GABRIEL PIRES DE CAMPOS SORMANI

A necessidade de publicidade na apuração de crimes envolvendo agentes públicos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de mestre na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Dra. Janaína Conceição Paschoal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2018

Gabriel Pires de Campos Sormani

A necessidade de publicidade na apuração de crimes envolvendo agentes públicos

p. 271

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

I. Paschoal, Janaína Conceição, orientadora. II. Título.

À Laura e João.

AGRADECIMENTOS

Dentre as várias pessoas que viabilizaram este trabalho, há algumas às quais devo especial reconhecimento.

Primeiramente, agradeço à minha orientadora Professora Janaina Conceição Paschoal. Desde o início das aulas na pós-graduação me chamaram muito a atenção não só seu brilhantismo, depois conhecido pelo Brasil todo, mas sua postura direta, sem afetações. Foi uma honra ter sido aceito como orientando, oportunidade que, se não aproveitei para produzir um texto melhor, só a mim há de ser a responsabilidade imputada, jamais à enormemente solícita e comprometida Professora. Muito obrigado!

Aos Professores José Raul Gavião de Almeida e Guilherme Cunha Werner, que compuseram a Banca de Qualificação, agradeço pelos valiosos apontamentos, indicações de obras e incentivo.

Minha gratidão aos colegas de pós-graduação Nelson Lacava, João Santa Terra, Rafael Dantas e Bianca Cesário. E aos colegas de profissão Rubens Hideo Arai, Rodrigo Marzola Colombini, Antônio Augusto Galvão de França, André Gonçalves Fernandes, Henrique de Castilho Jacinto e Renata Mota Maciel Madeira Dezem.

Agradeço à minha esposa Claudia, sempre compreensiva e companheira, incentivadora e transmissora de confiança para tudo o que faço. Ao meu irmão Renato, meu melhor amigo. E aos meus pais, Carolina e Adolpho, dos quais o infinito amor que recebi está por trás de cada pequena conquista da minha vida.

SUMÁRIO

Introdução 13

1. Sigilo e sua proteção jurídica. 17

1.1. Sigilo e segredo: etimologia e conceito. 17

1.2. O segredo de justiça. 20

1.2.1. *Histórico e linhas gerais.* 20

1.2.2. *Fundamentos do segredo de justiça.* 23

1.2.3. *Intimidade, vida privada, honra e imagem*. 26

1.2.4. *Interesse social e interesse público*. 30

1.2.5. *O interesse público à informação e a Emenda Constitucional 45/2004*. 35

1.2.6. *O interesse da justiça*. 36

1.2.7. *A constitucionalidade do art. 93, IX, da CF/88 pós EC 45/2004*. 38

1.2.8. *Princípio da proporcionalidade e segredo de justiça*. 40

1.3. Outras maneiras pelas quais a proteção ao sigilo se manifesta no ordenamento jurídico. 45

1.3.1. *Segredo profissional*. 45

1.3.1.1. *Possibilidade de se excepcionar o sigilo profissional*. 48

1.3.2. *Sigilo de fonte jornalística*. 49

1.3.2.1. *Controvérsia quanto ao caráter absoluto da proteção ao sigilo de fonte.* 53

1.3.3. *Sigilo funcional*. 56

1.3.4. *Sigilo de correspondência e de comunicação*. 59

1.3.4.1. *Interceptação telefônica e captação ambiental*. 67

1.3.5. *Sigilo bancário e fiscal*. 74

1.3.6. *Sigilo de Estado e Lei de Acesso à Informação*. 77

2. Publicidade, sensacionalismo e democracia. 83

2.1. População consciente e o Direito como ordenador da comunidade. 83

2.2. Democracia e transparência. 85

2.3. Liberdade de consciência e de expressão 88

2.4. Liberdade de imprensa e sensacionalismo penal. 92

2.4.1. *Crítica às críticas ao suposto populismo penal midiático*. 104

2.5. Publicidade e totalitarismo. 122

2.6. Vazamentos de informações sob sigilo. 128

2.6.1. *Impossibilidade de transferência de responsabilidade para a imprensa*. 129

2.6.2. *Risco ao princípio da presunção de inocência*. 131

2.7. Mídia e influência sobre as decisões judiciais. 134

2.7.1. *Mídia e influência negativa sobre os juízes*. 134

2.7.2. *A influência positiva.* 139

2.7.3. *Independência funcional*. 143

2.7.4. *Ativismo judicial.* 146

3. A publicidade na apuração de crimes envolvendo agentes públicos como corolário da democracia e como instrumento de combate à corrupção política. 158

3.1. Corrupção: um dos mais prementes problemas nacionais. 158

3.1.1. Conceito de corrupção, características fundamentais e práticas correlatas. 158

3.1.2. Dimensão histórica mundial, prejuízos e percepção social. 166

3.1.3. Aspectos socioculturais da corrupção no Brasil. 174

3.1.4. Aspecto político-econômico: impunidade. 187

3.1.5. Desmonte das redes difusas. 198

3.1.5.1. Accountability. 199

3.1.5.2. Transparência. 200

3.1.5.3. Liberdade de imprensa. 202

3.1.5.4. Representatividade política e responsiveness. 203

3.1.5.5. Insulamento burocrático e desburocratização. 206

3.1.5.6. Proteção e garantia de anonimato aos denunciantes. 208

3.1.5.7. Multidisciplinariedade e envolvimento de diferentes setores da sociedade. 211

3.2. As organizações criminosas. 212

3.2.1. *Avanço da sofisticação criminal e Lei 12.850/13.* 212

3.2.2. *Corrupção e entendimento contemporâneo sobre crime organizado*. 219

3.3. A importância da publicidade na apuração de crimes envolvendo agentes públicos: compatibilidade com o ordenamento, obrigatoriedade, conveniência e análise de casos notórios. 222

3.3.1. *Compatibilidade da ampla publicidade com o ordenamento vigente e sua proporcionalidade em relação aos riscos de exposição aos envolvidos.* 224

3.3.2. *Imperiosa observância da obrigatoriedade da ampla publicidade pelo juiz.* 231

3.3.3. *Relevância da publicidade contra interferências externas e como garantia de continuidade dos processos criminais.* 233

3.3.4. *Operação Castelo de Areia*. 237

3.3.5. *Mensalão*. 251

3.3.6. *Operação Lava-Jato*. 255

Conclusão. 264

Bibliografia 267

RESUMO

A proteção ao sigilo se manifesta de diversas formas no ordenamento jurídico, em vários institutos. A maioria dos quais tem como escopo primordial a proteção da intimidade dos indivíduos. Há uma tensão, contudo, a ser solucionada entre essa proteção da intimidade pelo sigilo e a necessidade de publicidade em razão do interesse público. No caso do segredo de justiça nos processos criminais, essa tensão é especialmente sensível. O exercício do poder político, contudo, não convive bem com o sigilo. A democracia moderna exige transparência em tudo o que envolve a coisa pública. Assim, na apuração de crimes envolvendo agentes públicos, essa tensão entre o direito à intimidade e o interesse público resolve-se de forma substancialmente menos subjetiva, em benefício da publicidade. Muitos argumentam, em defesa de restrições à publicidade processual excessiva, que ela contribui para um sensacionalismo midiático produtor de um populismo penal de caráter conservador, o qual alimenta um "hiperpunitivismo". Nessa linha, os críticos citam risco de perda de isenção dos julgadores e de desrespeito à intimidade dos envolvidos, com retrocesso às liberdades democráticas e promoção de uma atmosfera totalitária. Relativizamos essas críticas, que entendemos exageradas, pois não verificamos uma uniformidade da maioria da grande imprensa promovendo clamor por mais punições, a não ser, exclusivamente, nos casos de crimes bárbaros e nos casos de corrupção. Ademais, mesmo nesses casos, não se verifica na grande imprensa uma maioria clamando por penas draconianas, menos ainda nos casos de corrupção, nos quais a imprensa e a sociedade pedem, majoritariamente, apenas a aplicação imparcial das leis e o fim da impunidade. Quanto aos temores de avanço de um estado policialesco e desrespeitador das liberdades individuais, vemos uma inversão de valores, nesses argumentos em favor das restrições à publicidade, a qual desconsidera que o direito à intimidade protege o indivíduo enquanto membro do corpo social, não enquanto participante da máquina pública. Ela protege a população dos poderes ocultos, não o contrário. A sociedade é a vítima nos crimes de corrupção, nos crimes em que agentes públicos e amigos do poder são acusados de terem lesado o erário. A garantia de isenção dos magistrados não pode se dar por meio de imposições de sigilo processual para que eles não sejam influenciados pelas notícias que depois surgirão. Há de se

