



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO
POLÍTICO-IDEOLÓGICO SUSTENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Vivian Silva de Sousa

Rio de Janeiro
2017

VIVIAN SILVA DE SOUSA

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO
POLÍTICO-IDEOLÓGICO SUSTENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Artigo Científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2017

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO POLÍTICO-IDEOLÓGICO SUSTENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Vivian Silva de Sousa

Graduada pelo Centro Universitário da
Cidade - UniverCidade. Advogada

Resumo: Com o início da denominada Operação Lava-Jato ganhou força o apelo popular por recrudescimento de penas e redução de garantias processuais penais para os acusados de crimes de que envolvem o desvio de verba pública. Nesse sentido, o Ministério Público Federal apresentou o Projeto de Lei 4.850/2016 chamado de as “10 Medidas Contra a Corrupção”, como de iniciativa popular, propondo alterações, principalmente, no Código Penal e no Código de Processo Penal. No entanto, o projeto tornou-se alvo de diversas críticas por parte da academia e de associações que entendem que as inovações caracterizarão um verdadeiro retrocesso civilizatório, na medida em que violam o princípio da presunção de inocência e configuram um atentado ao direito de defesa do acusado. Além disso, as propostas tendem a provocar um desequilíbrio no processo, pois ampliam os poderes de Ministério Público em prejuízo da defesa. Portanto, a maior parte das medidas é inconstitucional, uma vez que violam diversos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Palavras-chave: Processo Penal. Autoritarismo. Defesa Social. Utilitarismo. Democracia. Ministério Público.

Sumário: Introdução. 1. O projeto de poder do Ministério Público Federal: a proposta de um “código da acusação” de viés autoritário. 2. A antidemocraticidade do discurso da defesa social. 3. O processo penal como garantia contra o uso arbitrário do poder de punir. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é centrado na análise reflexiva do discurso político-ideológico sustentado pelo Ministério Público Federal em favor das alterações processuais penais contidas no Projeto de Lei nº 4.850/2016 conhecido como “10 Medidas Contra a Corrupção”, tendo em vista que elas foram apresentadas órgão como a solução para a chamada impunidade dos crimes de corrupção no país.

Parte-se da premissa de que o discurso da impunidade e de “combate” à corrupção, constantemente utilizado pelo Ministério Público Federal, são pretextos para a implementação de um modelo autoritário de processo penal. Para tanto, o órgão acusatório se vale da descrença popular na representatividade democrática do Poder Legislativo e do Executivo, e passa a disputar com estes o poder político.

O expressivo apoio popular e midiático dados à Operação Lava Jato, foi a chave para que procuradores da República, membros da força tarefa designada para atuar somente na referida “Operação”, iniciassem ampla campanha com fim de obter o mínimo de assinaturas necessárias para apresentação de projeto de lei como de iniciativa popular.

Todavia, as medidas tornaram-se alvo de diversas críticas por parte da academia e de associações que entendem que as inovações caracterizarão um verdadeiro retrocesso civilizatório, na medida em que configuram um atentado ao direito de defesa do acusado, pois diminuem a capacidade de resistência do acusado diante da persecução penal, medida em que ampliam os poderes de Ministério Público em prejuízo da defesa. Além disso, violam o princípio da presunção de inocência, haja vista que transferem para o acusado o ônus de provar a que é inocente; portanto, são inconstitucionais.

A Constituição Federal estabelece como uma das principais atribuições do Ministério público a defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Com isso, o presente estudo indaga: As medidas legislativas em questão atendem à função constitucional do Ministério Público?

Além disso, diante do discurso que defende o recrudescimento de penas e a redução de garantias para os acusados dos delitos que envolvem os crimes de corrupção, questiona-se: o discurso da defesa social é compatível com um estado democrático em que os direitos individuais são limites ao uso arbitrário do poder de punir?

Por outro lado, numa democracia a função do processo penal seria a de garantia do cidadão ou de mero instrumento legitimador da pena?

Nesse sentido, no primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que o Ministério Público Federal se vale de discursos populistas como o de “combate à impunidade” e o de “combate à corrupção” para implementar um “projeto de poder”, na medida em que o PL 4.850/2016 confere maior poder à acusação do que à defesa em detrimento da presunção de inocência e da ampla defesa.

