

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão lícitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

HERMENÊUTICA MIDIÁTICA: A DISTORÇÃO DOS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL

MEDIA'S HERMENEUTIC: DISTORTION OF CRIMINAL GUILTY ATTRIBUTION'S CRITERIA

Fernando Andrade Fernandes ¹

Leonardo Simões Agapito ²

Resumo

Recentemente, a grande mídia brasileira tem levado à população em geral diversas informações, inclusive sigilosas, referentes aos processos desencadeados da chamada “operação lava jato”, cooperando para formação da opinião da população em geral, porém, de forma alheia aos institutos jurídicos. Pretende-se demonstrar algumas das distorções com base nos critérios de imputação objetiva, revisitando-os a luz de casos específicos noticiados. Para tanto, analisar-se-á brevemente cada caso, seguida de uma aplicação dialética dos institutos. Utilizar-se-ão como fontes as próprias comunicações midiáticas e a doutrina funcionalista normativista. Conclui-se com uma análise das principais incompreensões e seus efeitos sobre a opinião pública.

Palavras-chave: Direito penal econômico, Imputação objetiva, Funcionalismo, Meios de comunicação em massa

Abstract/Resumen/Résumé

Recently, Brazilian media has reported many information, including top-secret, about the ongoing processes originated in the police's operation called "lava jato", contributing to form public opinion, however it has been blind about legal institutions. This work pretends to demonstrate some of distortions based on objective imputation criteria, reviewing them based on specifics cases reported by media. By methodology, it will be examine each case briefly, followed by a dialectic study. The media itself will be used as sources, as well as functionalist doctrine. By conclusion, the analysis will map the main misunderstandings and their effects on public opinion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic crime, Objective attribution, Functionalism, Mass-media

¹ Doutor em direito pela Universidade de Coimbra. Pós-doutor em direito pela Universidade de Salamanca. Professor de direito penal na Universidade Estadual Paulista - Unesp Franca.

² Mestrando em direito pela Universidade Estadual Paulista - Unesp Franca.

1. Introdução

Tem-se observado notável cobertura midiática de todos os processos derivados da chamada “operação Lava jato”¹, pródiga em fases e que, até o momento, não parece encontrar limites, mas se encaminha sempre na direção de novos envolvidos, desmembrando diversas relações suspeitas de influência e poder, abrangendo diferentes empresas (inclusive concorrentes) e partidos (inclusive opostos). A despeito da complexidade de todos os casos e do grande número de investigados e réus (diversos deles gozando de foro privilegiado, inclusive), diariamente os meios de comunicação se apresentam onipresentes e oniscientes, ao ponto de serem questionados pelos advogados de defesa, muitas vezes menos informados pelos órgãos oficiais do que jornalistas especializados. Contudo, embora contribuam para o esclarecimento dos fatos ao público em geral, favorecendo a transparência das informações, na maioria dos casos a informação é veiculada com detalhamentos técnicos omissos e tecnicamente equivocados, o que seria razoável e normal, em se tratando de informação midiática, mas que implicam em um considerável risco para a própria Ordem Jurídica, considerando-se tanto as omissões e equívocos mencionados, quanto, o que é mais grave, a influência decisiva que, por vezes exercem nos próprios atores encarregados da correta e justa aplicação do Direito Penal. Muitas vezes a partir de análises tecnicamente enviesadas e equivocadas, que culminam em uma compreensão distorcida dos fatos, esta forma de veiculação da informação se revela incapaz de favorecer um melhor esclarecimento dos fatos enquanto dados da realidade. Ao mesmo tempo contribui para uma interpretação coletiva distanciada dos critérios de valor e de finalidade que devem embasar os juízos em matéria penal, reverberando também nos órgãos incumbidos, com exclusividade, da realização deste juízo em termos normativos, tornando incompreensíveis certas posições emitidas pelo Poder Judiciário e alimentando concepções equivocadas do Direito Penal. Para além das discussões quanto à veracidade dos fatos narrados pelos meios de comunicação, com base nesta mesma

¹ Ante a impossibilidade de uma especificação conceitual mais detalhada, inclusive em razão dos distintos aspectos e procedimentos envolvidos, em linhas gerais deve ser esclarecido que a “operação lava jato” refere-se a um conjunto de procedimentos de investigação policial e respectivos processos judiciais, tendo por objeto diversos fatos considerados como crimes, em especial o de lavagem de ativos ilícitos e de corrupção na administração pública, atribuídos tanto a autoridades administrativas e políticas quanto a intermediadores de operações cambiais e gestores de grandes empresas. Utilizar-se-á, ao longo de todo o texto, o termo “operação Lava jato” em razão de não ser possível indicar os processos específicos ou inquéritos abertos, tendo em vista tanto o volume de ações penais abertas e inquéritos em curso, bem como a falta de fontes confiáveis para tanto. Tendo em vista ser esta uma análise da influência exercida pelos meios de comunicação, utilizar-se-á a nomenclatura e identificação criada e utilizada pela própria mass-mídia, individualizando as acusações com base nas fases em que se obtiveram as principais provas.

narrativa já se revela possível compreender as distorções dos juízos realizados, fenômeno para o qual se atribui a designação “hermenêutica midiática”.

1.1 A operação lava jato e a cobertura midiática

A cobertura midiática da operação tem recebido destaque em razão da circunstância de que diversos investigados ou réus no contexto da operação tratam-se de pessoas politicamente expostas², mas também pelo tempo de duração³ da operação e pelos desdobramentos a que ela está conduzindo, sendo constantemente marcada por novas denúncias e mandados de apreensão. Todavia é ainda possível dizer que as proporções e alcance da operação foram fortemente pautados em razão do clamor gerado pela grande imprensa, que nela identificou um produto de expressivo valor. A comprovação desta forte carga de influência dos meios de comunicação na condução das medidas adotadas na operação foi confirmada, ainda que de forma indireta, no âmbito do próprio Poder Judiciário, por posições assumidas por representante da cúpula deste Poder, quando o Min. Teori Zavascki se manifestou contrariamente a algumas medidas tomadas pelo juiz de primeira instância que conduz a operação. Na mesma linha, o Procurador-geral da República Rodrigo Janot emitiu nota aos procuradores federais, exigindo respeito à Constituição “sem pretensões

