

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Procurador de Justiça na Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS

Costuma-se dizer, e ser dito aqui e alhures, que o Brasil é o país da corrupção e da lavagem de dinheiro. Afirma-se, inclusive, que se trata de um fenômeno endêmico, portanto, algo como uma *“doença que existe constantemente em determinado lugar e ataca número maior ou menor de indivíduos.”*¹ E que existiu desde sempre!

Em reforço a esta afirmação, lembra-se, inclusive, da Carta de Pero Vaz de Caminha, escrita desde Porto Seguro, da Ilha de Vera Cruz, no primeiro dia do mês de maio do ano de 1500, quando descoberto foi o Brasil. Ao final da sua primeira missiva escrita em terras brasileiras, o escriba da Corte pede a D. Manoel I, então o rei de Portugal e dos Algarves, - “o venturoso”, segundo o povo - um *“favorzinho”* para o seu genro, um tal Jorge de Osório. Escreveu o escrivão da armada de Pedro Álvares Cabral: *“Senhor, posto que o Capitão-mor desta vossa frota, e assim os outros capitães escrevam a Vossa Alteza a nova do achamento desta vossa terra nova, que ora nesta navegação se achou, não deixarei também de dar disso minha conta a Vossa Alteza, assim como eu melhor puder, ainda que - para o bem contar e falar - o saiba pior que todos fazer.”* (...) *“E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro - o que d’Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza.”*²

Já outros atribuem à corrupção e à lavagem de dinheiro um caráter sistêmico - tomando-se o conceito de sistema um uma acepção mais geral, menos filosófica, digamos assim -, posto que já enraizada no *“complexo de estruturas, de procedimentos e de funções”*, bem como no *“conjunto de instituições, grupos ou processos políticos.”*³

O certo é que, de uma maneira ou de outra, não há como negar que a corrupção e a lavagem de dinheiro são fatos criminosos presentes na sociedade brasileira. Nada obstante, não se pode assim simplificar a discussão.

Uma primeira questão é saber, por exemplo, se a corrupção se trata de um fato tipicamente brasileiro. De outro lado, cabe também indagar a forma como se deve - e é possível - combater a corrupção e, conseqüentemente, a lavagem de capitais.

1 Dicionário Aurélio, verbete “endemia”.

2 Jessé de Souza discorda desse fato histórico ser apontado como um sinal do início da corrupção no Brasil. Diz ele: *“Mas se fala muita bobagem, como a que diz que a carta do Pero Vaz de Caminha já chega pedindo um favor. Isso é uma bobagem indescritível. Porque os caras faziam isso na França, na Inglaterra... claro! O Rei mandava e eles tinham que puxar o saco do Rei mesmo, então que diabo é isso, falam como se fosse uma coisa singular brasileira. Isso é uma coisa imbecil.”* (<http://www.saibamais.jor.br/2017/10/15/lava-jato-e-mascara-nova-de-uma-farsa-que-tem-100-anos/>, acessado dia 17 de outubro de 2018).

3 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, Dicionário de Política, Vol. 2, Editora UnB, 10ª edição, 1997, páginas 1157 e 1163.

De início é preciso compreender que a corrupção *“é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima. Amolda-se ao funcionamento de um sistema, em particular ao modo como se tomam as decisões.”* Ela *“está também relacionada com a cultura das elites e das massas”,* acentuando-se *“com a existência de um sistema representativo imperfeito e com o acesso discriminatório ao poder de decisão.”*⁴ Portanto, *“quanto mais ameaçada se sentir, tanto mais a elite recorrerá a meios ilegais e à corrupção para se manter no poder.”* Assim, *“são notáveis os efeitos da corrupção no funcionamento de um sistema político.”*⁵ E não só do sistema político, pois, *“de um modo geral, a corrupção é fator de desagregação do sistema”*⁶, seja o político, o jurídico ou o econômico.

Por óbvio, que não se trata de um fenômeno tipicamente brasileiro ou que esteja mais ou menos presente em nosso País - muitíssimo pelo contrário, aliás. De acordo com o novo relatório da organização não governamental Transparência Internacional, divulgado no dia 25 de janeiro deste ano de 2017, a nova edição do Índice de Percepção da Corrupção mediu os níveis percebidos de corrupção no setor público em 176 países, com base na opinião de especialistas. Os países receberam notas que variam de 0 a 100. Quanto mais próxima de zero for a pontuação, mais corrupto é o setor público daquele lugar. Ao todo, dois terços de todos os países listados no índice têm uma pontuação abaixo de 50, em uma escala de 0 (considerado o mais corrupto) a 100 (considerado o menos corrupto).⁷

