 2013, ensejadas pela Lei nº 13.964, de 2019, especialmente a previsão legislativa da colaboração premiada. Em que pese a cogitável falha no critério de busca, soa como interessante destacar que os fatos acima expostos são nitidamente perpassados pela superestrutura do patriarcado e seus decorrentes²⁸.

O processo 0027367-84.2011.8.19.0203 do TJRJ cuidou de crimes envolvendo milícia instalada na Gardênia Azul, inclusive a aquisição e a gerência de imóveis obtidos por meio de

²⁷ Cumpre informar que os supramencionados processo são públicos e a obtenção da sentença de todos eles se deu por meio de consulta pública com *login* de advogado nos sistemas de processos eletrônicos dos Tribunais.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação penal nº 0199215-17.2021.8.19.0001**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

coação (ameaças e violências contra o proprietário e sua família). Neste sentido, 4 mulheres foram denunciadas, das quais 3 foram condenadas por lavagem de capitais (Haluska Almeida de Souza, Roselaine Castro Girão Vida e Samantha Miranda dos Santos Girão Mathias). Suas condutas podem ser sintetizadas da seguinte forma: (i) Haluska administrou os imóveis de Cristiano Girão Matias, líder da milícia da Gardênia Azul, conferindo aparência de licitude às rendas obtidas. Em suma, ela recolhia aluguéis e era responsável pela parte contábil das locações; (ii) Roselaine auxiliava Haluska na administração dos imóveis de seu irmão e líder da milícia da Gardênia Azul, Cristiano Girão Matias, conferindo aparência de licitude às rendas obtidas por meio de aluguéis. Também figurou como pessoa interposta para dissimular a propriedade de diversos imóveis adquiridos por Cristiano Girão Matias de maneira criminosa; (iii) Samantha, após a prisão de seu, à época, marido e líder da milícia da Gardênia Azul, Cristiano Girão Matias, administrou imóveis a ele pertencentes, conferindo aparência de licitude às rendas obtidas por meio de aluguéis. Também figurou como pessoa interposta para dissimular a propriedade de diversos imóveis adquiridos por Cristiano Girão Matias de maneira criminosa²⁹.

O processo 0815994-85.2008.4.02.5101 do TRF2 cuidou do crime de lavagem de capitais cometido por Selma de Aquino Lins Antelo e José Manoel Pazos Antelo. Outrossim, José Manoel, na qualidade de administrador da Sylditour Viagens e Turismo Ltda., recebia valores criminosamente desviados do Conselho Federal de Enfermagem, os quais eram dissimulados por meio de pagamentos falsamente contabilizados. Ato contínuo José Manoel emitia cheques em valores inferiores ao identificado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras como operação financeira suspeita e Selma os sacava para mascarar sua origem e destino, caracterizando assim lavagem de dinheiro na modalidade denominada pela doutrina como *smurffering*³⁰.

O processo 0815994-85.2008.4.02.5101 do TRF2 cuidou de crimes de lavagem de dinheiro. Foram denunciadas 5 mulheres, das quais 4 foram condenadas (Amaelia Lins dos Santos, Sissy Toledo de Macedo Bullos Lins, Vanda de Oliveira Bullos e Luciana Gouveia dos Santos. As condutas por elas perpetradas pode ser resumida da seguinte forma: (i) Amaelia é

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação penal nº 0027367-84.2011.8.19.0203**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Ação penal nº 0815994-85.2008.4.02.5101**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

mãe do réu também condenado Álvaro Lins dos Santos, que, para dissimular a propriedade de bens, a utilizou como pessoa interposta na compra de dois apartamentos subavaliados e adquiridos com dinheiro auferido criminosamente; (ii) Sissy é esposa do réu também condenado Álvaro Lins dos Santos, que, para dissimular a propriedade de bens, a utilizou como pessoa interposta na compra de um apartamento subavaliado e de um veículo de luxo, ambos adquiridos com dinheiro auferido criminosamente; (iii) Vanda é sogra do réu também condenado Álvaro Lins dos Santos, que, para dissimular a propriedade de bem, a utilizou como pessoa interposta na compra de um veículo de luxo, adquirido com dinheiro auferido criminosamente; (iv) Luciana é ex-esposa do réu também condenado Álvaro Lins dos Santos, que, para dissimular a propriedade de bem, a utilizou como pessoa interposta na compra de um apartamento adquirido com dinheiro auferido criminosamente³¹.