No segundo capítulo, analisa-se se a ideologia da defesa social, presente no discurso justificador das “10 Medidas Contra a Corrupção”, é compatível com um estado democrático em que os direitos individuais não podem ser vistos como um obstáculo ao poder de punir.

No último capítulo, pretende-se comprovar que o PL 4.850/2016 ignora conquistas civilizatórias, pois o processo penal não deve ser visto como um instrumento para se alcançar uma sanção penal, em que o acusado é mero objeto da punição. O processo penal calcado em bases democráticas deve ser entendido como garantia do cidadão.

No que toca à metodologia adotada, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora proporá um conjunto de hipóteses, às quais entende como adequadas ao objeto da pesquisa, de modo a comprová-las ou rejeitá-las. Nesse sentido, a pesquisadora pretende realizar pesquisa bibliográfica pertinente ao tema em análise para sustentar a sua tese. Portanto, a abordagem ao objeto de pesquisa será necessariamente qualitativa.

1. O PROJETO DE PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A PROPOSTA DE UM “CÓDIGO DA ACUSAÇÃO”¹ DE VIÉS AUTORITÁRIO

O Sistema de Justiça Criminal e todo o aparato jurídico que o compõe sempre foram um espaço de disputa pelo poder, tanto por atores jurídicos, quanto por atores políticos, uma vez que representa uma arena fértil para o controle social. Nesse sentido, é importante ter em mente que “a consciência da dimensão política do processo penal é uma das principais condições à construção de uma disciplina de conteúdo democrático e, conseqüentemente, de uma teoria apropriada à democratização do sistema de justiça Criminal”². Desse modo, o sistema político influencia diretamente o sistema criminal.

O processo penal faz parte do “imaginário autoritário, de uma cultura que acredita no uso da força, em detrimento do conhecimento, como forma de solucionar os mais diversos problemas sociais”³ Nessa esteira, a forma como as instituições que atuam no sistema de justiça criminal percebem e aplicam o processo penal está intrinsecamente ligada à tradição autoritária sobre a qual foi construído o Estado brasileiro.

O discurso que sustenta a aprovação das medidas para o “fim da impunidade” nos crimes de corrupção se mostra eficiente para o convencimento da sociedade, como a brasileira, profundamente desigual e carente de políticas públicas, no sentido de que o aumento de penas e a redução das ditas muitas garantias do acusado, são a solução para todos os males sociais. Isso porque, insere-se na mente do povo que mais punições significam mais direitos. No entanto, a redução das desigualdades sociais e a ampliação do acesso dos

¹“Dez medidas contra a corrupção”, são código da acusação, diz juiz Marcelo Semer. Disponível em <<https://jota.info/justica/dez-medidas-contracorrupcao-sao-codigo-da-acusacao-diz-juiz-marcelo-semer-27092016>> Acesso em: 16 mai 2017.

²CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 19.

³Idem. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 3.

cidadãos a direitos básicos, deve se dar por meio de políticas públicas, por exemplo, e não pelo sistema de justiça criminal.

Historicamente, o Direito Penal e o Processo Penal sempre foram meios eficientes e eficazes de controle da social, principalmente, da parcela da sociedade considerada indesejável e não interessante ao poder econômico. Nesse sentido, não se pode negar a relação entre o poder político e o direito penal, pois “se é verdade que o direito e poder detêm relações estreitas, sendo impossível separá-los, fica claro que o sistema penal e o direito penal contêm e constituem manifestações de poder”⁴. Portanto, direito e poder estão intimamente ligados.

Convém destacar, ainda, o que diz Michel Foucault sobre a estreita relação entre poder e sistema penal⁵

não será que, de modo geral, o sistema penal é a forma em que o poder como poder se manifesta de maneira mais manifesta? Prender alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor etc é a manifestação mais delirante que se possa imaginar [...] O que impressiona nessa história é não o apenas a puerilidade dos exercícios de poder, mas o cinismo que ele se exerce como poder, da maneira mais arcaica, mais pueril, mais infantil [...] A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral

O Projeto de Lei nº 4.850/2016, chamado de as “10 Medidas Contra a Corrupção” pretende ampliar indevidamente os poderes do Ministério Público no processo ao mesmo tempo em que praticamente fulmina o direito de defesa, tendo em vista que admite as provas ilícitas obtidas por boa-fé em desfavor do acusado; permite a execução provisória da pena; inverte o ônus da prova no que toca às nulidades em favor da acusação; restringe o manejo do *habeas corpus*; reduz prazos prescricionais, por exemplo.