dar, isso sim, com o fortalecimento da independência funcional, a qual não pode ser confundida com ativismo judicial, o qual, na verdade, prejudica a independência e a imagem do Judiciário. Considerando a gravidade da corrupção nos dias de hoje e seu profundo enraizamento nas instituições brasileiras, em um quadro de corrupção sistêmica praticada por meio de redes difusas e fluidas, é preciso que o Direito apresente respostas eficazes e proporcionais. É claro que a corrupção deve ser atacada em várias frentes. A minoração do problema exige uma abordagem multidisciplinar, sob diferentes ângulos. A impunidade é apenas uma das facetas que devem ser enfrentadas. Mas ela tem a seu favor, no caso dos crimes de corrupção em geral, a natural dificuldade de produção probatória e os riscos de interferência externa na atividade policial e jurisdicional. No que toca a esse enfrentamento, portanto, a publicidade processual ampla se mostra como um direito das vítimas e uma ferramenta fundamental no sentido de garantir o interesse da justiça, de garantir a regular prestação jurisdicional. A história recente do país demonstrou que a ampla publicidade processual e a constante mobilização social possuem uma correlação direta com a chegada ao fim de processos importantes envolvendo figuras poderosas, amigas do poder e outrora inatingíveis pelo direito penal, com julgamentos de mérito e eventuais condenações.

ABSTRACT

Secrecy and its protection manifest in different circumstances in the legal system, but most of them aim to protect the intimacy of citizens. There is a tension to be solved, however, between this intimacy protection and the necessity of publicity derived from public interest. When it comes to criminal procedures and prosecutions, this tension is especially tangible. The exercise of political power, nevertheless, does not go well with secrets though. Modern democracy demands transparency in every aspect involving public affairs. Thus, in the investigation of crimes committed by government agents this tension between the right of intimacy and the public interest is solved in a substantially less subjective manner in benefit of publicity. Many critics argue in favor of restrictions of excessive publicity saying it fuels media sensationalism that produces conservative criminal populism which results in punitive excess. In this sense, critics mention the risks of less impartiality by judges and disrespect of the privacy of everyone involved resulting in backsets of the democratic freedom conquests and promotion of a totalitarian atmosphere. We tend to relativize these exaggerated criticisms since there are no uniform trends in main mess media companies asking for more criminal punishments, except maybe for barbarian violent crimes and for corruption situations. Besides, even in these cases the majority of media conglomerates do not demand draconian treatments, even less in corruption cases for witch the hopes are only the impartial enforcement of the law and the end of total impunity. As for the fears of a growing and disrespectful of individual liberties police state, we detect a bit of a moral value inversion in the arguments for the restriction of publicity, because de disregard that the right of intimacy protects the citizens while members of the social body, not while participants of the state machine. It protects the population from the *arcana imperii*, from the secret powers, not the other way around. Society is the victim of the corruption crimes, that is, of the felonies against tax payer's money practiced by public servants and the private friends of power. The guarantee of impartiality of the judges cannot be imposed by keeping law suits and investigations secret so that they are not influenced by the news and the exploration of the facts by the press. What the guarantee of impartiality demands is the strengthening of the independency of the judges, which on the other hand can't be misrepresented by the judicial activism which actually harms the

independency of the judges in the long term and the image of the judicial system. Considering the severe endemic corruption of today and its deep roots planted in Brazilian institutions working in fluid and diffuse networks, it is evident that efficient and proportional law enforcement responses are needed. Corruption must be attacked by different approaches. To try and diminish the problem different angles and facets of it have to be faced with multidiscipline resources. Impunity is only one of these facets, but it has to be confronted firmly even though the natural difficulties of complex evidence production and external interferences in judicial and police activities are often factors that play on its side. Broad and vast publicity in the criminal investigation and procedures, outside the situations when the secrecy is absolutely necessary for the success of the evidence collecting process, are a legit right of the victims and an important tool in the interest of justice to guarantee the prosecutions get to the end. The recent history of our country has shown that broad publicity keeping the public opinion constantly mobilized have a direct correlation with corruption investigations and prosecutions going to the end when involving former untouchable powerful figures and resulting in their convictions eventually.

INTRODUÇÃO

Platão, no Livro II de "A república", nos conta sobre o mito de Giges, um ordinário pastor de ovelhas que certo dia, após um tremor de terra, encontra em uma das fendas abertas no solo um cadáver, de quem retira um anel de um dos dedos, um anel mágico. O simplório pastor descobre que girando o anel para baixo se torna invisível. Girando para cima, volta ao normal. Ele vai então ao palácio real e lá, invisível, mata o rei, toma a rainha e o poder[1].

O que o filósofo propõe é a reflexão sobre até que ponto nossos escrúpulos são os mesmos, nossa moral é a mesma, quando não somos vistos, quando nossos atos não podem ser descobertos, quando temos certeza da impunidade. E sobre o quanto isso é ainda mais sensível quando essa invisibilidade se encontra próxima ao poder. Se o poder pode corromper, o poder absoluto, que deriva da invisibilidade, corrompe absolutamente.

A corrupção política, a corrupção do poder, é algo que sempre existiu, em todas as épocas, em todos os locais, em maior ou menor medida. No Brasil, contudo, por razões históricas, socioculturais e institucionais ela, há tempos, vem se mostrando um problema especialmente grave e persistente. Sistêmico. Somando-se às razões mencionadas acima, a impunidade, a certeza dela por parte dos chamados donos do poder, na expressão de Faoro, e de seus amigos, mesmo aqueles de ocasião, surge como uma mazela difícil de ser combatida e que completa o contexto ideal para a prosperidade da corrupção e manutenção do nosso país em um eterno estado de desenvolvimento por acontecer, mas que não acontece.[2]

Pela expressão "corrupção" entenda-se, aqui, não apenas os delitos específicos de corrupção passiva e ativa dos artigos 317 e 333 do CP, mas, essencialmente, a desonestidade no processo de decisão política mediante o desvio dos critérios legais em troca de vantagem ilícita; o uso do poder público

[1] PLATÃO. *A república*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 56.
[2] País subdesenvolvido, país do futuro, país em desenvolvimento. Os nomes vão mudando.

para alcançar objetivos privados.[3] Nesse conceito se incluem, além dos delitos já mencionados, dezenas de outros que possuem o Estado, do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, como o sujeito passivo, mas cujas verdadeiras vítimas são os cidadãos, a sociedade.

Recentemente, alguns escândalos de corrupção amplamente noticiados pela imprensa, e cujos conteúdos dos processos judiciais foram divulgados como nunca antes, acabaram, finalmente, de forma inédita na história nacional, tendo os seus poderosos responsáveis levados à Justiça. Às claras. Essa situação inflamou debates, não de todo inéditos, sobre o direito à intimidade dos acusados em geral, presunção de inocência, sensacionalismo e perda de isenção por parte dos Juízes. Sobressaíram nas críticas à ampla publicidade os alertas, também não novos, dos riscos à democracia, dos riscos da demagogia, dos riscos do punitivismo populista, dos riscos de incentivo a um estado de coisas perigosamente "orwelliano". Argumentos jurídicos à parte, esse tom acima mencionado se verifica, explícita ou implicitamente, na maioria das críticas mais duras à publicidade que receberam os processos, por exemplo, do "Mensalão" e da "Operação Lava Jato". É o mesmo tom presente nas críticas à "Operação Castelo de Areia", à "Satiagraha", a casos que mobilizaram a sociedade como a morte da menina Isabella Nardoni, a morte dos pais de Suzane Richthofen, entre outros.

A presente dissertação se propõe a demonstrar que há nessas críticas uma inversão de valores e um desrespeito às verdadeiras noções de democracia e de interesse público, especialmente nos casos de corrupção. Defenderemos que a ampla publicidade nos processos judiciais envolvendo agentes públicos é não só legal, mas deve também ser observada obrigatoriamente pelos Juízes, salvo excepcionalíssimas situações, sendo também conveniente no sentido de evitar interferências de poderes ocultos na atividade jurisdicional.

[3] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 29.

Para tanto, no primeiro capítulo trataremos das diversas maneiras pelas quais o sigilo pode se manifestar no ordenamento jurídico, positivamente ou negativamente. Abordaremos as noções de sigilo, segredo e notoriedade, bem como os conceitos e razões de ser do segredo de justiça, do segredo profissional, sigilo jornalístico, sigilo de comunicações, de dados e documentos, fiscal e bancário, e o sigilo de Estado.