Assim, pode-se entender que dentre os processos analisados, todas as 9 mulheres condenadas desempenharam papéis acessórios ou complementares aos crimes perpetrados por homens ou, ao menos, por homens instigados. Neste sentido, esquematiza-se:

0199215-17.2021.8.19.0001	A conduta da condenada foi incentivada por ameaças realizadas pelo seu companheiro e as drogas que ela transportou para dentro do presídio eram para benefício dele.
0027367-84.2011.8.19.0203	As três condenadas apenas geriam os bens pertencentes ao líder da milícia e emprestavam seus nomes para dissimular a propriedade deles. Destacase que apenas com a prisão dele, uma das condenadas, sua esposa, passou a ter certa ingerência sobre os bens.
0815994-85.2008.4.02.5101	A condenada, sob ordens de seu marido, também condenado por lavagem de capitais, sacava cheques emitidos pela empresa dele como forma de dissimular a origem de valores por ele recebidos em empreiteiras criminosas anteriores.
0815397-19.2008.4.02.5101	As quatro mulheres condenadas figuraram como meras interpostas para dissimular a origem e a propriedade de bens adquiridos por um homem. Merece destaque a existência de relação de parentesco entre os envolvidos, sendo as condenadas mãe, esposa, sogra e ex-esposa do verdadeiro

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Ação penal nº 0815397-19.2008.4.02.5101**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

	proprietário dos bens adquiridos com valores provenientes de crimes anteriores por ele perpetrados.
--	---

(Tabela 5: sistematização da análise qualitativa dos processos 0199215-17.2021.8.19.0001, 0027367-84.2011.8.19.0203, 0815994-85.2008.4.02.5101 e 0815397-19.2008.4.02.5101.)

Considerando as já mencionadas limitações do método de análise escolhido, pode-se entender que a averiguação substancial dos processos revelou certos tons de subordinação das mulheres condenadas à figuras masculinas, ainda que existente certa igualdade hierárquica entre os denunciados, como nos processos 0815994-85.2008.4.02.5101 e 0199215-17.2021.8.19.0001. De semelhante maneira, é observável nos processos envolvendo organizações criminosas, 0027367-84.2011.8.19.0203 e 0815397-19.2008.4.02.5101, as mulheres atuavam em submissão hierárquica a figuras masculinas ou como mero instrumentos para estas. Assim, é cabível a compreensão de que, configurando uma possível instauração dos fenômenos do *glass ceiling* e do *sticky floor* inclusive na organização para prática de crimes complexos.

5. Conclusão

Ao que tudo indica, entender vulnerabilidade de gênero carrega como premissa pensar nos processos de construção da subjetividade. Consonante à literatura especializada, pode-se afirmar que a existência de um menor número de mulheres envolvidas em delitos de colarinho branco está relacionada a sua baixa representatividade nos quadros corporativos, majoritariamente masculinos, advindo do privilégio de acesso às redes atinentes a essa prática. Contudo, ainda que em um contexto mais paritário, com significativa representatividade feminina em altos cargos, observa-se que o cenário se repete e a participação de mulheres em tais crimes continua baixa.

O sucinto levantamento de acórdãos condenatórios, ou confirmatórios da condenação, que, no período entre 1/1/2018 e 12/2/2023, cuidaram de crimes da Lei de Organizações Criminosas e da Lei de Lavagem de Capitais no âmbito TJRJ e do TRF2 corrobora com as aludidas conclusões de Benson e Gottschalk sobre a participação feminina na criminalidade econômica, pois dos resultados de pesquisa considerados, apenas 14% possuíam envolvimento de mulheres. Ademais, ao se examinar o papel efetivamente desempenhado pelas condenadas na empreitada criminosa, assim como suas contadas, percebeu-se que, em certa medida, todas

foram balizadas pela superestrutura patriarcal e conotaram determinante submissão à vontade de uma figura masculina.