Todavia, conferir maior poder à acusação em detrimento da defesa e reduzir a capacidade do acusado de resistir à persecução penal, não se mostra compatível com a finalidade do processo penal num estado democrático, que é o de impor limites ao poder punitivo com vistas a se concretizar o projeto constitucional.

Nesse sentido, tornar o Ministério Público uma “super parte”, a pretexto de se defender uma sociedade desorganizada e vulnerável, significará o abandono dos ideais iluministas que inspiraram o constituinte originário a prever um rol de direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 119.

⁵MICHEL apud FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 119.

Com efeito, para compreender melhor essa disputa pelo poder, é importante analisar o contexto em que o PL nº 4.850/2016 foi apresentado. No campo político-social, destacam-se os grandes escândalos de corrupção e de desvios de verba pública que contribuíram para o impedimento do mandato de uma Presidenta eleita democraticamente, e deram azo para discursos conservadores em defesa da sociedade e em prejuízo do indivíduo; no campo jurídico, sobressai-se a Operação Lava Jato.

Esse cenário de fragilização da sociedade propiciou que discursos salvacionistas e messiânicos, como o de “salvação do Brasil” e o de “limpeza da política”, ganhassem ampla adesão popular pela aprovação do mencionado projeto de lei. Ademais, criou um ambiente fértil para a proposta de medidas meramente simbólicas como solução para o crime de corrupção.

Os discursos populistas de que “algo precisa ser feito” e da “sensação de impunidade colocam os direitos e garantias fundamentais como entrave para o “necessário combate à corrupção”. Contudo, “a cada emprego simbólico do sistema repressivo há uma sensível invasão na seara dos direitos fundamentais, embora eles formalmente continuem presentes no ordenamento jurídico”⁶

É importante pontuar também que a crença da sociedade e de parte dos atores jurídicos na imparcialidade do Ministério Público contribuiu o expressivo apoio para a aprovação das “10 Medidas”. Todavia, essa “ideia da imparcialidade do Ministério Público, choca-se com a concepção moderna de processo penal; ou seja, com a noção de que o processo penal constitui um processo de partes.”⁷. Isso porque toda parte tem interesse jurídico no desfecho do processo; portanto, a imparcialidade do Ministério Público é um mito.

O papel atual do Ministério Público, que significa um importante salto qualitativo na separação entre a função de julgar e acusar, no processo penal, nasceu como fruto de um processo de revisão crítica do exercício do poder, provocada pelos ideais iluministas da Revolução Francesa. Esse decisivo papel desempenhado pelo Ministério Público não pode se afastar do conjunto de garantias indispensáveis à dignidade da pessoa humana.⁸

⁶CHOUKR, Fauzi Hasan. *Bases para a compreensão e crítica do Direito*. Disponível em: <http://www.academia.edu/24060241/BASES_PARA_COMPREENS%C3%83O_E_CR%C3%8DTICA_DO_DIREITO>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁷CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 161.

⁸PRADO apud CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 156.

Ademais, como adverte Hassemer “apenas um direito processual penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração à lei”.⁹

Portanto, a Constituição Federal ao dispor que cabe ao Ministério Público a “defesa da ordem jurídica e do regime democrático”¹⁰ demarcam o limite de atuação deste órgão no processo penal que deve sempre se pautar pela estrita observância dos direitos e garantias individuais, tendo em vista que estes constituem uma das bases da democracia.

2. A ANTIDEMOCRATICIDADE DO DISCURSO DA DEFESA SOCIAL

A ideologia para Bobbio¹¹ pode ser entendida no seu “significado forte”, fundada no conceito de ideologia de Marx. Para este a ideologia é uma falsa percepção da relação de domínio entre as classes, uma vez há falsa consciência de uma crença política, tendo em vista que a crença ideológica não tem reflexo nos fatos. A ideologia, portanto, é uma falsa representação da realidade.

No sistema de justiça criminal essa falsidade é representada no imaginário popular e de diversas instituições que atuam no sistema de justiça criminal, como a necessidade do recrudescimento de sanções penais em detrimento de direitos e garantias individuais sempre em defesa da sociedade. Ou seja, o individual deve sempre ceder perante o coletivo.