No segundo capítulo, procuraremos expor as firmes costuras que unem publicidade, democracia, liberdade de expressão, liberdade de pensamento. Não há democracia sem um povo muito bem informado sobre tudo o que acontece com o governo, sobre o que os agentes públicos fazem em seu nome ou supostamente em seu nome. Sigilo e poder não combinam. Na sequência, ainda no segundo capítulo, analisaremos e relativizaremos os argumentos contra a ampla publicidade processual que, em suma, criticam o sensacionalismo midiático, o populismo penal, a parcialidade dos Juízes nos casos de grande repercussão, e fazem alertas, a nosso ver bastante exagerados, quanto aos riscos de avanços totalitários.

Em seguida, ainda no segundo capítulo, trataremos mais especificamente da suposta parcialidade dos Juízes nos casos de maior repercussão e defenderemos que a melhor forma de se garantir a imparcialidade do Judiciário não é por meio de limitações à publicidade processual ou restrições à atuação dos meios de comunicação, mas fortalecendo a independência dos magistrados e suas prerrogativas, qualidades que, paradoxalmente, ao contrário do que no curtíssimo prazo possa parecer, são minadas, no longo prazo, pelo chamado ativismo judicial, o qual, a despeito de envaidecer alguns Juízes ou de ser simplesmente negado por outros tantos, precisa ser combatido. A conscientização pode partir dos próprios Juízes, a despeito dos exemplos contrários que, por vezes, vêm de cima. A verdadeira independência funcional não pode ser desvirtuada e utilizada como justificativa para veiculação de idiossincrasias ou ideologias, por mais que se pretendam nobres.

No terceiro e último, abordaremos o tema da corrupção, trançando um panorama de sua gravidade no mundo e no Brasil especificamente. Analisaremos

o problema sob o ângulo sociocultural, da impunidade e do enraizamento nas instituições, criando hoje uma situação sistêmica. Proporemos ferramentas para o ataque a cada uma dessas dimensões da corrupção, cientes de que só o enfrentamento em todas as frentes pode oferecer uma solução adequada. Em seguida, trataremos das organizações criminosas e suas relações com a corrupção, bem como da Lei 12.850/13. Por fim, abordaremos especificamente a questão da ampla publicidade processual nos crimes envolvendo agentes públicos como sendo o principal instrumento contra a impunidade. Um instrumento plenamente adequado ao ordenamento, de observância obrigatória pelos Juízes salvo raras e efetivamente necessárias exceções, e útil para evitar a interferência externa na atividade jurisdicional. Adequado ao ordenamento, visto que congruente com os princípios da publicidade, da transparência, da proporcionalidade e com a própria ideia de democracia, a qual exige a onividência da sociedade em relação aos agentes de poder, não o contrário, residindo nessa inversão, isto é, na invisibilidade dos *arcana imperii*, o risco de totalitarismo. De observância obrigatória, tendo em vista o disposto no art. 93, IX, da CF/88 e tendo em vista que a população é a vítima do crime, a qual tem o direito de saber de tudo que toca à má utilização de seu dinheiro. Útil aos processos porque inibe, por meio da atenção constante da população, a audácia por parte de poderosos que queiram eventualmente “abafar” as investigações. A demonstrar que a ampla publicidade realmente tem um impacto no sentido de garantir o avanço da marcha processual, comentaremos três casos: “Operação Castelo de Areia”, “Mensalão” e “Operação Lava Jato”.

Dentro da ideia de que o Direito brota da consciência comum do povo e que varia, de tempos em tempos e de sociedade para sociedade, ainda que mantendo princípios essenciais, temos que é chegada a hora de o problema da corrupção, como contemporaneamente algo que atingiu um ponto insustentável, ser definitivamente atacado de forma contundente, com os sacrifícios que se fizerem proporcionalmente exigíveis, sem relativização de sua gravidade ou falsas prudências por detrás de cujas retóricas, por vezes, se escondem outros interesses, os de sempre. A impunidade é só um aspecto a ser solvido. Talvez sequer o mais importante. Mas precisa acabar.

CAPÍTULO 1 - Sigilo e sua proteção jurídica.

1.1. Sigilo e segredo: etimologia e conceito.

O termo *sigilo* vem do latim *sigillum*, que significa selo[4], pequeno sinal. Daí o verbo *sigilar,* por em selo, selar. É diminutivo de *signum*, marca. Ana Lúcia Menezes Vieira lembra que no passado os *signores* marcavam suas propriedades com seu *signum*, seu *sigillum*. Aos poucos, o sentido evoluiu e mesmo alguns atos de Estado passaram a ser validados e colocados sob o *sigillum*, sob a marca de autenticidade[5].

Segredo é o conteúdo do que está marcado pelo sigilo. Também proveniente do latim, *secretum*. Traduz-se literalmente como o que está afastado, separado. É o conteúdo que não se quer revelar ou não pode ser revelado, o que se oculta à vista, ao conhecimento, o que não se divulga[6].

Os selos de cera que antigamente eram apostos nas cartas representam boa imagem dessa relação entre o *sigillum* e o *secretum*. Segredo é o que está dentro, sigilo é a forma pela qual se garante a inviolabilidade.[7] Se o sigilo é violado, fica exposto o segredo.[8]

Com o tempo, as expressões perderam essa relação de conteúdo e continente e passaram a ser utilizadas indistintamente, como sinônimas. Tanto

---

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 1299.
[5] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 28-29.
[6] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 1281.
[7] KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.
[8] PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro: confronto com o direito à intimidade*. Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, p. 20.

que Aurélio Buarque de Holanda, entre as várias acepções e utilizações dos termos que oferece, reconhece perfeita sinonímia na grande maioria delas[9].

Logo, embora os termos tenham etimologias distintas e, a rigor, não se confundam, doravante serão empregados aqui sempre como sinônimos, de forma intercambiável, conforme o uso comum que é feito inclusive por grande parte da doutrina e da jurisprudência, embora se respeitando a nomenclatura mais usual e tradicionalmente adotada de cada instituto jurídico relacionado.

Democracia e segredo pouco combinam, pontua-se desde logo. O segredo se encontra, como diz Elias Canetti, recôndito no âmago do poder, ao mesmo tempo em que os desvios são da própria essência do que se mantém incógnito, escondido. O segredo favorece o desvio e o desvio exige um novo segredo. De segredo em segredo, de desvio em desvio, as instituições se desvirtuam[10].

No campo do direito, e a par de sua utilização ilegítima para fins escusos, João Bernardino Gonzaga conceitua o segredo, em amplo sentido, como um "informe que, sendo do conhecimento apenas do seu titular ou de determinado número de pessoas, não deve, por disposição de lei ou por vontade juridicamente relevante do interessado, ser transmitido a outrem"[11]. A definição encampa a conjugação das teorias objetiva e subjetiva sobre o fenômeno, conforme o conceito de "vontade razoável" extraído de Carrara.

---

[9] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 1281-1299.

[10] BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2015, p. 83.

[11] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 22. O autor também cita as definições de Manzini, segundo o qual "segredo, em sentido jurídico, é um conceito de relação material e pessoal e indica o limite posto, por uma vontade juridicamente competente, ao conhecimento de um fato, de um ato ou de uma coisa, de modo que estes sejam atualmente destinados a permanecer ocultos a toda pessoa diversa daquelas que legitimamente os conhecem, ou àqueles aos quais não sejam revelados, por quem possui o poder jurídico de estender ou restringir dito limite, ou por forças voluntárias ou involuntárias independentes da vontade de quem possui a disponibilidade jurídica do segredo"; de Gramatica, para quem segredo é "qualquer ato, documento ou notícia concernentes a atividade privada ou pública, tutelados pela lei penal para que não sejam conhecidos, e cuja revelação acarrete um dano ou um perigo a quem (pessoa, ente, Estado) dele era titular"; de Basileu Garcia: "O informe, referente a um acontecimento, que não deve, pela sua natureza ou por efeito de manifestação da vontade do depositante, ser transmitido a outras pessoas".

A teoria objetiva considera que segredo é qualquer "informe cuja revelação a terceiros possa acarretar um dano para o seu titular", enquanto que para a subjetiva a conceituação de algo como segredo depende "do interessado conferir o atributo de sigiloso a determinado fato".