Em 79.º lugar, o Brasil está entre os que mais perderam posições nos últimos cinco anos de ranking. Segundo a Transparência Internacional, nenhum país é livre da corrupção. A Somália, o Sudão do Sul e a Coreia do Norte são os piores casos. A Dinamarca e a Nova Zelândia são os melhores exemplos.⁸

| Países mais corruptos | Pontuação / 100 | Países menos corruptos | Pontuação/100 |
|---------------------------|-----------------|------------------------|---------------|
| Somália | 10 | Dinamarca | 90 |
| Sudão do Sul | 11 | Nova Zelândia | 90 |
| Coreia do Norte | 12 | Finlândia | 89 |
| Síria | 13 | Suécia | 88 |
| Iêmen | 14 | Suíça | 86 |
| Sudão | 14 | Noruega | 85 |
| Líbia | 14 | Singapura | 84 |
| Afganistão | 15 | Holanda | 83 |
| Guiné-Bissau | 16 | Canadá | 82 |
| Venezuela | 17 | Alemanha | 81 |
| Iraque | 17 | Luxemburgo | 81 |
| Eritreia | 18 | Reino Unido | 81 |
| Angola | 18 | Austrália | 79 |
| República do Congo | 20 | Islândia | 78 |
| Haiti | 20 | Bélgica | 77 |
| Chade | 20 | Hong Kong | 77 |
| República Centro-Africana | 20 | Áustria | 75 |
| Burundi | 20 | Estados Unidos | 74 |

| | | | |
|--------------------------------|----|---------|----|
| Uzbequistão | 21 | Irlanda | 73 |
| República Democrática do Congo | 21 | Japão | 72 |

Vê-se, portanto, que a corrupção não foi algo inventado pelo Brasil (como diria Nietzsche⁹), muito antes pelo contrário, pois decorrente do próprio sistema político ou do sistema econômico.

Um sistema político antidemocrático como o nosso tende a facilitar a corrupção. E vejam que criticar o sistema político de maneira firme não significa criminalizar a política ou os políticos, como se faz também hoje no Brasil. A política, seja em que sentido for tomada a palavra, é fundamental para a Democracia e para a realização do Estado Democrático de Direito. Afinal, se se *“encontram na mesma linha a falta de saída em que caiu nosso mundo e a expectativa de milagres, essa expectativa de modo algum nos remete para fora do âmbito político original. Se o sentido da política é a liberdade, então isso significa que nós, nesse espaço, e em nenhum outro, temos de fato o direito de ter a expectativa de milagres. Não porque acreditemos (religiosamente) em milagres, mas porque os homens, enquanto puderem agir, são aptos a realizar o improvável e o imprevisível, e realizam-no continuamente, quer saibam disso, quer não.”*¹⁰

Quando me refiro às mazelas do sistema político brasileiro estou particularizando-as, lembrando-me, por exemplo, do chamado “presidencialismo de coalização”, no qual o sujeito eleger-se com o voto popular e, depois de escolhido pelo povo, alia-se a Deus e ao Diabo na Terra do Sol (Glauber). Ademais, como se deu, e como se dará, afinal, o financiamento das campanhas políticas? As pessoas físicas, doravante, doarão aos seus candidatos por mero diletantismo? Efetivamente, impediu-se que empresas privadas, via pessoas físicas, façam doações milionárias aos seus candidatos e às respectivas corporações? Claro que não! E como será mesmo distribuído o horário político na televisão e no rádio? E o que dizer dos “partidos de aluguel”, verdadeiras cooperativas de arrecadação de dinheiro para os seus “idealizadores”?

A questão, por óbvio!, não é a política em si, mas como se estrutura em nosso país o sistema político, e há décadas. Sem preconceito, pois, *“em nosso tempo, ao se pretender falar sobre política, é preciso começar por avaliar os preconceitos que todos temos contra a política – visto não sermos políticos profissionais”, como observa Arendt. Para ela, “no entanto, esses preconceitos não são juízos definitivos. Indicam que chegamos em uma situação na qual não sabemos – pelo menos ainda – nos mover politicamente. O perigo é a coisa política desaparecer do mundo.”*¹¹

Como afirmava Milton Santos, *“as formas tradicionais de fazer política são um modelo de atraso, pois a canalização eficaz das queixas e reivindicações dos de baixo é impedida pela política dos de cima. É a partir dessas constatações que os partidos do progresso e os setores de*

9 “Quando fala de invenção, Nietzsche tem sempre em mente uma palavra que opõe a invenção, a palavra origem. Quando diz invenção é para não dizer origem; quando diz *Erfindung* é para não dizer *Ursprung*.” Assim, por exemplo, dizia o filósofo alemão que a religião não tinha origem, pois ela foi inventada: “em um dado momento, algo aconteceu que fez aparecer a religião. A religião foi fabricada. Ela não existia anteriormente.” Como a poesia também: “um dia alguém teve a ideia bastante curiosa de utilizar um certo número de propriedades rítmicas ou musicais da linguagem para falar, para impor suas palavras, para estabelecer através de suas palavras uma certa relação de poder sobre os outros. Também a poesia foi inventada ou fabricada.” (FOUCAULT, Michel, “A verdade e as formas jurídicas”, Rio de Janeiro, PUC Rio, 3ª. edição, 2ª. reimpressão, 2005, páginas 14 e 15).