Percebe-se uma ideologia de punição baseada em discursos defensivistas que carregam forte apelo popular e midiático os quais são incompatíveis com os postulados democráticos que tem a dignidade da pessoa humana o centro do ordenamento jurídico. A Constituição Federal traz uma concepção nitidamente liberal no que toca às liberdades individuais. Nesse aspecto, os que acolhem a defesa da sociedade em detrimento do indivíduo clamam por um Estado intervencionista e não garantidor das liberdades públicas encartadas na Constituição.

No que toca ao campo do direito processual penal, a ideologia da defesa social legítima a implementação de medidas de controle social, marcadamente, atentatórias às

⁹ Ibidem.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

¹¹ MOURA, Genilma Pereira. *Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

inviolabilidades individuais e à isonomia. A defesa social entendida como uma ideologia da punição, ou seja, um conjunto de representações sobre o crime, a pessoa do criminoso, as funções do Direito Penal e a necessidade de aplicação de pena, importa saber que¹²

(...) ao mesmo tempo em que o Estado Moderno encontra no sistema penal um de seus instrumentos de violência e poder político, de controle e domínio, necessitou formalmente desde o seu nascimento de discursividades (“saberes”, “ideologias”) tão aptas para o exercício efetivo deste controle quanto para a sua justificação e legitimação.

Nesse sentido, a eficácia do controle da sociedade por meio de discursos sediciosos, como o discurso de combate a corrupção, do combate à impunidade, da necessidade de moralização da sociedade, do aumento das penas, da restrição ao habeas corpus, servem, apenas para a adoção de medidas autoritárias que atendem aos apelos populistas de diversos atores que atuam no sistema de justiça criminal, mas também de uma sociedade sedenta por punição.

Não se pode olvidar que as reformas dos códigos penal e processual penal ao longo da história brasileira são marcadas por fortes disputas, uma vez que sempre estão relacionados a um determinado projeto político. Em relação às “10 medidas contra a corrupção”, não é diferente. O Ministério Público Federal ao capitanear o projeto sai do campo estritamente jurídico e lança-se na seara política de disputar o poder político, neste aspecto, o de exercer a persecução penal, praticamente sem limites e sem controle.

O discurso defensivista corriqueiramente utilizado pelo Ministério Público tem origem no positivismo criminológico e, atualmente, remete ao direito penal do inimigo¹³.

Direito Penal da Defesa Social, que se fundava na ciência, supostamente neutra e objetiva, para erguer os alicerces jurídicos de um Estado intervencionista e de uma ideologia que, a pretexto de proporcionar segurança e ordem, era intensamente atentatória à liberdade individual e ao princípio da isonomia.

Em linhas gerais, para a Escola Clássica, segundo Francesco Carrara¹⁴, a ideologia da defesa social deve ser entendida como a proteção de direitos individuais dos cidadãos. Nesse sentido, para Carrara, a defesa social deve exprimir a defesa do indivíduo pela sociedade, pois a liberdade individual é o fundamento do Direito Penal. O homem seria livre, portanto, para se adequar às normas legais ou não, e caso aja em desacordo com a legalidade fica sujeito às penalidades previstas em lei. Trata-se, assim de um direito penal do fato.

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

¹³ RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social, ideologia do tratamento e o Direito Penal do Inimigo*. Revista de Ciências Jurídicas. v. 6, n. 1/p. 61 – 90, Jan a Jun. 2008.

¹⁴ BARTIRA, Macedo de Miranda Santos. *A defesa social, as Escolas Penais e as relações de poder no sistema punitivo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b356667c9a682f8>> Acesso em 15 mai. 2017.

Por outro lado, Ferri¹⁵, um dos expoentes da Escola Positiva, defende a proteção da sociedade contra criminosos mediante uma repressão vigorosa dos indivíduos taxados de perigosos. Nesse sentido, a repressão e a punição baseiam-se na pessoa do criminoso. Para essa corrente a punição do criminoso não era tão importante quanto à neutralização do cidadão visto como perigoso.

Por sua vez, Gunther Jakobs, com base na concepção ideológica de periculosidade cunhada por Ferri, defendia medidas de recrudescimento penais e processuais penais, contra autores de certos crimes como o de criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de drogas, por exemplo. Esse autor reintroduz a ideia de homem perigoso, de neutralização e de defesa social.