Bernardino Gonzaga adota a definição que sintetiza as duas teorias para concluir que a definição de algo como segredo depende, sim, da vontade do titular, mas tal atitude de vontade "deve ser reconhecida objetivamente como válida, porque fundada em interesse merecedor"[12]. Daí a ideia de "vontade razoável".

Uma situação que excepciona o entendimento de algo como sendo um segredo, e potencialmente afasta a pretensão de sua proteção, é a notoriedade do fato supostamente sigiloso. Afinal, por lógica, não há qualquer justificativa para sequer se cogitar de segredo quanto a informações já impossíveis de serem escondidas[13]. Essa notoriedade, porém, deverá abranger toda a informação, pois caso apenas parte dela seja notória, os detalhes não conhecidos permanecem potencialmente passíveis de proteção:

> (...) sempre que se apresentar um saldo de ignorância a respeito do fato – ou porque este conserva relevantes aspectos ocultos, ou porque há círculos demarcáveis de pessoas que ainda o desconhecem – algo de sigiloso prosseguirá existindo e não cabe falar em efetiva notoriedade.[14]

Embora a notoriedade, como motivo excludente da proteção a um segredo, tenha aplicação mais óbvia quando se trata da descaracterização do crime de violação de segredo profissional, ela também pode ter consequência no tratamento de outros institutos jurídicos que giram em torno da noção de sigilo, como o segredo de justiça, por exemplo. Basta que se imagine a percepção de notoriedade como motivo influenciador de decisão judicial que decreta ou levanta

[12] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 18.
[13] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 31.
[14] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 33.

o segredo, especialmente em situações limítrofes, quando impera o subjetivismo e a dúvida pode levar a decisão para um lado ou outro.

1.2. O segredo de justiça.

1.2.1. *Histórico e linhas gerais*.

Dentre as diversas formas pelas quais a proteção ao sigilo, ou segredo, pode se manifestar no ordenamento jurídico, talvez a mais importante - e certamente a mais relevante para os fins deste trabalho - seja aquela referente ao segredo de justiça.

Este é a "regra segundo a qual é proibido, subjetiva ou objetivamente, assistir a atos ou revelar o conteúdo de documentos, diligências ou atos de processo".[15]

Ao longo da história, o tratamento dado ao segredo de justiça variou bastante, não se podendo constatar um sentido contínuo. Por exemplo, no Egito e entre os hebreus havia uma publicidade parcial. A instrução era pública, o momento da decisão sigiloso, após a qual a publicidade era retomada. Na Grécia havia publicidade total, em todas as fases, também assim em Roma antes do Império, a partir de quando, até mesmo por interesse de maior controle por parte dos imperadores, gradativamente a publicidade foi sendo reduzida. Os julgamentos que antes ocorriam no *Forum,* por exemplo*,* passaram a ser realizados em salas de audiência fechadas por cortinas (*velum*). Após arrefecimento da tendência ao sigilo na época de Constantino, a Idade Média vê recrudescer as limitações à publicidade até o seu quase desaparecimento, exceto na Inglaterra[16].

---

[15] EIRAS, Agostinho. *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 54.

[16] KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61-62.

Essa tendência volta a se inverter a partir do século XVIII. No clássico "Dos Delitos e das Penas", de 1764, Beccaria nomeia o segredo (nas persecuções estatais) como "o escudo mais forte da tirania"[17]. José Frederico Marques lembra que a publicidade está profundamente ligada à humanização do processo penal, e cita célebre frase de Mirabeau perante a Assembleia Nacional durante a revolução francesa: "Donnez-moi le juge que vous voudrez partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez; peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public"[18]. A publicidade, assim, manteria uma relação direta com "a legitimidade do exercício do poder de punir pelo Estado"[19], consubstanciando-se em verdadeira "garantia das garantias", na famosa expressão de Luigi Ferrajoli.

No Brasil, a Constituição do Império, em 1824, previu em seu art. 159: "Nas causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já." Poucos anos depois, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, observou o comando constitucional e previu audiências com portas abertas e sigilo apenas nas votações do Tribunal do Júri.

As nossas Constituições que se seguiram silenciaram acerca do tema, até a de 1988[20]. Nela, dois dispositivos trataram da questão: o inciso LX do art. 5º e o inciso IX do art. 93. O primeiro estabelece que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", enquanto que o segundo, após a Emenda Constitucional 45 de 2004, afirma que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus

[17] BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 33.
[18] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – vol. I.* Campinas, SP: Millennium, 2000, p. 71. Resumindo, em tradução livre: "Dê-me o juiz que quiser, parcial, corrupto ou meu inimigo, mas desde que não possa fazer nada senão em público."
[19] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 69.
[20] KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 66.

advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

No âmbito dos diplomas internacionais, cumpre destacar o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual toda pessoa tem direito a que sua causa seja publicamente julgada[21]; o art. 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem, de 1950[22]; e o art. 8.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), o qual prevê que o "processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça".

É importante a distinção que normalmente se faz entre sigilo externo e interno. Ambos seriam formas de segredo de justiça. O externo diz respeito àqueles que não atuam no feito, como o público em geral e a imprensa. Partes, advogados constituídos, Defensores Públicos, Promotores de Justiça, têm acesso normal. Já o sigilo interno é aquele oposto até mesmo quanto ao réu e seu advogado, por exemplo, nas diligências em curso na fase do inquérito.

O sigilo interno, se vê, engloba o externo, pois se nem o indiciado têm acesso às informações, menos ainda o público. Ele se volta "precipuamente à pessoa do investigado e/ou a seu advogado e prescinde de decreto judicial, por ser da essência mesma de certos atos, como a interceptação telefônica"[23].

---

[21] Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

[22] Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

[23] SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *Sigilo interno e externo da investigação criminal*. Boletim IBCCRIM, ano 15, nº 177, agosto 2007, p. 12.

Já o sigilo externo é sinônimo do que tradicionalmente alguns juristas se referem como publicidade restrita. A propósito, Gustavo Badaró menciona que a expressão *publicidade restrita* é "impropriamente conhecida como '*segredo de justiça*"[24]. Contrapõe-se à publicidade geral, que permite o acesso de todos os atos do processo às partes e ao público. Depende de decisão judicial, segundo a "situação excepcional prevista em lei"[25]. Pontes de Miranda usa as expressões *publicidade total* e *publicidade para as partes*. A primeira teria como principal razão evitar que "se desconfie dos julgamentos inacessíveis ao público". Trata-se de um fim político. A segunda atende ao direito que têm as partes "de conhecimento das atuações das pessoas interessadas e do Juiz ou do tribunal"[26].

José Frederico Marques menciona ainda uma outra classificação, de menor relevância, segundo a qual há a publicidade imediata, quando os atos estão ao direto alcance das partes, e a mediata, quando eles se tornam públicos por meio de informes ou certidões sobre o conteúdo[27].

Portanto, o segredo de justiça (ou publicidade restrita), como gênero, se divide em sigilo interno e externo.

1.2.2. *Fundamentos do segredo de justiça*.

Independentemente da natureza externa ou interna do sigilo, existem alguns fundamentos que parecem se verificar com uniformidade na doutrina como justificativa ao resguardo das informações sob segredo de justiça. São eles a garantia de serenidade e imparcialidade dos agentes da persecução e do Juiz, a utilidade para as investigações[28], a proteção da intimidade e da honra do investigado e de outros envolvidos, como familiares, vítimas e testemunhas.

---

[24] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.
[25] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.
[26] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 70-71.
[27] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2000, v.1, p. 71-72.
[28] Agostinho Eiras lembra que a publicidade pode "dificultar a recolha de provas através da coação das partes, das testemunhas ou do próprio juiz". EIRAS, Agostinho. *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 25.

Agostinho Eiras aponta também a necessidade de igualar as forças – Estado/investigado – como motivo justificador para o sigilo durante a fase do inquérito, pois o investigado, ao praticar um crime, o faz "de modo calculado, sub-repticiamente, colocando-se em situação de vantagem".

O autor também questiona a força do argumento segundo o qual a razão do segredo de justiça seria a de proteger a intimidade e o bom nome do réu e dos familiares. A proibição da publicidade em atos de inquérito e do processo não se assentaria essencialmente na proteção à vida privada, até porque a Constituição (tanto portuguesa quanto brasileira ou da maioria dos países para os efeitos aqui em questão) possui uma série de princípios a serem conjugados, entre os quais o de uma sociedade justa, para o que a busca da tranquilidade a que a comunidade tem direito e a repressão à criminalidade são objetivos indissociáveis.[29] Se mostra paradoxal privar a comunidade da segurança necessária sob a justificativa de proteger garantias individuais.[30]

Nesse sentido, reforçando o caráter utilitário do sigilo como garantidor da eficiência das investigações nas fases preliminares do processo, argumenta-se que se a presunção de inocência e a intimidade/honra do acusado estivessem mesmo equiparadas à eficiência da investigação como fundamento do sigilo, e não fosse uma razão apenas subsidiária, o segredo teria de subsistir até a sentença transitar em julgado[31].