² Conforme definição fornecida pela Circular n.3.461 do Banco Central do Brasil, que se encontra em um ponto elevado da hierarquia da administração financeira no país: “Pessoas Politicamente Expostas. Agentes públicos que desempenham ou que tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiros, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e outras pessoas de seu relacionamento próximo”, conf.: <http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=1443&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>, acesso em 08-04-2016. Na referida circular ainda há uma lista estrita dos cargos e funções consideradas relevantes. No âmbito do GAFI (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e Financiamento do terrorismo), o conceito de pessoa politicamente exposta se aproxima ao conceito de pessoas com funções pública proeminentes, porém se aplica ainda a agentes estrangeiros e organizações internacionais, conf: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf>, acesso em 09-04-2016. O recorte desta categoria de pessoas tem por objetivo facilitar uma mais clara monitoração pelos órgãos de inteligência financeira, de forma a contribuir também para a prevenção de delitos, especialmente os de lavagem de ativos ilícitos e os de corrupção. Como exemplo mais emblemático, o ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio é atualmente investigado no contexto da mencionada operação. A este respeito, na linha metodológica proposta para a elaboração do texto, consultar o entendimento midiático sobre o assunto: “Entenda as acusações contra Lula na lava jato”, disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/entenda-as-acusacoes-contralula-na-lava-jato>, em 04/03/2016. Consultar ainda: “Entenda o que significam a denúncia e pedido de prisão do MP contra Lula”, disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160310_lula_denuncia_entenda_ru, em 10/03/2016.

³ Ainda em novembro de 2014, a presidente Dilma Rousseff se manifestou quanto às operações. Ver: “Dilma diz que investigações da Lava Jato podem mudar o país para sempre”, disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2014/11/dilma-defende-petrobras-e-diz-que-o-que-deve-ser-condenado-sao-pessoas.html>, em 16/11/2016.

messiânicas e exibicionismos vaidosos”⁴, considerando-se a tendência de exposição à mídia adotada por alguns destes agentes públicos.

Analisada por diversos ângulos e diferentes especialistas, a operação trouxe à parcela da população um novo referencial político⁵, uma nova lei de iniciativa popular⁶ e aclarou diversas tendências jurídicas de flexibilização das garantias processuais em delitos econômicos⁷. Ao mesmo tempo, a abertura ao grande público encaminhou progressivamente (e não naturalmente) as investigações na direção de um envolvimento de novos políticos, inclusive de governos anteriores⁸. O sigilo quanto às declarações em acordos de delação premiada, tanto com relação à identidade do colaborador, quanto ao conteúdo, pouco tem sido respeitado⁹. Muitos documentos que gozam de segredo de justiça são amplamente

⁴ Sobre este ponto e seguindo a linha metodológica adotada, consulte-se o artigo de um analista político e econômico, Janio de Freitas: “Nas direções certas”, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/janiodefritas/2016/03/1753515-nas-direcoes-certas.shtml>, em 24/03/2016.

⁵ Sobre isso, recente pesquisa demonstrou que o juiz Sérgio Moro possui 8% das intenções de voto. Ver: “Sérgio Moro, de ídolo anti-PT à berlinda do ‘populismo jurídico’”, disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458235643_036428.html, em 23/03/2016.

⁶ A campanha “10 medidas contra a corrupção” foi promovida pelo Ministério Público Federal e apoiada por diversos órgãos. Dentre as propostas, são previstas flexibilizações no processo penal, aumento de pena, celeridade aos processos administrativos, responsabilização de partidos políticos, relativização das nulidades processuais, vedações ao direito de recurso e mudanças na contagem da prescrição, conf: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>, acesso em 09-04-2016. Ver também: “Campanha ‘10 medidas contra a corrupção’ recebe 2 milhões de assinaturas”, disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/29/congresso-recebe-2-milhoes-de-assinaturas-por-medidas-contra-corrupcao.htm>, em 29/03/2016.

⁷ Sobre isto, diversos advogados publicaram relevante manifesto que se encontra na íntegra em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/01/advogados-publicam-manifesto-com-criticas-operacao-lava-jato.html>, disponível em 15/01.2016. Sobre isso, SILVA SÁNCHEZ demonstra que a referida flexibilização no direito penal secundário possui diferentes razões, em particular, a atuação dos meios midiáticos (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.28 e ss).

⁸ Sobre isso, FREITAS observa que o âmbito privado haveria ainda muitas questões a serem apuradas. Ver: “Nas direções certas”, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/janiodefritas/2016/03/1753515-nas-direcoes-certas.shtml>, em 24/03/2016. Tal fato parece se confirmar diante de fatos publicados mais recentemente, com o vazamento dos chamados “Panama Papers”. Sobre isto, ver: “Panama Papers: como escândalo chega ao Brasil e à América Latina”, disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160405_panama_papers_america_latina_lab, em 06/04/2016; ver também: “Empreiteira negociou comissão de US\$4 mi para obra na Venezuela”, disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/panama-papers,empreiteira-negociou-comissao-de-us-4-mi-para-obra-na-venezuela,10000024502>, em 03/04/2016. Ainda sobre este aspecto, destaca-se recente delação que alegou a existência de determinados esquemas de corrupção desde os tempos do governo sob a presidência de José Sarney. Ver: “Esquema de propina da Odebrecht funcionava desde governo Sarney”, disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/26/esquema-de-propina-da-odebrecht-funcionava-desde-governo-sarney.htm>, em 26/03/2016. Este dado revela-se extremamente pertinente, na medida em que permite estabelecer algum marco político, a abertura democrática, em relação à incidência de práticas de corrupção e a sua maior transparência, sempre com a observação de que nenhum regime ou modelo político está isento de uma exposição à sua ocorrência, não sendo desarrazoado presumir uma maior incidência destas práticas em regimes políticos mais fechados, inclusive em função de uma menor transparência.

⁹ Como exemplos de notória violação ao art.5º da lei 12.850/2013, houve especial agitação no que se refere aos depoimentos de Alberto Youssef e sócios das empreiteiras, por exemplo, ver: “Acesse a íntegra dos depoimentos da delação do doleiro Alberto Youssef”, disponível em

apresentados nos jornais, inclusive o conteúdo de escutas telefônicas, com objetivos pouco jurídicos¹⁰. Como resultante de todo este cenário, muitos conceitos jurídicos, como “organização criminosa” e “conduta típica”, são transmitidos de forma descuidada ao senso comum, justificando a necessidade da recondução da situação a uma perspectiva mais científica, com claros ganhos em relação também à qualificação do esclarecimento mais correto da população e o tratamento jurídico mais adequado da questão.