Os discursos em defesa das “10 medidas contra a corrupção” resgatam a ideia de direito penal do autor, ou seja, a punição parte da periculosidade da pessoa do criminoso, motivo pelo qual este é visto pelo sistema de justiça como mero objeto do processo. Nesse sentido, “este Direito Penal do Inimigo, que busca uma defesa eficiente da sociedade frente a riscos futuros, trata o autor de um crime como “fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais, enquanto o Direito Penal do Cidadão o trata como pessoa.”¹⁶

E preciso lembrar, ainda, que o atual código de processo penal, idealizado por Francisco Campos - Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas -, tem inspiração no Código de Processo Penal de Alfredo Rocco, criado na época do fascismo italiano. No entanto, “malgrado Francisco Campos nunca tenha se declarado *fascista*, ou assumido abertamente a influência do regime de Mussolini na ordenação do Estado Novo, é sintomática essa referência na Exposição de Motivos”¹⁷.

Mas na sua obra intitulada *O Estado nacional*, Francisco Campos trata da necessidade de se impor os interesses sociais sobre os individuais¹⁸.

De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o seu afeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo

¹⁵ Ibid.

¹⁶ RIBEIRO, op. cit, p. 61 – 90.

¹⁷ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: Melchior, Antônio Pedro et al. *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46.

¹⁸ CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 121.

sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar outras franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder público, fora da medida reclamada pelo interesse social.

A ideologia da defesa social está, assim, intimamente ligada ao autoritarismo, na medida em que os direitos individuais são vistos como obstáculos ao poder de punir. Nesse aspecto, o discurso de defesa das “10 Medidas contra a corrupção” resgata o discurso defensivista de Francisco Campos¹⁹ produzido há 76 anos, na exposição de motivos do Código de Processo Penal²⁰

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum

Num estado democrático de direito, todavia, não se pode flexibilizar garantias processuais penais e direitos individuais em função de uma ineficiência do Estado em conter o avanço da criminalidade. Muito pelo contrário, o direito penal somente se legitima se usado como *última ratio*.

Não à toa, nas democracias constitucionais o direito deve estar a serviço da tutela dos direitos fundamentais os quais servem de contenção ao poder punitivo. O professor Geraldo Prado alerta que²¹

em ordenamentos de Constituição rígida a “função de garantia do direito resulta atualmente possível pela específica complexidade de sua estrutura formal”, a orientar não somente o “ser” do Direito, porém ainda o “dever ser”, em virtude dos condicionamentos de validade jurídica que decorrem da sintonia fina entre o direito infraconstitucional e o catálogo de direitos fundamentais que são herança de um liberalismo político construído na base do valor “dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso : 23 mai. 2017.

²¹ PRADO, Geraldo Prado. *Crônica da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal*. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/cronica-da-reforma-do-codigo-de-processo-penal-brasileiro-que-se-inscreve-na-disputa-politica-pelo-sentido-e-funcao-da-justica-criminal-por-geraldo-prado>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

Importante pontuar que a crítica que se faz ao projeto anticorrupção não deve conduzir ao entendimento de que os crimes praticados por pessoas de alta classe social não devem ser punidos. Pelo contrário, a punição deve ocorrer após a observância dos direitos individuais previstos na Constituição, principalmente no que concerne à presunção de inocência que é o princípio basilar de um processo penal democrático.

Não há dúvidas de que atos de corrupção são extremamente danosos para o desenvolvimento do país, comprometem a credibilidade das instituições e, em muitos casos inviabilizam políticas públicas que, em última análise, devem alcançar os necessitados. No entanto, o enfrentamento ao crime não pode ser realizado em detrimento de garantias individuais que são conquistas civilizatórias de toda a sociedade.

3. PROCESSO PENAL COMO GARANTIA CONTRA O USO ARBITRÁRIO DO PODER DE PUNIR

Nos modelos autoritários de processo penal não há um compromisso ético com a devida observância do princípio da legalidade, visto que a punição não se baseia na lei, exclusivamente, mas sim em argumentos de cunho moral e social.

Diferentemente deve ocorrer na democracia, pois para que o direito penal e o processo penal se desenvolvam validamente é necessária a estrita observância dos direitos e garantias individuais. Enxergá-los, portanto, como limite ao poder estatal, significa entendê-los como uma garantia individual do acusado.