Seguindo essa lógica de que "investigação sem sigilo é fogo que não arde"[32] e de que nas fases mais preliminares da persecução a razão principal do sigilo é a busca do sucesso das investigações, e não a proteção às intimidades dos envolvidos, o art. 20 do CPP dispõe que a "autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

---

[29] EIRAS, Agostinho. *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 61-62. Vide, nesse sentido, item 1.3.7.
[30] EIRAS, Agostinho. *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 62.
[31] SANTOS, Bruna Solange Diogo. *O Segredo de Justiça*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Autônoma de Lisboa, 2014, p. 28.
[32] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

Não é razoável ou condizente com uma democracia que o sigilo seja tal a ponto de tolher o direito de defesa, mesmo na fase do inquérito. O Estatuto da Advocacia veio, em 1994, a alterar esse cenário para o extremo oposto, dispondo em seu art. 7º, XIV, ser direito do advogado, mesmo sem procuração, examinar autos de flagrante e inquérito em qualquer repartição policial, mesmo quando conclusos com a autoridade.

O STF balizou o conflito com a edição da Súmula Vinculante 14, segundo a qual é "direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

De se notar a expressão "já documentados" utilizada na súmula. Trata-se de importante ressalva, pois assegura a possibilidade de manutenção do legítimo sigilo no interesse das investigações, de forma mais equilibrada, nas diligências ainda em andamento. Fernando da Costa Tourinho Filho chega a propor que esse tipo de sigilo seja extensível a diligências já realizadas, quando atreladas a outras ainda por fazer[33].

Recentemente, a Lei 13.245/2016 alterou a redação do art. 7º, XIV, do Estatuto da Advocacia, substituindo a expressão "qualquer repartição policial" por "qualquer instituição responsável por conduzir investigação" e a expressão "autos de flagrante e inquérito" por "autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza", no que foi feliz ao ampliar a garantia de acesso. Manteve no dispositivo, contudo, a expressão "mesmo sem procuração", o que há de ter ocorrido por descuido do legislador, à medida que o novo §10 do mesmo art. 7º afirma, em plena sintonia com a Súmula Vinculante 14 do STF, que nos autos que tramitem em sigilo o advogado deve apresentar procuração para exercer os direitos previstos no inciso XIV[34].

[33] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.
[34] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*.4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

Isso nos leva à questão da publicidade externa do inquérito, cuja redação do art. 7º, §10, do Estatuto da Advocacia não deixa dúvidas de que, dependendo do caso, poderá existir. É o que se depreende também da lição de Gustavo Badaró, no sentido de o "segredo de justiça poderá ser decretado pela autoridade policial, nos termos do disposto no art. 20 do CPP, sendo oponível a terceiras pessoas, mas jamais a advogados".[35]

Superada a fase do inquérito, a proteção da honra do réu, de sua intimidade e de sua família, se sobressaem como os fundamentos normalmente mais invocados na defesa das restrições à publicidade no processo penal. Pela proximidade dos conceitos, serão considerados em conjunto no subitem abaixo.

1.2.3. *Intimidade*, *vida privada, honra e imagem*.

Boa parte da doutrina trata a intimidade e a vida privada como sinônimos, apesar dos conceitos não serem exatamente coincidentes. Assim Uadi Lammêgo Bulos, o qual concorda com a similaridade dos termos e afirma que, na verdade, "não há como dissociar o direito à intimidade do direito à privacidade"[36]. José Afonso da Silva, por seu turno, cita a definição de Adriano De Cupis, para quem a intimidade consistiria na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma, abrangendo a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência e até o sigilo profissional. O constitucionalista brasileiro parece concordar com a proximidade dos conceitos e reforça que o direito à intimidade sempre foi considerado equivalente ao direito à privacidade, mas afirma preferir usar essa segunda a expressão, de maneira a abarcar todas as manifestações da intimidade, da esfera privada e da personalidade.[37]

René Ariel Dotti também acaba tratando, na prática, os conceitos como sinônimos, todavia o faz após notar a sutil diferença que, basicamente, consistiria no fato de que a intimidade é mais restrita, é o que há de mais essencial na vida

[35] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.
[36] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147.
[37] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros: 2008, p.100-101.

privada. A vida privada seria a moldura dentro da qual está a intimidade. Lembrando a conclusão de Jean Carbonnier, Dotti caracteriza a intimidade como a "esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais".[38] Flávia Rahal, seguindo essa linha, afirma que "a intimidade é o interior mais profundo do ser humano e deve ser compreendido, pois, como aquilo que está no seu interior indevassável".[39]

Enxergando também essa diferença, José Adércio Leite Sampaio lembra que se engloba no conteúdo de vida privada a liberdade da vida familiar, a intimidade e outros aspectos relacionados à personalidade[40]. O direito à intimidade estaria mais associado ao controle do fluxo de informações pelo indivíduo, ou *outputs informacionais* na expressão do autor. "Diz-se assim que o direito à intimidade concede um poder ao indivíduo para controlar a circulação de informações a seu respeito"[41].

Paulo José da Costa Junior exemplifica as diferenças entre vida privada e intimidade a partir da imagem de círculos concêntricos. A vida privada seria o círculo mais externo, compreendendo dentro dele todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não se tornem públicos. A intimidade seria o círculo menor, dentro do primeiro, seria o círculo da confiança[42].

O direito à honra não se confunde com o direito à privacidade ou à intimidade. Honra é o conjunto de "qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom-nome, a reputação", podendo a

[38] DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.69
[39] PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro – confronto com o direito à intimidade*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000 , p. 22.
[40] SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 277.
[41] STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.
[42] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 32.

pessoa preservar essa dignidade, “mesmo fictícia, até contra ataques da verdade”.[43]

Paulo José da Costa Junior a define como a consideração social, o bom nome e a boa fama, bem como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade, ou seja, “a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa”[44].

Uadi Lammêgo Bulos considera salutar a inclusão da honra no mesmo inciso X do art. 5º ao lado da intimidade e da vida privada, pois ela é “irmã da dignidade, do respeito e da boa reputação”.[45] José Adércio Leite Sampaio faz uma observação peculiar. Uma intenção dirigida à depreciação da honra pode dizer respeito a “aspectos particulares, privados, confluindo com as águas da intimidade”, mas pode também “se referir a atividades públicas, delas fugindo”.[46]

O direito à imagem é também um direito derivado da proteção à intimidade, pois resta ela violada no aspecto físico de seu titular quando sua imagem é indevidamente reproduzida. Logo, o direito à imagem busca evitar que terceiros venham a conhecer a imagem do titular. Igualmente, quando a exposição da imagem, ainda que de pessoa desconhecida, é um elemento que compõe um fato relevante, como uma solenidade, um evento ou uma catástrofe, por exemplo, não há se falar em lesão do direito.[47]

Não há se falar em uso indevido da imagem quando se trata de uma pessoa famosa e a divulgação não expõe nada mais do que aquilo que todos já conhecem, traçando-se aqui um paralelo com a ideia de prévia notoriedade do segredo (que faz com que deixe de ser segredo, independentemente do eventual

---

[43] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros: 2008, p.102.
[44] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 39.
[45] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147.
[46] STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 284.
[47] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, pp. 50-51.

desejo subjetivo do titular) desenvolvida por Bernardino Gonzaga e abordada no final do primeiro item deste capítulo[48].

A situação difere, contudo, da exposição da imagem de uma pessoa famosa em aspectos que não eram notórios, aspectos que não eram eles próprios famosos. Assim, por exemplo, a exposição da imagem de uma atriz famosa enquanto está se trocando no camarim. O rosto dela é famoso e notório. Não sua nudez em um momento íntimo, ainda que já tenha posado nua para alguma revista. Ressalva também se faz ao uso indevido de uma imagem com intrínseco valor comercial ou para fins de exploração comercial[49].

Nossa Constituição de 1988 achou por bem separar os quatro termos, independentemente das proximidades doutrinárias e conceituais, à medida que previu no art. 5º, X, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, no que seguiu os exemplos de países como Alemanha, Estados Unidos, Argentina e Chile[50].