10 ARENDT, Hannah, *A Dignidade da Política – Ensaios e Conferências*, Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 3ª. edição, 2002, página 122.

11 ARENDT, Hannah, *O que é política – Fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz*, Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil Ltda., 2002, 3ª. edição, página 100.

*boa vontade de alguns outros podem entregar-se a uma tarefa de renovação, facilitada pelo fato de que, em tempos de globalização, tudo é política.”*¹²

Muito também a propósito, Beck afirma que no mundo atual deu-se, gradativamente, *“a perda de importância do parlamento como centro de formação da vontade racional. Decisões que, de acordo com o texto constitucional, incumbiriam ao parlamento e a cada um dos deputados, passaram a ser tomadas cada vez mais, de um lado, por líderes de bancadas parlamentares e sobretudo no seio dos aparatos partidários, de outro lado, porém, pela burocracia estatal.”*¹³

(Aqui, cabe um parêntese para uma reflexão acerca do papel da mídia na sociedade brasileira. Há democracia neste setor? Existe algum sinal de democratização no uso da comunicação brasileira, uma concessão que é do Estado? Quais brasileiros têm, efetivamente, acesso a uma informação verdadeiramente plural? Como nota Hobsbawm, a função política dos meios de comunicação ampliou-se, pois agora chegam *“a todas as casas, proporcionando de longe o mais poderoso meio de comunicação da esfera pública para homens, mulheres e crianças”, transformando-os em “grandes atores no cenário público” e “um componente mais importante do processo político que os partidos e os sistemas eleitorais.” Não são, em definitivo, muito pelo contrário, “um meio para um governo democrático.”*¹⁴)

Por outro lado, um sistema econômico perverso e não igualitário, também como o nosso, produz, reproduz e facilita a corrupção. Mais do que o capitalismo safaro, falamos aqui de um seu aspecto que se costumou chamar de neoliberalismo, mais nocivo que o liberalismo. Em um certo sentido, deve-se, hoje, até sentir uma nostalgia dos velhos liberais da economia, pois não eram, ao menos, tão insensíveis à existência humana. Acham - os neoliberais - que *“se os homens simplesmente não se metessem a impedir o curso natural das coisas com seus projetos e seus planos, tudo iria da melhor maneira no melhor dos mundos. Esse curso natural consiste na ausência de todo obstáculo erguido ante a livre concorrência, e portanto de toda intervenção estatal para corrigir os eventuais efeitos indesejáveis dela.”*¹⁵

E quando falamos de neoliberalismo não o fazemos apenas em um sentido econômico, mas como um verdadeiro jeito de ser e de se comportar uns diante dos outros, uma falta absurda de solidariedade humana, um consumir desenfreado e uma gana de possuir para além de qualquer limite, que não encontra espaço para que outrem também o tenha – ou, o que é mais grave, não tenha vontade de o ter! Como dizem Dardot e Laval, *“o neoliberalismo é precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade”, razão pela qual “muitos psicanalistas dizem receber no consultório pacientes que sofrem de sintomas que revelam uma nova era do sujeito. Esse novo estado subjetivo é frequentemente referido na literatura clínica a amplas categorias, como a ‘era da ciência’ ou o ‘discurso capitalista’.”*¹⁶

A consequência é que *“as pessoas alteram seu comportamento porque pagamentos regulares e grande capacidade de crédito lhes dá acesso à mais extraordinária gama de escolhas, de roupas e restaurantes, a viagens de volta ao mundo. O controle social passa a localizar-se não apenas na performance no trabalho, mas no status financeiro”,* levando com que as pessoas

12 SANTOS, Milton, *O país distorcido*, São Paulo: Publifolha, 2002, 3ª. edição, página 108

13 BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, Rio de Janeiro: Editora 34, 2011, 2ª. edição, página 281.

14 HOBBSAWM, Eric, *Era dos Extremos – O breve século XX – 1914/1991*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 2ª. edição, 46ª. reimpressão, página 559.

15 TODOROV, Tzvetan, *Os Inimigos Íntimos da Democracia*, São Paulo: Companhia das Letras, 1ª. reimpressão, 2014, página 100.

16 DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian, *A Nova Razão do Mundo – Ensaio sobre a sociedade neoliberal*, São Paulo: Editora Boitempo, 2016, páginas 34 e 321.

sejam tratadas “como mercadorias, como coisas e como essências.”¹⁷

O neoliberalismo atinge todas as esferas do viver e do conviver. E o faz de uma maneira tão nociva que contamina a todos, ainda que a grande maioria nem sequer se dê conta do desastre que, mais cedo ou mais tarde - ou agora! - ocorrerá. Há no mundo, e no Brasil não poderia se dar o oposto, o que Milton Santos chamava de “*uma concorrência superlativa entre os principais agentes econômicos – a competitividade*”, permitindo “*a emergência de um lucro em escala mundial, buscado pelas firmas globais que constituem o verdadeiro motor da atividade econômica*”, “*produzindo ainda mais desigualdades. E, ao contrário do que se esperava, crescem o desemprego, a pobreza, a fome, a insegurança do cotidiano, num mundo que se fragmenta e onde se ampliam as fraturas sociais.*”¹⁸ Sem dúvidas, “*o modelo de desenvolvimento neoliberal, dada a sua maior dependência dos mercados e do setor privado, exige um marco jurídico para o desenvolvimento que fomenta o comércio, os investimentos e o lucro.*”¹⁹