Nesse sentido, ao lançar mão do Direito Penal o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, pois o agir arbitrário deslegitima a sanção penal. Dessa forma, para o processualista argentino Alberto Binder²²

para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado

Nesse sentido, a lógica da guerra contra a corrupção, na qual tudo vale e tudo é permitido não se mostra adequada ao processo penal democrático idealizado pela Constituição. As medidas propostas pelo Ministério Público Federal demonstram que este

²²BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 70.

optou seguir um caminho em direção ao punitivismo, olvidando-se da sua atribuição constituição de garantidor da democracia e da ordem jurídica.

Todavia, a fim de demonstrar-se a incompatibilidade das propostas com o modelo constitucional-garantista de processo penal, que se funda na dignidade da pessoa humana, passa-se à análise de algumas medidas.

No que toca ao sistema de nulidades – apesar de o sistema vigente já ser adequado ao modelo de processo penal democrático – propõe-se um retrocesso, pois transfere para o acusado o ônus de provar que a prova contra ele obtida é ilegal, Sobre este assunto Jacinto Nelson de Miranda Coutinho diz que²³

Aqui, aparentemente, ao se investir contra a CR, “os fins justificam os meios” e, assim, nada pode deter um querer compromissado com os resultados (nem os limites impostos, começando pela CR!), sejam eles quais forem e mesmo se interessam a quem interessam, até porque ninguém pode ser ingênuo o suficiente para imaginar que se não trate – tal postura – de algo ideológico

No que concerne à proposta da criação de testes de integridade no âmbito da administração, a fim de se verificar a predisposição de agentes públicos em praticar crime de corrupção, os testes não encontram guarida na Constituição. Isso porque num estado democrático o sujeito só pode ser punido por algo que efetivamente fez e não por algo que poderia ter feito ou que pode vir a fazer.

Ademais, a vigilância constante sobre os indivíduos é própria de estados de polícia, nos quais o processo tem como base a presunção de culpa e não de inocência. No entanto, adverte Flávio Antônio da Cruz “a culpa deve ser aferida pela efetiva prática de uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e culpável, apurado sob o devido processo”²⁴

Em relação à execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal retomou o antigo entendimento pela constitucionalidade – não obstante, a Constituição Federal determine que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória –, justamente quando está em curso a Operação Lava Jato que ganhou amplo apoio da sociedade diante do propalado combate à corrupção.

O Supremo Tribunal sucumbiu aos anseios da população e aos apelos populistas da mídia por mais penas de prisão, em decisão sem eficácia vinculante e efeito erga omnes no HC 162.692, na qual admitiu a execução provisória da pena.

²³COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 2-3, Dezembro 2015.

²⁴CRUZ, Flávio Antônio da Cruz. *Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 4-6, Dezembro 2015.

Esse entendimento deu guarida à medida que propõe a execução antecipada da pena. Para tanto, sustenta o Ministério Público Federal que a defesa usa recorrentemente o sistema recursal de forma abusiva ou protelatória. No entanto, a utilização dos meios legais para a concretização da ampla defesa não deve ser encarada como um obstáculo à eficácia da persecução penal. Todavia, alerta o professor Geraldo Prado²⁵

O fenômeno, que pode responder pelo nome de praxismo, argumenta com juízos limitadores do exercício do direito ao recurso pela defesa, a partir da declaração judicial de que se trata de ato abusivo ou protelatório, com declaração de trânsito em julgado ainda na pendência de impugnação e postula a alteração da Constituição para eliminar o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial em matéria penal, liberando a imediata execução da pena. As mudanças em perspectiva visam antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, contornando a dificuldade criada pela cláusula pétrea da presunção de inocência.

Não há dúvidas de que punir é necessário e civilizado; no entanto, não se pode atropelar as regras do jogo democrático a pretexto de se punir os “grandes casos de corrupção”. Deve-se antes de tudo estrita observância o devido processo legal que somente se legitima se respeitados os direitos e garantias individuais dos acusados.

O argumento de que as medidas possibilitarão uma maior eficiência do combate à criminalidade é falacioso, simplesmente porque os agentes que atuam no sistema de justiça criminal não podem ignorar a existência de uma Constituição Federal que garante ao cidadão o contraditório e a ampla defesa.