Contudo, a despeito da separação constitucional expressa verificada no inciso X do art. 5º, apenas a intimidade foi mencionada pelo inciso LX como exceção textual à publicidade dos atos processuais, além do interesse social.

---

[48] Equivocada e sem sentido, portanto, a ideia de alguns políticos que em discussões com populares que os filmam em ambientes públicos e repletos de pessoas dizem que "não dão a eles o direito de filmar". Se a imagem mostra a pessoa notória em trajes como normalmente ela se apresenta, em ambiente público, dificilmente haverá algum direito à imagem a ser preservado.

[49] Recentemente, a Rede Bandeirantes de Rádio e Televisão e alguns integrantes de um antigo programa da emissora foram condenados pelo Juiz Paulo Henrique Ribeiro Garcia a pagar indenização à atriz Luana Piovani por terem se utilizado da imagem dela, sem autorização, na praia. A condenação ressaltou, contudo, a duração do quadro humorístico envolvendo a atriz sem sua vontade e a exploração comercial patenteada na busca pela audiência. Segue excerto da decisão: "(...) houve a construção de um quadro televisivo, com duração de aproximadamente 14 minutos, em que a autora se tornou a atração principal, visando utilizar a representação exterior da celebridade para atrair público. (...) Ora, se o programa "Pânico na Band" pretende ter um determinado artista em seus quadros, o adequado seria pagar pela participação dele e não constrangê-lo a participar graciosamente, utilizando-se da força das "câmeras e dos microfones", e por meio de uma pauta em que se coloca em jogo a forma de agir e de ser da celebridade. Ademais, se houver recusa, deve ela ser respeitada". A sentença, por outro lado, julgou improcedente o pedido da atriz de condenação dos réus na obrigação de não mais exibir imagens da autora ou utilizar seu nome, isto porque não configura ato ilícito a mera exibição de imagem de uma pessoa famosa ou a menção de seu nome. Plenamente acertada a sentença a nosso ver. Notícia com link para a sentença disponível em https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI290615,81042-Panico+indenizara+Luana+Piovani+em+R+300+mil+por+uso+indevido+de, 15.11.2018.

[50] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 146.

Isso não significa que vida privada, a imagem e a honra estejam necessariamente fora da esfera de proteção no que toca ao sigilo. É razoável que, no contexto específico de que estamos tratando, a intimidade seja interpretada de forma ampla, englobando a vida privada, conforme sinonímia já referida acima e historicamente utilizada por boa parte da doutrina, e englobando mesmo a honra e a imagem, à medida que sua proteção é também um dos fundamentos normalmente invocados pela doutrina em defesa do sigilo, seja na fase inquisitorial, seja no processo. É a opinião que se depreende de André Copetti, o qual menciona que a exceção à publicidade do inciso LX como defesa da intimidade das pessoas está "perfeitamente de acordo com o dispositivo constitucional previsto no inciso X, do mesmo artigo 5º".[51] Flávia Rahal também entende que ao estabelecer tal exceção para a intimidade, o legislador constitucional quis indicá-la em seu sentido mais amplo possível, compreendendo também a vida privada e a honra.[52] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar do art. 5º, X, lista todos esses direitos sob a mesma rubrica, a qual intitula como "a inviolabilidade da intimidade"[53].

Daí a inquestionável constitucionalidade do §6º do art. 201 do CPP, acrescentado pela Lei 11.690/2008, que autoriza o Juiz a decretar o segredo de justiça para a preservação da intimidade e também da honra, da vida privada e imagem do ofendido.

A relação dessas liberdades fundamentais com o segredo de justiça se faz evidente não só para a proteção do ofendido. A publicidade de uma persecução penal poderá agredir a intimidade e a honra de um acusado, bem como a de sua família. A questão será sopesar os prós e contras dessas agressões em face de outros interesses que a publicidade garante.

---

[51] COPETTI, André. Comentário ao art. 5º, LX, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 452.
[52] PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro – confronto com o direito à intimidade*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, p. 138.
[53] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 337.

1.2.4. *Interesse social e interesse público*.

A outra exceção à publicidade prevista no inciso LX do art. 5º da nossa CF/88 diz respeito ao interesse social. De difícil conceituação, ele seria um interesse que concerne à toda sociedade, de maneira que se identificaria tanto com a defesa dos interesses individuais quanto com os coletivos, tanto com as liberdades do réu, quanto com o interesse da sociedade em ver a Justiça realizada e o crime combatido[54].

Rodolfo de Camargo Mancuso define o interesse social como aquele que concerne à maioria da sociedade civil, que espelha o que a sociedade compreende por "bem comum" e elegeu espontaneamente como sendo dos mais relevantes[55].

Assim como os conceitos de intimidade e vida privada, os de interesse público e interesse social são suficientemente próximos a ponto de serem, na prática, tratados muitas vezes como sinônimos por parte da doutrina[56] e, por vezes, até pela legislação, embora, a rigor, o interesse social seja uma espécie de interesse público.

Flávia Rahal afirma não enxergar nenhuma razão prática para a diferença que a CF/88 faz entre esses dois interesses. Ao contrário, opina por provável falta de técnica legislativa do Constituinte.[57]

Tanto que Hugo Nigro Mazzilli afirma que a expressão *interesse público* tornou-se equívoca nos dias de hoje, pois "passou a ser utilizada para alcançar

---

[54] KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

[55] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

[56] Como exemplo, a doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco, na qual não se vislumbra qualquer diferenciação. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 409-413.

[57] PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro – confronto com o direito à intimidade*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, p. 137.

também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos, os interesses difusos, etc."[58]

A propósito dessa forma indiscriminada com a qual o próprio legislador por vezes trata os dois interesses, o social e o público, André Pires de Andrade Kehdi cita as Leis 9.868/99 e 11.417/06[59]. A primeira regulamenta as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e prevê no seu artigo 27 que o STF poderá, por maioria de dois terços, tendo em vista o interesse social, regular os efeitos de sua decisão no tempo[60]. A segunda, que regulamenta as súmulas vinculantes, prevê em seu art. 4º que o STF poderá, por maioria de dois terços, tendo em vista o interesse público, regular os efeitos da adoção da súmula no tempo[61]. Textos, portanto, quase idênticos, dirigidos ao mesmo tribunal, mas um fala em interesse público, outro em interesse social.

O novo Código de Processo Civil inovou em relação ao Código de 1973, pois previu no seu art. 189, I, que os atos processuais correrão em segredo de justiça quando o interesse público ou social exigir. O Código anterior não falava em interesse social. Pontes de Miranda, comentando o antigo art. 155, definia o interesse público como sendo um interesse transindividual, opondo-o, assim, aos interesses apenas das partes, esses, individuais[62]. A inovação legislativa em comento tratou os interesses público e social como diversos, mas, em análise ao dispositivo atualmente em vigor, Pedro Henrique Nogueira não os diferencia e

---

[58] Segundo o autor, a expressão tem sido "predominantemente usada para alcançar o interesse de proveito social ou geral, ou seja, o interesse da coletividade", até mesmo pelo legislador. MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45-46.

[59] KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

[60] Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[61] Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

[62] MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 71.

considera ambos apenas como interesses transindividuais, que transpõem o interesse das partes[63]. Embora também não conceitue os dois interesses, Cassio Scarpinella Bueno deixa claro que há diferença entre eles, à medida que afirma que a atual regra processual civil é mais ampla que a anterior[64].

Já a doutrina administrativista tradicionalmente adota o entendimento de que o interesse social, para as desapropriações, é aquele da coletividade e no qual o bem desapropriado não se destinará à Administração Pública, ao contrário do que se dará quando a intervenção dominial se der por necessidade ou utilidade pública[65].

Significativa é a visão que entende o interesse social como uma espécie de interesse público, que seria o gênero maior[66]. Assim, haveria o interesse público estatal e o interesse público social, o qual seria um interesse público primário, que encamparia o bem geral. Já o interesse público secundário seria o interesse público estatal, ligado àquele da atuação da Administração[67]. Segundo essa visão, compartilhada por Hugo Nigro Mazzilli, interesse social seria sinônimo de interesse público primário[68].

É a posição também de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o interesse público não se confunde necessariamente com os interesses do Estado, pois este, além de subjetivar a dimensão pública dos interesses individuais dos partícipes da sociedade, também possui ele próprio interesses que lhe são particulares, os quais não podem ser definidos como interesses públicos propriamente. Assim, Bandeira de Mello define o interesse público

---

[63] NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arrua Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 589.