Mais um parêntese, ainda que mais longo:

(Segundo uma recente pesquisa realizada e divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a desigualdade social e econômica no Brasil fez com que apenas 2,7% das famílias acumulassem 20% do total da renda. A coleta da pesquisa foi realizada nas áreas urbana e rural de todo o país no período de junho de 2017 a julho de 2018. Nossas famílias tiveram uma renda média de R\$ 5.426,70. O estudo trouxe informações sobre a composição orçamentária doméstica e a respeito das condições de vida da população, incluindo a percepção subjetiva da qualidade de vida, apontando-se que apenas 1,8 milhão de famílias com renda superior a dez salários mínimos em 2017 receberam 19,9% de todo o valor de rendimentos, seja em salários ou variações patrimoniais. A renda média foi de R\$ 40,4 mil entre as famílias. Hipoteticamente, e para mostrar a desigualdade de renda no país, a pesquisa fez uma simulação de como seria a renda brasileira se fosse retirado esse grupo do total de renda. Neste caso, “*se apenas os valores recebidos por este grupo fossem repartidos igualmente por todas as famílias brasileiras, o valor médio mensal cairia para R\$ 2.942,66, o que equivale a pouco mais da metade da média global.*”²⁰ A pesquisa revelou também que as despesas de consumo — alimentação, habitação e transporte — comprometeram 72,2% dos gastos das famílias brasileiras, mostrando que nas últimas décadas os gastos com alimentação foram caindo em relação a outras despesas que cresceram, como habitação e transporte. Estes números foram analisados sob os mais variados aspectos, especialmente o econômico e o social; todas as análises — ou quase todas — foram importantes e trouxeram conclusões fundamentais para compreender o Brasil atual e avaliar as perspectivas do nosso país. Nada obstante, ao menos que tenha sido publicado até a data em que foi escrito este texto, não li, nem sequer ouvi, qualquer exame, crítica ou interpretação acerca da pesquisa, desde um ponto de vista jurídico e, mais especialmente, relacionando-a com o nosso sistema de justiça criminal. Ademais, também não tive conhecimento de algum estudo comparativo entre esta pesquisa do IBGE e o Atlas da Violência 2019, divulgado um pouco antes pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Neste, mostrou-se que em 2017 houve 65.602 homicídios, equivalendo, aproximadamente, a 31,6 mortes para cada cem mil habitantes, tratando-se “*do maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país.*” Estes números

17 YONG, Jock, *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, páginas 279 e 285.

18 SANTOS, Milton, “O país distorcido, São Paulo”, *Publifolha*, 2002, 3ª. edição, página 80

19 SANTOS, Boaventura de Souza, “Para uma revolução democrática da Justiça”, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, páginas 30 e 31.

20 <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/04/ibge-27-das-familias-concentram-20-de-toda-a-renda-brasileira.htm>, acessado em 04 de outubro de 2019.

tornam-se ainda mais dramáticos quando se leva em conta “*que a violência letal acomete principalmente a população jovem*”, sendo que mais da metade (cerca de 59,1%) “*do total de óbitos de homens entre 15 a 19 anos são ocasionados por homicídio.*” E, ainda mais assustador, foi a constatação de que “*a morte prematura de jovens (15 a 29 anos) por homicídio é um fenômeno que tem crescido no Brasil desde a década de 1980*”, dando-se “*exatamente no momento em que o país passa pela maior transição demográfica de sua história, rumo ao envelhecimento, o que impõe maior gravidade ao fenômeno.*” Nesta segunda pesquisa, mereceu destaque, e não poderia ser de outra maneira, a violência contra os negros, verificando-se “*a continuidade do processo de aprofundamento da desigualdade racial nos indicadores de violência letal no Brasil, já apontado em outras edições.*” Assim, em 2017, 75,5% das vítimas de homicídio foram negros (entre pretos e pardos, conforme critério adotado pelo IBGE), “*sendo que a taxa de não negros (brancos, amarelos e indígenas) foi de 16,0%.*” Assim, ao menos proporcionalmente às respectivas populações, “*para cada indivíduo não negro que sofreu homicídio em 2017, aproximadamente, 2,7 negros foram mortos.*” Constatou-se, portanto, “*a continuidade do processo de profunda desigualdade racial no país*”, ficando “*evidente a necessidade de que políticas públicas de segurança e garantia de direitos devam, necessariamente, levar em conta tais adversidades, para que possam melhor focalizar seu público-alvo, de forma a promover mais segurança aos grupos mais vulneráveis.*” Este estudo constata que é preciso enfrentar com “*urgência o legado da escravidão, pois somos um país extremamente desigual não apenas economicamente, mas racialmente*”, concluindo, com absoluto acerto e incontestável correção, ser “*fundamental investimentos na juventude, por meio de políticas focalizadas nos territórios mais vulneráveis socioeconomicamente, de modo a garantir condições de desenvolvimento infanto-juvenil, acesso à educação, cultura e esportes, além de mecanismos para facilitar o ingresso do jovem no mercado de trabalho.*” Entendo que as duas questões — a desigualdade socioeconômica e a violência, urbana e rural — encontram-se intrinsecamente ligadas, e ambas ajudam a explicar a extraordinária população carcerária do Brasil, apenas superada, em números, pelos Estados Unidos e pela China. E, obviamente, não se trata aqui de uma criminalização da pobreza, muito pelo contrário! Constata-se apenas que, se a seletividade é uma marca característica do próprio sistema penal, desde sempre e em quase todo o lugar, no Brasil ela se mostra ainda mais visível, e com uma clareza absurda, evidenciada muito especialmente pelo perfil dos que estão sujeitos à punição e aos suplícios em nosso país).