1.2 A imputação normativa

Para o desenvolvimento da análise de casos, optou-se pela sistemática funcional normativista, que utiliza de conceitos bastante objetivos¹¹, tendo surgido de uma autorreflexão da própria norma penal, gozando ainda de limites que independem de psicologismos, permitindo uma análise neutra acerca do fato e seu conteúdo enquanto comunicação (JAKOBS, 2003d, p.19 e ss). Quanto a tais limites, POLAINO ORTS propõe que a imputação penal, assim como um polígono de quatro lados, é um fenômeno único que se apresenta por meio de quatro perfis legitimadores da responsabilização penal e da intervenção do Estado na resolução de conflitos (POLAINO ORTS, 2012, p.95 e ss). Com base neste autor, apresentam-se os seguintes aspectos:

Primeiramente, a imputação penal resulta do rompimento de um papel social, portanto, uma imputação pessoal, elemento que restringe a configuração do delito a violações muito próprias à atuação do indivíduo (POLAINO ORTS, 2012, p.95). Com isto, observa-se por meio da dogmática um cidadão que configura o mundo a partir do trabalho, omissiva ou

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1601678-acesse-a-integra-dos-depoimentos-da-delacao-do-doleiro-alberto-youssef.shtml>, em 12/03/2015. Sobre a delação da funcionária Maria Lúcia Tavares, da Empresa Odebrecht, envolvida nas investigações da operação, a despeito da referida se encontrar em situação de maior fragilidade em razão de sua posição como subalterna, sua imagem foi igualmente ultra-exposta, por exemplo, ver: “A delação definitiva: uma secretária abre os porões da propina na República e a Odebrecht busca acordo pela colaboração derradeira”, disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/449543_A+DELACAO+DEFINITIVA?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage, em 24/03/2016.

¹⁰ O referido manifesto denuncia o vazamento seletivo de informações nos processos, sendo exemplar o vazamento de grampios telefônicos, inclusive envolvendo a Presidente da República. Ver: “Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça”, disponível em <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>, em 17/03/2016.

¹¹ Diversamente da crítica de que se trata de um refinamento desnecessário e complexo dos Institutos do Direito Penal, o que se pode medir, quando mínimo, pela necessidade do recurso a esta forma de abordagem em razão da própria complexidade dos fenômenos envolvidos. Sobre isto, POLAINO NAVARRETE apresenta o dogmático como observador de uma realidade a partir de critérios que vinculam sua responsabilidade sobre a análise realizada, ou seja, os critérios utilizados comprometem o jurista em sua interpretação e pelos mesmos deve proceder para com a crítica ao próprio Direito (POLAINO NAVARRETE, 2005, p.39). Com relação ao funcionalismo normativista, optou-se por este em razão da coerência sistêmica (originados de uma autorreflexão normativa) e formulação interdisciplinar (PERDOMO TORRES, 2003, p.250 e ss).

comissivamente, e o divide em diferentes âmbitos de organização, pela diferenciação funcional como meio de redução da complexidade destas atividades (IGNÁCIO PIÑA, 2003, p.58), para os quais há sinalagmas de liberdade de comportamento e responsabilidade pelas consequências (JAKOBS, 2003e, p.45)¹².

De forma mais clara, a responsabilização penal de um agente advém de um comportamento oposto ao que lhe cabe em razão de suas funções e atribuições. De forma exemplificativa, um agente penitenciário, em uma torre de vigia, pode ser punido quando deixa de cumprir seu papel, por exemplo, ao não se atentar para um prisioneiro, porém o mesmo não se pode exigir do prisioneiro que vê uma fuga ou, ainda, de outro agente penitenciário que se encontra em período de repouso noturno. Em suma, o papel social, com todas as suas atribuições e funções, deve pautar o comportamento de cada agente no momento em que é desempenhado, tendo em vista que o desempenho de um papel é condição prévia de interações contínuas (LUHMANN, 1980, p.74).

Em segundo lugar, somente se pode imputar uma infração de um dever, pois, ainda que se fale de uma atribuição particular¹³ (pela violação do papel), esta violação deve conflitar com uma norma que impõe um dever “próprio, pessoal e possível”, sendo ainda elemento diferenciador de papéis comuns e especiais por compreender em cada situação de onde emana a responsabilidade pessoal (POLAINO ORTS, 2012, p.96). Partindo de uma concepção comunicativa, uma conduta contrária a uma norma reproduz um mundo em que tal norma não é válida. Cada violação comunica diversamente em razão do dever violado diverso (LESCH, 1997, p.82). A título de exemplo, um cidadão que comete um homicídio, rompe com seu dever para com os demais indivíduos; em se tratando de um pai que mata o próprio filho, há o rompimento de um dever especial de proteção, razão pela qual há uma pena diferenciada, pois deveres distintos geram responsabilidades distintas.

Em terceiro lugar, a imputação penal ocorre em função da frustração de uma expectativa social (imputação social), elemento que demonstra a legitimidade da intervenção penal em cada contexto e, de forma especial, garante que esta intervenção verdadeiramente revalide uma identidade social (POLAINO ORTS, 2012, p.97). Para além da relação pessoa-pessoa, a sociedade moderna se encontra suficientemente complexa para que a atuação em um de seus subsistemas reduza as alternativas dos demais e exija providências específicas; o que equivale a dizer que, embora não seja necessário consenso universal, as normas carregam

¹² JAKOBS, “A imputação da ação e da omissão”, p.45.

¹³ Por meio da divisão do trabalho, reduzindo a complexidade, permite-se à dogmática penal atribuir uma responsabilidade individual. Concretiza-se, particularmente com esta definição, o caráter normativista desta teoria (JAKOBS, 2003 Sociedad, norma y persona em una teoría de un derecho penal funcional”, p.41).

expectativas de comportamento (LUHMANN, 1980, p.201) e, quando violadas, dirigem uma a uma reação neutralizadora dos efeitos corrosivos ao sistema geral. De forma exemplificativa, o delito de corrupção passiva (art.317, CP) não apenas mina a relação entre o funcionário público e o agente privado ou entre o próprio Estado e o agente privado, mas deteriora toda a confiança que se tem sobre o sistema público e fragiliza os demais subsistemas na medida em que estes passam a compreender a relação Estado-ente privado de forma distinta.