A respeito da medida que propõe a restrição ao uso do habeas corpus e até com a proibição da concessão da ordem de ofício, “verifica-se uma intenção de legislar em causa própria e de provocar um desequilíbrio no processo em benefício da acusação”, conforme alerta Aury Lopes Júnior.²⁶

Quanto ao regime de provas ilícitas, pretende-se a admissibilidade daquelas obtidas por boa-fé, ainda que ilícitas. Todavia, a medida está em total contrariedade à Constituição Federal que veda expressamente o meio ilícito de obtenção de provas.

Não se pode deixar de pontuar que a busca da verdade a qualquer preço tem intrínseca ligação com um modelo inquisitório de processo penal. Frise-se, no entanto, que nas democracias a licitude o modo pelo qual a prova é buscada e produzida demarca o limite ético de atuação do Estado na persecução penal.

²⁵PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 10-11, Dezembro 2015.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Mudanças no sistema recursal: só se esqueceram de combinar com a Constituição*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 12-13, Dezembro 2015.

Nesse sentido, torna-se incabível no ordenamento jurídico brasileiro a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, sem a estrita observância de normas constitucionais e legais.

O professor Gustavo Badaró ensina que²⁷

Somente após o funcionamento desse mecanismo, perante o juiz natural, com produção de provas lícitas, cujo resultado permita fundamentar racionalmente a escolha judicial pela hipótese acusatória, uma vez atingido um grau de convencimento da culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável, é que a presunção de inocência será superada e a punição estatal imposta.

Cabe ainda tratar da ampliação das hipóteses de prisão preventiva para garantir a devolução dos valores desviados. Não obstante haja nobres intenções dos autores da proposta legislativa, a prisão não é medida necessária, nem adequada para a finalidade citada. A devolução de vantagens indevidas pode ser garantida por meio de medidas cautelares reais, como o bloqueio de bens, por exemplo.

A prisão cautelar é sempre excepcional e provisória, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência, no que toca à dimensão de norma de tratamento. Desse modo, somente se torna legítimo o uso da prisão cautelar para se assegurar a produção de provas ou o desenvolvimento regular dos atos processuais. Nesse sentido, destaca o professor Rubens Casara²⁸

A prisão cautelar, que se mostra compatível com a dimensão de tratamento que se extrai do princípio constitucional da presunção de inocência, é uma medida provisória e excepcional de natureza assecuratória tanto do processo de conhecimento penal (que visa a reconstrução histórica dos fatos atribuídos aos acusados e, eventual, imposição de resposta estatal) quanto da execução penal (o procedimento tendente à concretização da pena já aplicada em atenção ao devido processo legal). A medida cautelar de privação da liberdade, portanto, só se justifica se imprescindível para o afastamento do risco processual previsto em lei como apto a justificar a constrição excepcional (só é cabível a prisão cautelar se todas as demais medidas cautelares típicas se mostrarem insuficientes). No plano da dogmática processual penal, pode-se afirmar que a prisão cautelar, que independe de efetiva condenação, não tem como finalidade punir a pessoa a quem se atribui a prática de um determinado delito, nem tem como fundamento os fins atribuídos à pena (retribuição, prevenção geral ou prevenção especial). Ao contrário, a prisão cautelar tem por objetivo a eficácia e eficiência do procedimento, e da sentença que o conclui.

²⁷BADARÓ, Gustavo. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 17-18, Dezembro 2015.

²⁸CASARA, Rubens. *A ampliação das hipóteses da prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 21-22, Dezembro 2015.

Não obstante o enfrentamento do crime de corrupção seja medida necessária, não se pode fazê-lo em prejuízo de direitos e de garantias individuais dos cidadãos que, além de constituírem um amplo leque de conquistas da civilização, pertencem a todos indistintamente.

Nesse sentido, não se deve conferir ao órgão acusatório mais garantias do que as conferidas acusado, ainda que a pretexto de se defender a sociedade. Destaque-se que o Ministério Público também é parte e, conseqüentemente, tem interesse jurídico no desfecho do processo, embora, como órgão estatal deva atuar de forma ética e legal, e não buscar a condenação a qualquer preço.