[64] BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161.

[65] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 608-610.

[66] KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

[67] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

[68] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

verdadeiramente como aquele "resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem", sendo certo que tal interesse público só se justifica como tal "na medida em que constitui veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro". Ou seja, o interesse público tem que ser também encarado em sua dimensão histórica, "tendo em vista a sucessividade das gerações"[69].

René Ariel Dotti, sem entrar exatamente na polêmica entre interesse social e interesse público, relaciona os vários interesses que podem justificar mitigações à vida privada/intimidade, como o interesse da segurança nacional, o da investigação criminal, o da saúde pública, o da História, o da crônica policial, o da Administração Pública, o da cultura, entre outros, donde se depreende a possibilidade de uso da expressão *interesse público* de forma ampla, como gênero englobante de várias espécies[70].

Em última análise, portanto, existe realmente diferença entre os dois interesses. O que dificulta a questão, muitas vezes, é a forma confusa com que os conceitos são utilizados por alguns operadores e pelo próprio legislador. É caso a caso que se aferirá se os termos foram utilizados com rigor técnico ou não. Na prática, concordando-se aqui com Flávia Rahal, na maioria das vezes não haverá diferença efetiva entre os dois interesses.

É importante esclarecer, por fim, que os interesses sociais na maioria das vezes coincidirão com os chamados interesses difusos, mas nem sempre. Não são sinônimos[71].

---

[69] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 57-63.

[70] DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 194-222.

[71] Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme positivados na nossa legislação a partir do Código de Defesa do Consumidor, são interesses transindividuais ou coletivos em sentido amplo, mas não se confundem exatamente com o interesse público ou social, e nem sequer são espécies desses, mas sim algo à parte, um *tertium genus*. Apesar desses interesses coletivos constituírem interesses transindividuais, assim como os interesses sociais, nem todo interesse transindividual é um interesse social. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli esclarece que há interesses difusos tão abrangentes que realmente coincidem com o interesse público primário, ou social (por exemplo, a defesa do meio ambiente); há outros menos

1.2.5. *O interesse público à informação e a Emenda Constitucional 45/2004*.

Em sua redação original, o art. 93, IX da CF/88 previa a publicidade de todos os julgamentos, podendo a lei, dependendo do interesse público, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes.

Com as ressalvas já analisadas nos subitens acima, extraía-se da redação primitiva do art. 93, IX, e de seu cotejo com o art. 5º, LX, a existência de três hipóteses na nossa Constituição para restringir a publicidade processual: a intimidade (ampla), o interesse social (art. 5º, LX) e o interesse público (art. 93, IX).

A expressão *interesse público* parecia estar empregada em seu sentido mais amplo possível, de forma que podia, dependendo do caso concreto, indicar qualquer dos interesses exemplificados por René Ariel Dotti, ou representar tanto o interesse público primário quanto o secundário de Ricardo de Barros Leonel e Hugo Nigro Mazzilli, não se podendo descartar a hipótese de ter sido utilizada pelo constituinte de forma pouco técnica.

O cenário era potencialmente gerador de insegurança jurídica, visto serem infindáveis as situações que podem ser enquadradas como de interesse público por um aplicador que tenha a intenção de excepcionar a publicidade.

Assim foi que a reforma do Poder Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, "tomou partido pela primazia do direito à informação"[72], em detrimento da intimidade dos sujeitos processuais.

---

abrangentes (como o interesse dos consumidores de um determinado produto); há aqueles que conflitam com os interesses do Estado (como o interesse dos contribuintes); há aqueles que conflitam com os interesses de outros grupos, isto é, com outros interesses transindividuais (como o interesse de foliões no carnaval em oposição aos interesses dos moradores que se sentem incomodados com a poluição sonora). MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses. 20ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

[72] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.

Com a Emenda, a redação do inciso IX passou a dizer que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o *interesse público à informação.*

A mudança de enfoque é clara. A expressão *interesse público*, que na redação original era ensejadora da possibilidade de sigilo, agora, consta como *interesse público à informação*, o qual é, justamente, limitador da possibilidade de sigilo. Mesmo quando houver risco à intimidade de um particular. Essa intimidade só será protegida caso não prejudique o interesse público à informação.

A especificidade do texto constitucional é salutar, à medida que eleva a publicidade a patamar efetivamente mais alto, ressaltando ao intérprete que não se trata de bens de equivalente importância que ele pode livremente ponderar, subjetivamente, ora favorecendo um, ora outro. A Emenda Constitucional forneceu ferramenta no sentido de ajudar a retirar um pouco da zona cinzenta o conflito intimidade/publicidade e a reduzir o nível de subjetivismo interpretativo que cerca o tema. Houve, efetivamente, um reforço da publicidade, na expressão usada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho[73].

1.2.6. *O interesse da justiça*.

O art. 792, §1º, do CPP menciona o *risco de escândalo*, de *inconveniente grave* e de perigo de *perturbação da ordem* como justificativas para que se restrinja a publicidade. Em algumas dessas situações, o que se estará protegendo é o interesse da justiça, isto é, a continuidade e eficiência dos trabalhos (se estivermos falando de uma audiência, por exemplo).

Outras vezes, as hipóteses do art. 791, §1º, do CPP poderiam, em tese, proteger outros interesses públicos. A hipótese de *inconveniente grave*, por exemplo. Inconveniente grave para quem?

[73] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 282.

A expressão *interesse público* já foi usada, e por vezes ainda é, para justificar uma enorme gama de interesses, nem sempre os mais legítimos. De certa forma, sua proteção mediante imposição de sigilo, muitas vezes remete a uma questionável preocupação com interesses maiores e intangíveis do Estado, não muito bem explicados ou entendidos quais seriam, tantas vezes utilizada por governos como justificativa para que não chegassem ao escrutínio público ações ou medidas que poderiam vir a ser criticadas ou desmentidas.

Nesse sentido, para qualquer época e inclusive a atual, vale a observação de Ives Gandra Martins, o qual bem comenta que "quando se fala em 'interesse público', para o detentor do poder, o primeiro e maior interesse é o 'interesse dos governantes' e não o 'interesse público'"[74].

Exige-se uma leitura mais restrita do art. 792, §1º, do CPP.

Depois da Emenda, as restrições à publicidade só são possíveis em defesa da intimidade (e se ela não ferir o interesse público à informação) e do interesse social (art. 5º, LX, cumulado com art. 93, IX, ambos da CF/88), e é nesses termos que as exceções do art. 792, §1º, devem ser analisadas. E assim também todas as demais exceções legais à regra da publicidade, como o art. 20 e o art. 201, §6º, ambos do CPP, e o art. 8º da Lei 9.296/96.[75]

O interesse social, na noção de interesse público primário já referida, isto é, como um interesse de toda a coletividade, abarca a noção de interesse da justiça (que também não há de ser limitado a um interesse do Poder Judiciário). É do interesse da coletividade que se faça justiça, que haja pacificação social por meio da distribuição de justiça. Esse anseio precede o Estado organizado e está presente em qualquer grupamento humano. Nesse sentido, a EC 45/2004 se alinha à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual utiliza

[74] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Por um Judiciário mais forte. In: LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Coord). *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

[75] Sobre esse assunto, Maurício Zanoide de Moraes afirma que exceções "somente poderão ser criadas por leis, desde estas se limitem às justificativas também dispostas no texto maior". MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e Proporcionalidade. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

precisamente a expressão *interesse da justiça* (e não outra*)* como eventual exceção à publicidade.

O interesse da justiça remete também à conveniência da instrução, interesse necessário para que o poder jurisdicional exerça seu mister de aplicar a lei ao caso concreto mediante um processo. Enquadra-se na noção de sigilo instrumental, utilitário, fundamento mencionado no início do item 1.2.

1.2.7. *A constitucionalidade do art. 93, IX, da CF/88 pós EC 45/2004*.