Por fim, esta imputação necessita de um sentido socialmente desestabilizador (imputação valorativa integradora), em outros termos, que ao superar seu papel, violar um dever e transmitir uma comunicação errônea, seja ainda esta comunicação errônea grave ao ponto de desestabilizar o sistema; carecendo a sociedade, a partir de então, comunicar-se pela mesma via (POLAINO ORTS, 2012, p.99). Em outras palavras, tratando-se de normas sociais (advindas do próprio convívio e essenciais para este) carecem estas de reforço pela atuação do Estado. Violações diversas desencadeiam reações igualmente diversas. Exemplificativamente, um engenheiro aeronáutico que desconsidera os efeitos da gravidade em um projeto não torna a lei de Newton menos válida; contudo, ao deixar de agir com diligência em seu projeto, colocando vidas em risco, desestabiliza o sistema que passa a entender tal relação como insegura, devendo o sistema comunicar novamente, por meio da sanção, que um engenheiro não pode deixar de agir com diligência¹⁴.

Encerrada a presente introdução, resta claro que a imputação penal, de fundamentos normativos e de abordagem empírica, não apenas tem por objetivo afastar pré-concepções, garantindo imparcialidade, como ainda impede a criminalização arbitrária, impondo ao Estado limites claros quanto às esferas de atuação privada.

2. A atribuição de um injusto penal e seus critérios

Pretendendo demonstrar cada um dos critérios de imputação objetiva, optou-se por uma análise qualitativa de casos, selecionando um debate (uma acusação) distinto para cada critério, a saber: a) realização de um risco não permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) comportamento da vítima. Deve-se observar que tais critérios decorrem naturalmente dos aspectos acima mencionados da imputação normativa. Um agente somente rompe seu papel, viola um dever, frustra expectativas e desestabiliza o sistema na

¹⁴ Quanto a isto, embora não haja no pensamento funcionalista a preocupação com motivações e fundamentos psicológicos da ação, no campo da culpabilidade são excluídos os casos em que o agente não é capaz de comunicar ou que a mensagem em si é inócua (JAKOBS, 1992, p.1069 e ss).

medida em que age autonomamente, de forma decisiva para o curso danoso, para além da própria esfera de atuação, superando o risco tolerado pela sociedade. Tal desdobramento será evidenciado a partir de cada exposição particular.

2.1 Realização de um risco não permitido e as doações de campanha

Iniciando por uma perspectiva de Claus Roxin, a criação, o incremento, a não evitação ou não redução de um risco proibido configura a violação de um dever em oposição ao ordenamento jurídico (em sentido amplo) (CANCIO MELIÁ, 2001, p.125), permitindo que a avaliação deste risco determine a natureza do dever (organizacional ou funcional) que se violou (LESCH, 1997, p.65). Nas palavras de JAKOBS, esta perturbação pode ser fruto de uma atuação equivocada da vítima ou mero fato circunstancial, mas ao não violar uma norma, não faz jus à intervenção penal (JAKOBS, 1997, p.113 e ss). Tomando por referência a sociedade do risco, descrita por Ulrich Beck, reconhece-se a impossibilidade de neutralização total dos riscos, bem como o estabelecimento de um padrão único de sua aceitação; pois todo contexto se demonstra permeado por riscos inerentes, sem os quais toda atuação estaria impedida em sua fonte, enquanto cada contexto em específico possui seu próprio grau de suportabilidade (SALVADOR NETTO, 2006, p.145)¹⁵. Diante da consciência dos riscos, uma sociedade configura em sua identidade normativa a necessidade que reconhece de prevenção de danos (ALLER, 2008, p.75).

Com relação aos crimes de perigo abstrato, embora se possa compreender como uma expansão da intervenção penal, no campo da garantia da vigência da norma, estariam aqueles legitimados por configurarem fragmento de um injusto penal, na medida em que infringe não a norma principal, mas sua norma de apoio, que garante a vigência cognitiva da norma principal (CANCIO MELIÁ, 2007, p.20), ou seja, não há a realização de um risco efetivo, mas sua possibilidade já não é tolerada. A título de exemplo, àquele que conduz, sob efeito de álcool, seu veículo automotor, ao fazê-lo não está necessariamente criando um risco não permitido (e.g. conduzir em velocidade acima do permitido ou desrespeitar sinais de trânsito), mas viola a norma acessória de que o condutor deve manter total atenção a fim de que não crie riscos não permitidos. Deste modo, não necessariamente a norma acessória é afetada quando violada a norma principal, contrariamente, ao inverso. Em suma, de acordo com a

¹⁵ Um exemplo destes graus distintos consiste nos diferentes níveis de informações que setores distintos da economia exigem de seus entes regulados, bem como a distinção de informações que se exigem de profissionais em um mesmo setor, como é o caso da regulação exercida pelo COAF sobre contadores e advogados.

identidade normativa, pode se reconhecer a existência de riscos tão insuportáveis que para sua prevenção são impostos deveres acessórios.

No dia 23 de março de 2016, divulgou-se na mídia uma “superplanilha”, que teria sido apreendida na casa de Benedito Barbosa Silva Júnior, na 23ª fase da operação lava jato, ocorrida em fevereiro do mesmo ano. Nesta, constam os nomes de vários políticos, pertencentes a partidos diferentes, juntamente com valores que supostamente foram doados aos referidos pela empresa Odebrecht. Embora a planilha já estivesse à disposição do judiciário (incluindo advogados de defesa), o sigilo processual sobre esta foi retirado na referida data, de modo que os veículos de comunicação passaram a divulgar imagens e comentários acerca da mesma¹⁶. Tal divulgação ocorreu no dia seguinte à execução da 26ª fase da operação, quando os jornais comunicaram a descoberta de um “departamento de propina” dentro da referida empresa.

Contudo, embora os jornais tenham dado destaque à planilha e sugerido o pagamento de propina, deve-se recordar que o sistema eleitoral brasileiro admite a doação de campanha por particulares. Embora uma empresa não o possa fazer, os valores podem ser repassados por pessoas físicas, conforme disposto no art.23 da lei n.9.504/97, havendo a limitação de dez por cento dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. Não havendo descumprimento das determinações desta lei, não haveria ilegalidade manifesta nas planilhas, que indicavam o cargo pleiteado à época da contribuição.