Na forma demonstrada na breve análise de casos, é cabível concluir que as segregações ocupacionais em razão do gênero, seja em sua dimensão horizontal (*sticky floor*), na sua dimensão vertical (*glass ceiling*), também repercutem na criminalidade do colarinho branco, ensejando um ostracismo e uma inferiorização da figura feminina até mesmo em um contexto criminal. Tal diferenciação, possivelmente, se deve ao fato da socialização da mulher ser erigida a partir da identidade cuidadora, o que lhes tolhe privilégio social e cerceia sua rede de contatos, requisitos comuns para perpetração dos crimes típicos da alta camada da sociedade, bem como lhes confere menor predisposição ao risco se comparadas aos homens.

Assim, demonstra-se necessário o início de uma discussão sobre a criação da identidade feminina a partir da instauração de um sistema de acumulação de capital no âmbito do feminismo econômico, não só a partir da segregação ocupacional, mas de suas consequências lastreadas em uma histórica clivagem, onde são criadas figuras de vulnerabilidade. De semelhante maneira, mas na seara da criminologia e das Ciências Criminais como um todo, é preciso atentar-se às influências que a superestrutura patriarcal exerce nas dinâmicas delitivas, expandido os estudos e debates relativos a este fator interseccional para além da vitimização sofrida pelas mulheres e da política de drogas, de modo a abranger a criminalidade típica das classes sociais dominantes, os *white collar crimes*.

6. Referências bibliográficas

BENSON, Michael L. and GOTTSCHALK, Petter. **Gender and white-collar crime in Norway: An empirical study of media reports**. International Journal of Law, Crime and Justice. 28 January 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação penal nº 0027367-84.2011.8.19.0203**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação penal nº 0199215-17.2021.8.19.0001**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Consulta Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 12/2/2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Ação penal nº 0815397-19.2008.4.02.5101**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Ação penal nº 0815994-85.2008.4.02.5101**. Disponível em: <<https://tjrj.pje.jus.br/1g/login.seam>>. Acesso em 12 fev 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Consultas e Serviços**. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=&q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF>. Acesso em: 12 fev 2023.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

ENRIQUEZ, C. **Análise Econômica para a Igualdade: as contribuições da economia feminista**. In: JÁCOME, M.; VILELA, S. (org.). **Orçamentos Sensíveis a Gênero: Conceitos**. Brasília: ONU Mulheres, 2012.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno. **Teto de vidro, piso pegajoso e desigualdade de gênero no mercado de trabalho brasileiro à luz da economia feminista: por que as iniquidades persistem?**. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 26 | p. 79-103 | jan./jun. 2019 | E-ISSN 2359-2419.

FEDERICI, SILVIA, **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

GALVIN, Miranda A. **Gender and White-Collar Crime** – Theoretical Issues. Criminal Justice Studies, DOI: 10.1080/1478601X.2020.1709954.

LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. **Crítica ao feminismo liberal: Valor-clivagem e marxismo feminista**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

LENER, Gerda. A criação do Patriarcado: a história da opressão de mulheres pelos homens. São Paulo: Editora Cultrix, 2019.

NELSON, J. **The study of Choice or the Study of Provisioning?: Gender and the Definition of Economics**. In: FERBER, M.; NELSON, J. (ed.). Beyond economic man: feminist theory and economics. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

SCHOLZ, Roswitha. **Das Geschlecht des Kapitalismus: Feministische Theorie und die postmoderne Metamorphose des Patriarchats**. Horlemann. [Excertos]. 2000.

STEFFENSMEIER, Darrell, ALLAN, Emilie. **Gender and crime: toward a gendered paradigm of female offending**. Annu.Rev. Sociol. 1996.