A corrupção, portanto, é consequência também de um modo de vida neoliberal. Aliás, hoje já se fala em uma terceira fase, o ultraliberalismo: “*Após os atentados de 11 de setembro, os Estados que adotaram essa ideologia, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, aumentaram seu controle sobre as liberdades civis, enquanto deixavam plena liberdade aos agentes econômicos individuais. A partir desse momento, entramos no ultraliberalismo.*” Assim, “*enquanto os benefícios permanecem individuais, os riscos são socializados.*”²¹

E o sistema jurídico? Pobre dele, ou quão ingênuo é, quando acredita poder dar cabo a crimes, como o de corrupção e o de lavagem de dinheiro. E, pior, quando rasga todas as regras do jogo (democrático, processual e constitucional) em nome do combate aos corruptos e aos lavadores do dinheiro, que só se multiplicam na mesma razão em que se propagam as mazes do sistema político e do sistema econômico. O que não se entende, por ingenuidade, por ignorância ou por má-fé, é que o poder, como afirmava Kelsen, “*é a capacidade de influenciar outros. Uma pessoa tem o poder sobre os outros se ela pode levá-los a agir de acordo com sua vontade. O poder não é, portanto, nem político nem econômico, mas político e econômico, são os*

21 SANTOS, Boaventura de Souza, “Para uma revolução democrática da Justiça”, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, p. 102.

meios pelos quais tal comportamento é obtido.”²² Também Foucault tratou muitas vezes desta questão, ainda que com enfoque diferente.

O grande, e preocupante problema, como anota Boaventura Santos, é que o Poder Judiciário passou a se assumir “como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo.” Assim, “o combate à corrupção que, em regra, surge devido a uma certa conjuntura política, leva a que muitos dos conflitos políticos acabem por ser resolvidos em tribunal. É esse o momento em que se verifica uma das faces da judicialização da política. Defendo que há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política”, atingindo, por conseguinte, “o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Neste contexto, temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário.”²³

É, sem dúvidas, o caso brasileiro.

Óbvio que os arautos da moralidade continuarão bradando a bandeira brasileira, como surtados, em busca da salvação, ou recolhendo assinaturas da população, (in)devidamente manipulada, para um novo projeto de lei quimérico.

A questão é: quem quer mesmo a ajuda deles? E eles são mesmo capazes disso ou não passam de “(mais) uns idiotas úteis da mercadoria?”²⁴ Obviamente que não se prega a impunidade. O que se repudia com veemência é o uso que se faz do sistema jurídico como estratégia de controle social e político (Zaffaroni e Foucault).

É preciso, destacando-lhes a importância para o Estado Democrático de Direito, realçar a urgente necessidade de democratização do Poder Judiciário e do Ministério Público, este, nos termos do art. 127, da Constituição Federal, defensor da ordem jurídica e do regime democrático, evitando-se que o sistema jurídico torne-se alvo “e, por vezes, refém dos meios de comunicação social.” De toda maneira, “o alcance e o sentido de uma refundação democrática do judiciário irão, contudo, depender da orientação local das reformas judiciais em cada país e da intensidade da influência exercida pela globalização hegemônica do direito e da justiça.”²⁵

Assim, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, antes de se preocuparem em punir os respectivos membros que se expressam livremente – exercendo a sua cidadania, como lhes permite a Constituição Federal – e de legislarem via resoluções, deveriam, efetivamente, atuar como órgãos de controle externo (e não interno, pois para isso já existem as respectivas Corregedorias – que, é bem verdade, deveriam funcionar). Não há a participação da sociedade no controle externo do Poder Judiciário, visto que, dos seus quinze conselheiros, nove são escolhidos dentre membros da própria Magistratura, dois integrantes da carreira do Ministério Público, dois representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e apenas dois representantes da sociedade civil (art. 103-B da Constituição Federal).