Diante da presente questão, restou claro que a planilha não se referia a pagamentos sistemáticos, mas doações. Muitos dos políticos envolvidos foram aos meios de comunicação apresentar esta defesa, inclusive apresentando a declaração de gastos aprovada pelos tribunais eleitorais e indicando as pessoas físicas que efetuaram as doações¹⁷. Na mesma tarde, o juiz

¹⁶ Válido destacar algumas manchetes: “Moro libera lista de Odebrecht com doações para mais de 200 políticos”, por Diário de Pernambuco, disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2016/03/23/interna_politica,634453/vaz-lista-com-mais-de-200-politicos-que-teriam-sido-favorecidos-pela-o.shtml, em 23/03/2016; “Lava Jato acha superplanilha da Odebrecht com valores para 279 políticos e 22 partidos”, por O Estado de São Paulo, disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-lista-de-politicos-na-contabilidade-da-odebrecht/>, em 23/03/2016; “Políticos goianos aparecem na superplanilha de doações da Odebrecht”, por O Popular, disponível em <http://www.opopular.com.br/editorias/politica/pol%C3%ADticos-goianos-aparecem-na-superplanilha-de-doa%C3%A7%C3%B5es-da-odebrecht-1.1057157>, em 23/03/2016; “Planilhas da Odebrecht citam valores ligados a 316 políticos de 24 partidos”, por Folha de São Paulo, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1753226-pf-acha-planilha-de-pagamentos-da-odebrecht-para-politicos.shtml>, em 23/03/2016.

¹⁷ Embora não houvesse a denúncia judicial, diante das manchetes houve a necessidade de se apresentar uma defesa por parte de muitos dos indicados em alguns meios de comunicação, por exemplo, “Lava Jato acha superplanilha da Odebrecht com valores para 279 políticos e 22 partidos”, por O Estado de São Paulo, disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-lista-de-politicos-na-contabilidade-da-odebrecht/>, em 23/03/2016. Não se encontrou nenhuma manchete que destacasse as defesas apresentadas, embora tenham tais defesas sido apresentadas ao longo dos corpos textuais dos artigos.

responsável pela condução da operação lava jato, responsável pelo fim do sigilo sobre os documentos, voltou a impor sobre estes medida de segurança, admitindo em despacho que fora “prematura conclusão quanto à natureza desses pagamentos”¹⁸.

Evidentemente, após a ampla divulgação da planilha, os documentos, ainda que postos em sigilo, permaneceram reproduzidos em jornais e sítios eletrônicos, comprometendo em face da opinião pública (a) a presunção de inocência, (b) a distinção entre “propina” e financiamento privado de campanha e (c) a validade de institutos processuais, em particular, o sigilo sobre documentos.

2.2 Princípio da confiança e os réus João Santana e Mônica Moura

Em linhas gerais, o princípio da confiança é o reconhecimento de que, em uma sociedade complexa, ainda que outros agentes possam atuar em desconformidade, é permitido (e necessário) confiar que os outros agentes atuarão em conformidade com o ordenamento (CALLEGARI, 2001, p.29). Na impossibilidade de conhecer previamente a todos com quem se comunica, pelo princípio da confiança se estabelece um grau mínimo de segurança a relações entre anônimos (SALVADOR NETTO, 2006, p.147). É, portanto, uma garantia da liberdade a relações não perturbadas (JAKOBS, 2012, p.40), assumindo-se que, caso uma expectativa seja frustrada, não deve estar sendo abandonada, mas reafirmada pelo direito. Do contrário, como pontua PERDOMO TORRES, a insegurança traria o retorno ao “estado de natureza” apresentado por Hobbes (PERDOMO TORRES, 2012, p.217).

Em sentido oposto à da relação entre anônimos, considerando-se que a responsabilidade penal surge a partir da quebra de um papel, a quebra de um papel especial em um contexto específico torna esta violação agravada (JAKOBS, 1997, p.71). A posição de garante, advinda de uma confiança especial, tem base não apenas no ordenamento jurídico, mas nas estruturas sociais, conforme apresentado anteriormente (PERDOMO TORRES, 2003, p.246), não sendo profícua a busca por razões ontológicas da conduta (PERDOMO TORRES, 2012, p.213). Se pela comunicação se reproduz o mundo da vida, a configuração defeituosa consiste na renúncia da produção de um mundo comum (LESCH, 1997, p.67).

¹⁸ Os artigos que noticiaram a re-imposição do sigilo sobre as planilhas não discorreram sobre o efeito deletério da “exposição prematura”. São exemplificativos os artigos: “Lava Jato faz Brasil tremer com lista de doações da Odebrecht a políticos e depois impõe sigilo”, disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/23/politica/1458751179_417837.html, em 23/03/2016; “PF apreende planilhas da Odebrecht com valores destinados a políticos”, disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/pf-apreende-planilhas-da-odebrecht-com-valores-destinados-politicos.html>, em 23/03/2016.

Contrariamente às críticas de que este raciocínio seria meramente circular, legitimando a si mesmo, Jakobs demonstra que a posição de garante consiste em uma qualificação do agente como destinatário de uma norma especial de proteção (PAWLICK, 2012, p.36). Esta norma especial tem caráter excepcional em uma sociedade individualista, mas, reconhece-se, com base em Hegel, ser elementar para a integração social (PERDOMO TORRES, 2012, p.221)¹⁹.

Em 22 de fevereiro de 2016 os veículos de comunicação em massa informaram o mandado de prisão preventiva dos empresários João Santana e Mônica Moura, acusados de participarem de um processo de lavagem de dinheiro²⁰. João Santana e Mônica Moura trabalharam em diversas campanhas presidenciais de partidos de esquerda pela América Latina e em Angola, recebendo destaque em El Salvador, onde contribuíram para a eleição de um partido de oposição após 20 anos de hegemonia, e na Venezuela, tendo atuado nas vitórias de Hugo Chávez e, posteriormente, Nicolás Maduro²¹. De acordo com as investigações divulgadas, João Santana e Mônica Moura teriam recebido dinheiro da Odebrecht por meio de *offshores*, como forma de recompensar os partidos que privilegiaram a empresa de construção civil em obras públicas. Com o mandado de busca e apreensão em seu escritório e casa, João Santana foi posteriormente acusado por obstrução à justiça em razão de ter apagado sua conta no “Dropbox” no dia em que foi informado do mandado de prisão preventiva. Como ambos se encontravam na República Dominicana à época do mandado, o advogado dos publicitários os visitou antes que retornassem, sem ainda especulada a visita como “hipótese de acesso à informação sigilosa e privilegiada”²².