Por outro lado, o acusado é a parte frágil no processo, principalmente, perante o aparato estatal de repressão e de persecução penal, motivo pelo qual não se pode admitir redução das garantias processuais do cidadão em defesa da coletividade. Os postulados democráticos de respeito absoluto à presunção de inocência e ao devido processo legal requerem a estrita observância das leis e o máximo respeito às liberdades individuais.

Portanto, a imposição de qualquer sanção penal somente se torna legítima se houver paridade de armas entre a acusação e a defesa. Assim sendo, as medidas mencionadas são inconstitucionais, pois visam a reduzir a capacidade de resistência do acusado, por meio da corrupção do o regime democrático.

CONCLUSÃO

O PL 4.850/2016 não representa a solução para a corrupção. Pelo contrário, não traz mecanismos de prevenção contra a malversação de dinheiro público, além de não prever instrumentos de controle e maior transparência nos procedimentos públicos de contratação de bens e serviços. Além disso, as medidas propostas não se restringem aos crimes contra a administração pública ou à ordem econômica, mas atingem aos acusados em geral.

O PL 4.850/2016 visa à redução dos instrumentos de defesa, na medida em que confere maior poder ao Ministério Público em detrimento da defesa, o que acarreta um perigoso desequilíbrio de forças no processo, pois o órgão acusatório terá amplos poderes à sua disposição enquanto o acusado tem as suas garantias processuais penais reduzidas. Pode-se citar como exemplo, a admissão de provas ilícitas, a restrição à garantia do *habeas corpus*, a inversão do ônus probatório diante da constatação de uma nulidade processual, a admissão da execução antecipada da pena etc.

Por outro lado a disputa política pelo poder de punir faz com que o Ministério Público se torne um ator político - e não apenas jurídico - ao se lançar como a única

instituição digna de confiança e respeito dos cidadãos por meio do resgate dos valores morais e anseios punitivos que permeiam a nossa sociedade conservadora.

Nesse sentido, o discurso da defesa social sustentado pelo Ministério Público tem forte apelo popular e se mostra eficaz para implementação de medidas penais meramente simbólicas em detrimento do arcabouço constitucional de proteção das liberdades individuais. Ademais, o discurso defensivista ostenta um caráter nitidamente autoritário, visto que resgata a ideia de periculosidade, segundo o qual o acusado é mero objeto da persecução penal, e não sujeito de direitos.

Contudo, num país que se pretenda democrático o processo penal não pode servir de mote promover a perseguição de pessoas eleitas como inimigas da sociedade, tendo em vista que a função do processo penal, calcado na presunção de inocência, é garantir que as liberdades individuais e as inviolabilidades serão devidamente observadas pelas instituições que atuam no sistema de justiça.

Portanto, as medidas analisadas contidas nas chamadas “10 Medidas Contra a Corrupção” são inconstitucionais, pois atentam contra a democracia. Além disso, estão em conflito com a missão constitucional do Ministério Público de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

BADARÓ, Gustavo. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 17-18, Dezembro 2015.

BARTIRA, Macedo de Miranda Santos. A defesa social, as Escolas Penais e as relações de poder no sistema punitivo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b356667c9a682f8>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.850/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. 1. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2013.

_____. *A ampliação das hipóteses da prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 21-22, Dezembro 2015.

CHOUKR, Fauzi Hasan. *Bases para a compreensão e crítica do Direito*. Disponível em: http://www.academia.edu/24060241/BASES_PARA_COMPREENS%C3%83O_E_CR%C3%84DTICA_DO_DIREITO>. Acesso em: 23 mai. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 2-3, Dezembro 2015.

CRUZ, Flávio Antônio da Cruz. *Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 4-6, Dezembro 2015.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Mudanças no sistema recursal: só se esqueceram de combinar com a Constituição*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 12-13, Dezembro 2015

MOURA, Genilma Pereira. *Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 10-11, Dezembro 2015.

_____. *Crônica da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal*. Disponível em

<<http://emporiododireito.com.br/cronica-da-reforma-do-codigo-de-processo-penal-brasileiro-que-se-inscreve-na-disputa-politica-pelo-sentido-e-funcao-da-justica-criminal-por-geraldo-prado>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social, ideologia do tratamento e o Direito Penal do Inimigo*. Maringá. Revista de Ciências Jurídicas. v. 6, n. 1/p. 61 – 90, Jan a Jun. 2008.