O mesmo ocorre no Conselho Nacional do Ministério Público, sendo oito conselheiros escolhidos dentre membros da própria carreira, dois Magistrados, dois Advogados e apenas dois representantes da sociedade civil (art. 130-A da Constituição)

Também é necessário observar o modo e a forma como hoje, e desde sempre, dá-se a

22 MIGLINO, Arnaldo, *As cores da democracia*, Curitiba: Empório do Direito, 2016, 2ª. edição, página 118.

23 SANTOS, Boaventura de Souza, *Para uma revolução democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, páginas 22, 29 e 30.

24 MARTINS, Rui Cunha, *A hora dos cadáveres adiados – Corrupção, expectativa e processo penal*, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, página 77.

25 SANTOS, Boaventura de Souza, *Para uma revolução democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, páginas 30 e 32.

seleção dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, afastando-se, outrossim, o corporativismo e os privilégios que dele decorrem.

Ademais, o excessivo protagonismo do Poder Judiciário – referido por Boaventura de Souza Santos - “leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver”, o que acaba sendo um grave problema, pois, “quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema.” E se tais “expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração.”²⁶

Foi o que ocorreu na Itália, cujo resultado da Operação Mãos Limpas foi o aumento da corrupção, a destruição de partidos políticos e a ascensão como Primeiro-Ministro de um aventureiro corrupto, Silvio Berlusconi, Presidente do Conselho de Ministros da Itália entre 1994 e 1995, de 2001 a 2005, entre 2005 e 2006 e de 2008 a 2011.

É urgente, outrossim, repensar o papel do Juiz no atual processo penal brasileiro e a sua impertinente iniciativa persecutória/instrutória. Vejam, por exemplo, os arts. 5º, II (a requisição de inquérito policial), 28 (o procedimento de arquivamento do inquérito policial), 83 (a prevenção), 155 (o valor probatório dos atos investigatórios), 156 (o ônus da prova), 385, etc, todos do Código de Processo Penal. Neste sentido, urge uma reforma processual penal total, revogando-se o vigente Código de Processo Penal.

Outra grave distorção em nosso sistema jurídico é o uso abusivo da prisão provisória, muita vez decretada sob o duvidoso – e sequer definível - critério da garantia para a ordem pública.²⁷ Olvida-se do princípio da inocência com uma facilidade criminoso. Veja-se que até a Suprema Corte, liderada pelo Iluminista maior, rendeu-se aos apelos da opinião pública, autorizando a prisão provisória após a decisão de segundo grau.

A propósito, lembremos que Hitler foi, em certo aspecto e para os seus propósitos, de todo eficiente, pois “los profesores de derecho desempeñaron un papel importante en el declive del derecho durante el tercer Reich. Brindaron un ropaje filosófico a los actos arbitrarios y los crímenes de los nazis, que sin esse disfraz se habrían reconocido claramente como actuaciones ilegítimas. Prácticamente no hubo desafuero alguno perpetrado por los nazis que no hubiese sido reconocido durante el régimen como ‘supremamente justo’ y que no hubiese sido defendido después de la guerra por los mismos académicos, valiéndose de los mismos dudosos argumentos en cuanto a su ‘justificación’ o incluso su ‘conveniencia’ desde un punto de vista jurídico.”²⁸ Será que não vamos aprender com a História?

Pois bem.

Em nome do combate à corrupção e da lavagem de dinheiro, fez-se da colaboração premiada a grande fonte – a rainha! - de obtenção de prova. No Brasil, tem-se como seu marco legal a Lei nº. 8.070/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos.

Porém, a colaboração premiada “remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal

26 *Idem*.

27 “A noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla. Não se trata, apenas, da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa moral.” (José Cretella Júnior, apud Álvaro Lazzarini et alii, *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, 2ª. edição, página 7). “Nada mais incerto em Direito do que a noção de ordem pública. Ela varia no tempo e no espaço, de um para outro País e, até mesmo, em um determinado País de uma época para outra. Procurar definir o temo ordem pública é aventurar-se a pisar em areias movediças.” (Álvaro Lazzarini et alii, *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, 2ª. edição, página 6).

28 MÜLLER, Ingo, *Los Juristas del Horror*, Bogotá: Inversiones Rosa Mística Ltda., 2009, página 101.

de 1830. O Título VI do Código Filipino, que definia o crime de Lesa Majestade, tratava da delação premiada no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica 'Como se perdoará aos malfetores que derem outros á prisão' e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios.²⁹

Aliás, na Idade Média, no auge do processo de modelo inquisitivo, "um filho delator não incorre nas penas fulminadas por direito contra os filhos dos hereges e este é o prêmio pela sua delação. *In proemium delationis*."³⁰

Em 1998, com a Lei nº. 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), também se previu a diminuição de pena para o "colaborador espontâneo".