Observado o princípio da confiança, não se pode exigir que um agente conheça a fundo todas as fontes de recursos e fiscalize todas as relações e atuações de seus parceiros comerciais. Tal posição de garante somente é exigível dentro de um regime de deveres claros,

¹⁹ Jakobs fala de um eclipse das responsabilidades solidárias, seja entre particulares, seja na atuação do Estado (JAKOBS, 2003e, p.52).

²⁰ As manchetes destacavam o envolvimento do publicitário com o partido governista e com empresas investigadas, por exemplo: “João Santana, marqueteiro do PT, e Odebrecht são alvo da Lava Jato”, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1741802-policia-federal-inicia-23-fase-da-operacao-lava-jato.shtml>, em 22/02/2016; “Lava Jato ganha alcance internacional com João Santana e Odebrecht”, disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/26/politica/1456517201_178396.html, em 27/02/2016.

²¹ Estabeleceu-se logo um paralelo entre a atuação das empresas investigadas nos países pelos quais o publicitário João Santana havia trabalhado na campanha, por exemplo: “A carreira internacional de João Santana, marqueteiro do PT alvo da Lava Jato”, disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_joao_santana_perfil_np, em 22/02/2016.

²² Dentre as manchetes que destacaram a preocupação da polícia federal, destaca-se “PF quer manter João Santana preso e o acusa de destruir provas”, disponível em <http://www.valor.com.br/politica/4465018/pf-quer-manter-joao-santana-presos-e-o-acusa-de-destruir-provas>, em 03/03/2016; ver também.

pessoais e possíveis, do contrário se inviabilizaria grande parte dos contratos empresariais. Em particular, quanto ao delito de lavagem, atualmente cresce o rol de pessoas responsáveis, em razão das regulações do COAF e alterações trazidas pela lei n.12.683/12, com base nos princípios da “*corporate citizenship*” (SILVEIRA e SAAD-DINIZ, 2012, p.300)²³. Não é, porém, o caso de prestação de serviços de publicidade. Destaque-se que não é a consciência do fato que atribui a responsabilidade sobre o fato, mas o dever é que caracteriza o agente enquanto envolvido²⁴.

Portanto, embora se questione a legalidade dos depósitos que ocorreram em empresas estrangeiras e não declaradas pelos publicitários, não se poderia afirmar o envolvimento dos mesmos no delito de lavagem sem que comprove o reenvio destes depósitos aos partidos políticos, por exemplo, caracterizando um mascaramento de doações.

A título de conclusão, cabe destacar a inobservância pela hermenêutica midiática dos deveres de solidariedade e a complexidade de conceitos como “cidadania corporativa”, que devem pautar as relações comerciais e os juízos criminais, incorrendo na criminalização da atividade publicitária partidária em si.

2.3 Proibição de regresso e o operadores financeiros

Em contraposição ao princípio da solidariedade, em que todas as pessoas são consideradas responsáveis e interligadas (PERDOMO TORRES, 2012, p.222), impõe-se o princípio da proibição de regresso, por meio do qual JAKOBS visa demarcar sistematicamente o limite para a participação punível (CANCIO MELIÁ, 2001, p.133). Deste modo, renuncia-se a teoria da equivalência dos antecedentes (CALLEGARI, 2001, p.30.)²⁵, sem anular os deveres existentes, mas aplicando uma interpretação restritiva de papéis (JAKOBS, 1996, p.86). Tendo em vista que as pessoas realizam diversas comunicações, para

²³ Os autores citam a expressão de HEFENDEHL para exemplificar o termo: “If you want to get access to our capital market you are kindly invited. Its regulation and the sanctions in case of noncompliance are decided by us” (HEFENDEHL apud SILVEIRA e SAAD-DINIZ, 2012, p.300). Em suma, todo investimento é bem recebido desde que cumpra os requisitos de conformidade.

²⁴ Aparentemente, os órgãos judiciais não tem se atentado a este elemento, como se observou no não recebimento da denúncia, já em setembro de 2015, em face de Camila Ramos (filha de José Dirceu, réu na operação) e Daniela Leopoldo. Ambas as rés foram indicadas como beneficiárias de recursos advindos de corrupção passiva e lavagem de ativos ilícitos, mas foram afastadas do processo sob o argumento de que não haveria provas da consciência do fato. Tal argumentação pareceu satisfatória à hermenêutica midiática. Ver: “José Dirceu e outros 14 se tornam réus na Operação Lava Jato”, disponível em <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/09/jose-dirceu-e-mais-14-pessoas-se-tornam-reus-na-operacao-lava-jato.html>, em 15/09/2015.

²⁵ Recordando que a equivalência dos antecedentes é a Teoria que é apontada como sendo adotada no art. 13 da Parte Geral do Código Penal brasileiro, significando, em termos gerais, que qualquer condição posta para o resultado deve ser considerada causa deste resultado (TAVARES, 2002, p.257 e ss).

as quais é dada a liberdade de confiar, não se pode exigir que estas interfiram nos fatos que se seguirem a determinada comunicação. Apenas sociedades totalitárias ou altamente paternalistas imporiam deveres de vigilância (JAKOBS, 2003g, p.40). Portanto, a proibição de regresso é um desenvolvimento do princípio da autorresponsabilidade normativista (LESCH, 1997, p.53).

Jakobs utiliza dois exemplos bastante claros para demonstrar o que pretende dizer: a) o taxista que leva um pianista ao teatro onde este faz uma belíssima apresentação (JAKOBS, 2008, p.307 e ss); b) o devedor que quita uma dívida e vê seu credor utilizar este dinheiro para realizar delitos (JAKOBS, 2003g, p.39). Claramente, a atuação de ambos foi determinante para o resultado, porém a ambos não cabe atribuir a responsabilidade (sejam os louros do sucesso, seja a pena). Não se trata de uma relação de dependência do resultado, pois a ninguém pode ser atribuído um delito por cumprir seu dever (seja o dever de conduzir pessoas ou de saudar uma dívida). Apenas quando o próprio sujeito infringe a proibição de regresso, vinculando-se ao fluxo por meio de uma posição de garante ou pela violação de seu papel é que passa a responder conjuntamente pelo resultado (LESCH, 1997, p.55).

Na operação Lava jato, diversos intermediários receberam mandados de prisão preventiva e negociaram acordos de delação premiada, fornecendo documentos e estabelecendo novas conexões. Neste sentido, três casos receberam destaque da mídia, a saber: a) Mário Góes (prestou depoimento na 10ª fase), operador da Diretoria de Serviços da Petrobrás, responsável por indicar as contas pessoais para recebimento de propina, tendo sido inclusive procurador de uma conta na Suíça; b) Raul Schmidt Felipe Júnior (preso na 25ª fase, em Portugal), preposto de empresas internacionais que possuíam contratos com a Petrobrás; c) Maria Lúcia Tavares (presa na 23ª fase), responsável por organizar planilhas e efetuar os pagamentos sistemáticos na Odebrecht.

Os três réus são chamados de operadores financeiros, mas suas atuações eram muito distintas entre si. Mário Góes admitiu em sua delação que utilizara sua empresa pra articular um sistema de desvio dentro da Petrobrás. Raul Schmidt Felipe Júnior, por sua vez, era responsável por firmar contratos em nome de empresas estrangeiras. Situação diversa ocorre com relação à ré Maria Lúcia Tavares, que preenchia planilhas e encaminhava valores a entregadores que faziam a entrega a outros intermediários. Em outras palavras, enquanto os primeiros réus eram articuladores, cuja atuação, embora a mando de terceiros, tocava a ilegalidade, as atividades de Maria Lúcia Tavares eram indiferentes, tendo esta atuado dentro de suas devidas funções como empregada da Odebrecht. Além dela alegar o desconhecimento

de quem efetivamente recebia os valores remetidos pela empresa (no lugar dos nomes dos beneficiários, utilizavam-se códigos), o uso de códigos apenas tornou sua atividade ainda mais mecânica. Dentro de todo o apresentado, a formulação de planilhas e remessa de valores equivale a uma série de ações neutras que, embora afetem o curso delitivo, não podem ser tomadas enquanto parte essencial da execução²⁶.

Em suma, a hermenêutica midiática, desprendida de uma análise técnica do curso delitivo, acaba por “punir” com o mesmo termo “operador” agentes com atuações radicalmente distintas.

2.4 Há comportamento relevante da vítima nos delitos contra a administração pública e o sistema financeiro? A concorrência de riscos e o consentimento

Derivado do princípio da autorresponsabilidade, a competência da vítima consiste no reconhecimento da esfera de auto-organização dentro da qual lhe é garantida livremente dispor de seus direitos sem ignorar as esferas de organização alheias (PERDOMO TORRES, 2012, p.228). Nesta categoria, Jakobs vê deveres de autoproteção na relação dialógica do crime que acabam por determinar o resultado danoso (SALVADOR NETTO, 2006, p.147).

Em particular, no que se refere a delitos de fraude há especial dificuldade na determinação das esferas de responsabilidade. Considerando-se a abstenção de informações que geram enganos, reconhece PASTOR MUÑOZ alguns deveres de informação, que podem ora recair sobre a vítima (dever de exigir determinada informação), ora sobre o outro agente (dever de oferecer a informação) (MUÑOZ PASTOR, 2003, p.456), tendo por base as responsabilidades do direito civil, seja pela lei, seja pela prática dos contratos. Para além dos deveres de proteção há ainda casos em que a vítima permite, mesmo que com violação de uma norma, que outrem lhe cause uma lesão. Dessa forma, o consentimento da vítima é uma exclusão de tipicidade nos casos em que esta assim poderia dispor (CANCIO MELIÁ, 1997, p.110 e ss.). Claramente este consentimento não é reconhecido em caso de coação ou fraude, mas se o engano recai sobre fato outrem, o consentimento é eficaz (Jakobs, 2008, p.347 e ss.).

²⁶ Não se confunde a proibição de regresso com o domínio da organização, instituto incompatível com a imputação funcional-normativa, tendo em vista seu embasamento ontológico. O domínio da organização se fundamenta em uma obediência hierárquica a ponto do agente ser instrumentalizado e se exonerar de sua consciência pessoal. Por sua vez, a proibição de regresso delimita uma esfera de atuação privada inatingida pelo curso delitivo. Sobre domínio da organização. Para uma leitura mais aprofundada, ver: ROXIN, “O domínio da organização como forma independente de autoria mediata”; ROXIN, “Autoria e domínio do fato”. Uma posição divergente, ver: SCHROEDER, “Autoria, imputação e dogmática penal no direito penal”.

Traçado o presente panorama, deve-se ter em mente que em delitos contra a administração da justiça e contra o sistema financeiro, a vítima não pode ser determinada (difusa), havendo um titular que personifica seus interesses. No caso da administração da justiça, é dever de todos aqueles que ali atuam, sejam os departamentos de polícia, a magistratura, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados e a Defensoria, nas pessoas de seus membros. Com relação ao sistema financeiro, tal interesse é personificado novamente nos órgãos de controle (*e.g.* Banco Central e COAF). Em se tratando ambos de bens indisponíveis, não é possível conceber o consentimento por parte de um deles; todavia, se a lesão ocorre por falha em suas atividades, há de se atribuir a responsabilidade a um destes órgãos.

Quanto à administração da justiça, exemplificativamente, caso alguém denuncie a uma autoridade policial a autoria falsa de um delito, este incorrerá no delito de “denúncia caluniosa”, do art.339, do código penal brasileiro. Todavia, considerando que a autoridade policial realize as diligências sem devidamente recolher o depoimento e o formalizar, apurando cuidadosamente o que lhe é dito, esta descumpra com suas funções administrativas. Este raciocínio se assemelha ao empregado para apurar o estelionato nas relações comerciais. Outro exemplo, a proibição de *reformatio in pejus* (art.617, CPP) do processo penal está aqui fundamentada materialmente. Particularmente, considerando o sistema financeiro, a falta de devida regulamentação e controle poderia ensejar a mesma excludente. Exemplificativamente, a falta de definição, pelos órgãos executivos e legislativos, dos programas de *compliance* impedem que o ativismo judicial estabeleça seus próprios padrões de julgamento. Igualmente, a falta de relatórios detalhados sobre a atividade de uma instituição financeira inviabilizam a apuração do delito de gestão temerária (art.4º, parágrafo único, Lei n.7492/86).