Por fim, o art. 4º. da Lei nº. 12.850/13 (Organização Criminosa) que, inclusive, prevê uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública quando houver a delação (§ 4º.).

Trata-se, obviamente, de mais uma indevida importação de um instituto adequado tipicamente ao sistema da **common law**, com ampla utilização nos Estados Unidos.

Objetivamente, segundo decidiu a 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº. 90.962, a "delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime."

Sem dúvidas, "no espectro do recrudescimento da legislação processual penal, visto como um reflexo da expansão desreolada da cultura da emergência, ganhou vigor a figura da delação premiada, sobretudo com a sua propagação no processo criminal italiano e estadunidense."³¹

Sem dúvidas, "o tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética insita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório, até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal em nosso direito positivo."³²

Esta questão ética parece-me importante quando se trata de colaboração premiada, pois, como afirmava Hegel, a ética é filosofia do direito, entre outras coisas porque "o Estado é a expressão máxima de eticidade, ou seja, a substancialização da moralidade nas instituições históricas que a garantem."³³

Se considerarmos que a normatividade jurídica em um Estado Democrático de Direito representa um parâmetro de organização e de conduta das pessoas (a depender de qual norma nos refirmos se, respectivamente, de segundo ou primeiro grau, no dizer de Bobbio), definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a colaboração premiada, em flagrante incitamento à transgressão de preceitos éticos intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo/constitucional.

Obviamente que não se trata aqui de uma discussão sobre Direito e Moral, mas de Direito e Ética. A traição (verdadeiro nome da colaboração, premiada ou não) demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para supostamente proteger seus cidadãos. A norma jurídica, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar con-

29 JESUS, Damásio de, https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=16323&Id_Cliente=10487, acessado em 14 de janeiro de 2001.

30 Manual da Inquisição, por Nicolau Eymereco, Curitiba: Juruá, 2001, (tradução de A. C. Godoy).

31 CARVALHO, Natália Oliveira de, "A Delação Premiada no Brasil", Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 78.

32 ESTELLITA, Heloisa, "A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal", Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: São Paulo, nº. 202, páginas 2 e 4.

33 HEGEL, Friedrich, "Princípios da filosofia do direito", Lisboa: Martins Fontes, 2ª. edição, 1976, p. 216.

dutas sérias, eticamente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a opinião pública (ou publicada) ou satisfazer aos setores economicamente privilegiados da sociedade.

Não se pode correr o perigo, já advertido e vislumbrado por Dante, lembrado por Miguel Reale, quando afirmou que o "Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a."³⁴

Como se pode exigir do governado um comportamento cotidiano decente se a própria norma estabelecida e imposta pelos governantes permite e galardoa um procedimento indecoroso? Como fica o homem de pouca ou nenhuma cultura (o que não o diminui, por evidente, muito ao contrário) ou mesmo aquele desprovido de maiores princípios/valores, diante dessa permissividade aética ditada pelo próprio Estado? Estamos ou não estamos diante de um paradoxo?

Como afirma Paulo Cláudio Tovo, "a delação premiada de comparsa nos parece uma violação ética com perigosas consequências no mundo do crime. Este não é o verdadeiro caminho da Justiça, importa, isto sim, na confissão que o Estado não tem capacidade científica de chegar à verdade."³⁵

Óbvio que o sistema jurídico deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. A Polícia e o Ministério Público, por exemplo, têm a obrigação de, por outros meios (menos eficientes, é bem verdade...), valer-se de meios efetivos para a consecução satisfatória de suas finalidades (que não são as mesmas dos sistemas econômico e político, diga-se de passagem), não sendo necessário, portanto, que uma lei use do prêmio ao delator como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição. Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Óbvio que o sistema jurídico deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. A Polícia e o Ministério Público, por exemplo, têm a obrigação de, por outros meios (menos eficientes, é bem verdade...), valer-se de meios efetivos para a consecução satisfatória de suas finalidades (que não são as mesmas dos sistemas econômico e político, diga-se de passagem), não sendo necessário, portanto, que uma lei use do prêmio ao delator como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição. Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Não podemos nos valer de meios escusos, em nome de quem quer que seja ou de qualquer bem, sob pena, inclusive, de sucumbirmos à promiscuidade da ordem jurídica corrompida.

Como diria Graciliano Ramos, já nos anos 30, estamos agora cheios de "energúmenos microcéfalos vestidos de verde a esgoelar-se em discursos imbecis, a semear delações."³⁶ Em nosso caso, seriam "energúmenos microcéfalos" engratados, embecados e togados!

E o que dizer do mau vezo de se prender provisoriamente com o manifesto fim de obter a delação premiada? Hoje no Brasil, decreta-se a prisão provisória sem absolutamente nenhuma necessidade. Deixa-se o sujeito (de direitos) preso por meses, (torturando-o, portanto), até que ele sucumbe e resolve falar para escapar da punição e obter os "prêmios" os mais estapafúrdios,

34 REALE, Miguel, "Lições Preliminares de Direito", São Paulo: Saraiva, 19ª. ed. 1991, p. 60.

35 Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº. 154, p. 9.