Contudo, a hermenêutica midiática em nenhum momento voltou seus olhos para os órgãos de controle ou para a regulamentação das responsabilidades de empresários e partidos políticos. Mais grave, a hermenêutica midiática pouco tem observado os riscos da atuação dos órgãos investigativos, do Ministério Público ou dos magistrados. Em sua análise política de cada decisão, a mera divisão em “torcidas” reduz a atuação deste a juízo de valor pessoal. Mas, principalmente, pouco tem observado os efeitos de sua própria atuação e como estas podem contribuir para novo danos.

3. Conclusões: os efeitos da hermenêutica midiática

Frente às análises realizadas ao longo do texto, é forçoso compreender que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra-exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Como consequência danosa em termos jurídicos, a opinião pública passa a advogar pela redução de garantias historicamente necessárias, apesar de nem sempre efetivadas em se tratando daqueles que não detém o poder político e econômico, todavia, não podendo ser esta desigual distribuição operativa argumento para se atingir o próprio cerne destas garantias. Que se viabilize alternativas para a solução da desigual distribuição das garantias, e não que seja afetada a garantia mesma. Quanto ao sistema posto, criminalizam-se condutas equivocadamente, confundem-se agentes e se imaginam danos difusos (difíceis de serem comprovados), mas que quando a hermenêutica jurídica obtém resultado diverso do juízo expressado pela hermenêutica midiática e as supostas violações à norma não são corrigidas pela efetivação da pena, acabam por fragilizar virtualmente o sistema social.

Por fim, o enaltecimento de determinados órgãos e agentes do judiciário acabam por criar outras ilusões, transferindo a estes as expectativas de mudança social que são retiradas dos investigados, distorce a compreensão da função destes órgãos e agentes e impede o amadurecimento do sistema democrático.

Desta feita, cabe repensar as responsabilidades civis e administrativas dos meios de comunicação sobre as informações vinculadas e o reforço das instituições garantidoras fragilizadas do sistema processual, repensando determinadas rotinas administrativas dos fóruns tendo em vista a velocidade atual do trânsito de informações.

4. Bibliografia

- ALLER, Gérman. **La sociedad del Riesgo**. In: El Derecho penal en peligro, (Org.) ALLER. Asunción del Paraguay, Bijupa, 2008, pp. 43-111.
- CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

- CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)** In: Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva. CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. (org.). Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- _____, Manuel. **El injusto de los delitos de organización: peligro y significado.** *RGDP*, n.º 8, noviembre 2007.
- _____, Manuel. **La teoría de la imputación objetiva y la Normativización del tipo objetivo.** *Caderno Jurídico*, n.1, ESPM, abril de 2001.
- CESANO, José Daniel. **La imputación penal em el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis.** In: Derecho penal económico. Org. Rafael Berruezo, Juan María Rodríguez Estévez, Carlos Gómez-Jara Díez, José Daniel Cesano, Hector Hernandez Basualto, Percy García Caverro. Montevideo, Júlio César Fraria Editor, 2010.
- DEMETRIO-CRESPO, Eduardo. **Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresa.** In: “Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial”, coord.. Serrano-Piedecabras e Demetrio-Crespo. Madrid: Colex, 2010.
- FERNANDES, Fernando Andrade. **Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente.** AIS. ARSIURIS. SALMANTICENSIS. *Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, v. 2, p. 107-136, 2014.
- IGNÁCIO PIÑA, Juan. **Rol Social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal.** In: El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. (Org.) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- JAKOBS, Günther. **El principio de culpabilidad.** Trad. Manuel Cancio Meliá. ADPCP, Tomo XLV Fascículo III, 1992, pp. 1051 – 1083.
- _____, Günther. **Derecho penal – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- _____, Günther. **Bases para una teoría funcional del derecho penal.** Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoó Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti, Carlos J. Suárez González. Lima, Palestra Editores, 2000.

- _____, Günther. **A ação e a omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.
- _____, Günther. **Ciência do direito e Ciência do Direito penal**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.
- _____, Günther. **Autoria mediata e sobre o Estado da omissão**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.
- _____, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.
- _____, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.
- _____, Günther. **Fundamentos de direito penal**. Trad. André Luís Callegari. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- _____, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid, Civitas, 2003.
- _____, Günther. **La imputación objetiva en el Derecho penal**. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- _____, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____, Günther. **Imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência**. In: Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. SAAD-DINIZ, Eduardo e POLAINO-ORTIS, Miguel (org.). São Paulo, SP: Liber Arts, 2012.
- LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Telles. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MUNOZ PASTOR, Nuria. **Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa**. In: El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. (Org.) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

- PAWLIK, Michael. **Teoria da ciencia do direito penal, filosofia e terrorismo**. Trad. Eduardo Saad-Diniz, São Paulo, Liber Ars, 2012.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?**. Indret, Barcelona, n.4, 2006.
- PERDOMO TORRES, **El concepto de deber jurídico**. In: El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. (Org.) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- PERDOMO TORRES, **Duas questões atuais na dogmática do delito de omissão: sobre a suposta acessoriedade e sobre a solidariedade**. In: Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. SAAD-DINIZ, Eduardo e POLAINO-ORTIS, Miguel (org.). São Paulo, SP: Liber Arts, 2012.
- POLAINO-NAVARETE, Miguel. **El valor de la dogmática en el derecho penal**. In: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Org. Agustin Jorge Barreiro. Madrid, Civitas, 2005.
- POLAINO-ORTIS, Miguel. **As quatro faces da imputação penal. Notas críticas ao conceito kantiano de imputação desde uma perspectiva funcionalista**. In: Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. SAAD-DINIZ, Eduardo e POLAINO-ORTIS, Miguel (org.). São Paulo, SP: Liber Arts, 2012.
- ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid, Marcial Pons, 2000.
- _____, Claus. **O domínio da organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Paulo César Busato. Revista Justiça e Sistema Criminal, v.3, n.5, jul/dez.2011.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. **Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.108, janeiro-dezembro de 2013, p.415-441.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- SARCEDO, Leandro. **Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional**. São Paulo, Alameda, 2013.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Org. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone e Gustavo de Carvalho Marin. São Paulo, Liber Ars, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Expansão do direito penal**, tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha ; revisão: Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v.56, p.293-338, 2012.