36 Memórias do Cárcere, Vol. 1, p. 51.

ilegais mesmo, como se viu na “Operação Lava Jato”.

A propósito, vejamos o que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, ao ser questionado a respeito da postura do Juiz Federal junto à “Operação Lava Jato”: “Não posso desconhecer que se logrou um número substancial de delações premiadas e se logrou pela inversão de valores, prendendo para, fragilizado o preso, alcançasse a delação. Isso não implica avanço, mas retrocesso cultural. Imagina-se que de início a delação premiada seja espontânea e surja no campo do direito como exceção e não regra. Alguma coisa está errada neste contexto.”³⁷

Portanto, para concluir, entendo que, ao invés de procurarmos soluções a partir de nossas próprias peculiaridades, e desde um ponto de vista de nossa realidade socioeconômica e latino-americana, vamos à procura — muitas vezes como desvairados — de soluções estrangeiras e, como tais, dissociadas de uma existência toda nossa e muito peculiar, particularmente em razão de nossas origens escravocratas, nunca superadas. A grande maioria de nossos acadêmicos, juristas e “atores” jurídicos, especialmente aqueles que trabalham, teoricamente e na prática, com o direito criminal, ao que parece, vive, trabalha, estuda e pesquisa a partir de uma abstração da realidade brasileira quase que doentia. Freud certamente explicaria este fenômeno, desde uma visão psicanalítica.

Uma pena que seja assim, pois eles esquecem(?) que “*ser internacional não é ser universal, e para ser universal não é necessário situar-se nos centros do mundo. Inclusive pode-se ser universal ficando confinado à sua própria língua, isto é, sem ser traduzido. Não se trata de dar as costas à realidade do mundo, mas de pensá-la a partir do que somos, enriquecendo-a universalmente com as nossas ideias; e aceitando ser, desse modo, submetidos a uma crítica universalista e não propriamente europeia ou norte-americana.*”³⁸

Portanto, deixemos de fetiches alienígenas e vejamos que enquanto mantivermos esta estrutura social (Rusche e Kirchheimer), racial e econômica tão desigual, nada mudará, muito menos com uma política de extermínio, sustentada pelo poder político, financiada pelo poder econômico e instrumentalizada pelo poder jurídico.

³⁷ <http://www.conjur.com.br/2015-jun-03/financiamento-privado-custara-caru-sociedade-marco-aurelio>, acessado no dia 05 de fevereiro de 2016.

³⁸ SANTOS, Milton, “O País Distorcido”, São Paulo: Publifolha, 2002, p. 52. Este texto do grande baiano Milton Santos é de 02 de maio de 1999.

LIMITES DA RENÚNCIA A DIREITOS NOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA

LIMITS OF RIGHTS RESIGNATION IN PLEA BARGAIN AGREEMENTS

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO¹
RAFAELA ALBAN CERQUEIRA²

Resumo: em decorrência dos diversos questionamentos levantados no âmbito da Operação Lavajato, o presente artigo apresenta o instituto da delação ou colaboração premiada no Direito penal brasileiro, enfrentando, além da sua origem e características, a posição de vulnerabilidade do réu colaborador e a necessidade de imposição de limites nas cláusulas do acordo. Considerado como um negócio jurídico, observa-se que o acordo de delação premiada deve respeitar a inegociabilidade de determinados direitos fundamentais que não podem ser objeto de renúncia pelo investigado ou réu.

Palavras chave: delação premiada – cláusulas – renúncia – direitos fundamentais - Direito penal.

Abstract: due to the various questions raised in the context of “Operation Lavajato”, the present article presents the institution of the plea bargain in Brazilian criminal law, facing, in addition to its origin and characteristics, the vulnerability of the collaborator defendant and the need to limit on clauses of the agreement. Considered as a legal business, it should be noted that the plea bargain must respect the non-negotiability of certain fundamental rights which can’t be waived by the defendant.

Key-words: plea bargain – clauses – waived - fundamental rights – Criminal Law.

1. Introdução

Com o advento da Operação Lavajato, pode-se dizer que a ideia de justiça negociada passou a ganhar novos contornos. Alicerçados na Lei 12.850/13, diversos réus, presos ou não, negociaram com o Ministério Público a concessão de determinados benefícios em troca de

¹ Mestre e doutor em Direito pela UFBA. Professor Adjunto da Graduação, mestrado e doutorado da UFBA e professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado-Sócio do Escritório Sebastián Mello, Marambaia e Lins Advogados Associados. Titular da Cadeira n. 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG - Alemanha.

² Mestra e doutoranda em Direito (UFBA). Pós-graduada em Ciências Criminais (UFBA), Direito Penal Econômico (IDPEE-Coimbra) e Teoria do Delito (USAL-Salamanca). Especialista em DP Alemão (UniGöttingen) e Italiano (Tor Vergata-Roma). Advogada/professora.