Há quem defenda a inconstitucionalidade da atual redação do art. 93, IX, da CF/88. André Pires de Andrade Kehdi afirma que o texto atual fez preponderar o direito de imprensa sobre um direito de personalidade – a intimidade -, sendo que a liberdade de informação jornalística deveria ter como limite, de acordo com o Poder Constituinte originário, o art. 5º, X.[76]

Assim também Diego Fajardo Maranha Leão de Souza e Rosimeire Ventura Leite, para os quais o Poder Constituinte reformador teria extrapolado ao criar um "mecanismo legal de gradação de direitos fundamentais" e ao colocar o interesse público à informação acima do direito à intimidade. Segundo os autores, a Emenda teria aniquilado um direito individual fundamental.[77]

Assim não pensamos. Há que se apontar que o art. 93, IX, da CF/88, em verdade, não faz preponderar um interesse da imprensa, dos jornalistas, sobre um direito de personalidade. O interesse público à informação não é um interesse da imprensa apenas. Trata-se de um interesse das pessoas, de toda a coletividade. É interesse intrinsecamente ligado às liberdades de pensamento e de expressão, pois não há que se imaginar a plena liberdade de pensamento em sociedades que restringem o fluxo de informações relevantes. É mesmo um dos pressupostos dessas liberdades.

[76] KHEDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.
[77] SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 222-223.

A precedência do interesse público à informação que a Emenda Constitucional trouxe representa um norte para o intérprete e para o legislador infraconstitucional. Reiteramos aqui o quanto aberto é o conceito de *interesse público* que antes era empregado no texto da Carta Maior como justificativa ao sigilo, não à publicidade. A nova redação não significa, porém, um incentivo à falta de rigor na análise da existência do real interesse da coletividade na publicidade. O dispositivo não se traduz na obrigatória elevação de qualquer curiosidade de vizinhança à categoria de interesse público, a aviltar desproporcionalmente o direito à intimidade.

O sopesamento dos valores em conflito deve ser feito sem uma aplicação robótica, automática, algo que a Emenda efetivamente não instituiu. Há um ganho trazido pela modificação do art. 93 consistente em contribuir para a diminuição da esfera do arbítrio, do casuísmo, da subjetividade; em se fornecer ao intérprete constitucional um parâmetro a mais a ser observado. E não sem cuidado. Logo, não há que se entender o regramento constitucional pós Emenda 45/2004 como uma subestimação do direito à intimidade. Muito menos um aniquilamento.

Quanto ao interesse social, ele está expresso no art. 5º, LX, como uma possibilidade de exceção à publicidade, de forma que, numa análise superficial, poderia levar o interprete a crer que tal interesse sempre estará numa trajetória paralela à da intimidade como justificadores do sigilo, ora podendo incidir um, ora outro.

Ao contrário da intimidade, que pela sua natureza sempre se verá protegida se o sigilo incidir (ainda que de forma injustificável), o interesse social por vezes se verá atendido pela restrição à publicidade, outras não. Na maioria das vezes não. Em suma, apesar de ladeados no art. 5º, inciso LX, da Constituição, a intimidade e o interesse social estarão algumas vezes em choque. O choque de valores entre intimidade e publicidade, portanto, não se dá singelamente com o art. 93, IX.

O sucesso da persecução penal aos culpados é um interesse social. O interesse para que se faça justiça, por vezes, justificará o sigilo (como nas

hipóteses do art. 792, §1º, do CPP ou em algumas fases do inquérito policial), mas em outras esse interesse será melhor contemplado pela publicidade, como quando houver risco de que, longe do conhecimento da população, as investigações sejam abafadas.

Não se verificam posicionamentos pela inconstitucionalidade da norma em questão em autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, Uadi Lammêgo Bulos, Alexandre de Moraes, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes[78]. André Ramos Tavares entende como equivocada a escolha constitucional de privilégio ao interesse público à informação em detrimento da intimidade, mas não aponta inconstitucionalidade.[79]

Nem também em processualistas como Tourinho Filho, Gustavo Badaró e Scarance Fernandes[80].

1.2.8. *Princípio da proporcionalidade e segredo de justiça*.

Pacífico que nenhum direito é absoluto, mesmo aqueles erigidos à categoria de liberdades fundamentais e previstos constitucionalmente de maneira pétrea. A conclusão acima decorre da lógica possibilidade de entrechoque desses vários valores[81].

---

[78] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 282; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 587; SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511; BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1043-1046. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 106-107 e 475-490; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1021; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 93 da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1325-1326.

[79] TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 193.

[80] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61-62; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 73-76.

[81] "No sistema dos princípios e valores previstos constitucionalmente, nenhum deles se coloca como absolutamente intangível, na medida em que mesmo aqueles de fundamental importância devem ser coordenados com outros valores constitucionais". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 206, p. 88.

Abstraindo-se aqui a diferenciação feita por alguns entre *regras* e *princípios*[82], decorrente das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, tem-se que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como *princípio da proibição de excesso*, revela-se como um dos principais instrumentos para a solução de conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie, vinculando todas as funções do Estado - executiva, legislativa e jurisdicional - e tendo seu mais importante campo de aplicação na solução de problemas derivados justamente da restrição das liberdades[83].

Com a formatação que possui atualmente nos países ocidentais, o princípio da proporcionalidade começou a surgir no século XVIII. Sua intuição material já estava presente no conceito britânico de *reasonableness*, ou razoabilidade, na ideia de *détournement du povoir* do direito francês e na figura do *ecesso di potere*. No pós-guerra, a doutrina alemã eleva o princípio (*Übermassverbot*) à categoria de constitucional[84].

No direito brasileiro, não há uma previsão constitucional específica, mas a importância do princípio se depreende de várias normas constitucionais a partir das quais se extrai sua presença viva no sistema. Seria, portanto, um princípio implícito. Como princípio do Direito Penal, ele se verifica na CF/88, por exemplo,

---

[82] Princípios seriam as normas mais fundamentais de um sistema, enquanto que as regras funcionariam como concretização desses princípios e teriam caráter mais instrumental. Disso decorreria que as regras são aplicadas em sua inteireza ou não são. Ao contrário dos princípios, para os quais sempre deve haver ponderação, acomodação com outros. José Afonso da Silva, que prefere a distinção apenas entre normas (preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo) e princípios (ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas), faz a seguinte crítica: "O complicador posto pela doutrina está no conceito de 'regra'. Como se vê em Canotilho, a regra é uma espécie de norma. Em Ronald Dworkin 'regra' não tem sentido diverso do que se dá à norma. *Rule*, em inglês, equivale à norma das Línguas latinas. Dworkin pretende distinguir entre regras, princípios e diretrizes (*rules, principles e policies*). Para ele, regras jurídicas (normas jurídicas) não comportam exceções, aplicáveis de modo completo, segundo o critério de tudo-ou-nada. (...) Já o conflito entre princípios não gera antinomia; ocorrendo, aplica-se o que se mostrar mais importante para o caso. Essas posições são criticáveis, e talvez não exprimam adequadamente a distinção entre normas, regras, princípios e diretrizes, até porque – ao contrário da tese de Canotilho – há bases muito sólidas na filosofia e na doutrina jurídicas para concluir que, ao invés de regras serem espécies de normas, a palavra 'regra' é que tem uma abrangência maior, sendo que 'norma' não é senão uma espécie de regra, porque existem regras que não são normas". SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27-28.

[83] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266-272.

[84] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 267.

na lógica por trás da necessidade de individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas sanções (art. 5º XLVII), admissão de maior rigor para determinados crimes (art. 5º, XLII, XLIII)[85]. Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que em Direito Administrativo, o que é desproporcional é ilegal, donde concluir que o respaldo constitucional do princípio da proporcionalidade se encontra no art. 5º, II, no art. 37 e no art. 84, IV, da CF/88[86].

Luís Roberto Barroso usa os termos *proporcionalidade* e *razoabilidade* de modo fungível. Afirma que tal princípio, apesar de não expresso na nossa Constituição, "tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça"[87].

O princípio da proporcionalidade é constituído ele próprio por três subprincípios[88]. São eles o princípio da conformidade, ou adequação dos meios, segundo o qual se exige que a medida escolhida "para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim". O princípio da exigibilidade ou necessidade, "que coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível", e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como "justa medida". Quando se chega "à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional"[89].

Maurício Zanoide de Moraes, com fundamento no princípio da proporcionalidade aplicado à questão da publicidade da persecução penal,

---

[85] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Vol. 1*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.66-69.
[86] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106-107.
[87] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.
[88] Luís Roberto Barroso os chama exatamente como subprincípios. Trata-os como pressupostos do princípio da razoabilidade/proporcionalidade em sentido amplo. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.
[89] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269.

fornece alguns parâmetros concretos a serem observados para a restrição das liberdades fundamentais.

Segundo o autor, a autoridade persecutória administrativa só deve limitar a publicidade se ainda não houver identificado um suspeito pela infração penal; somente a autoridade judiciária pode, fundamentadamente, limitar a publicidade interna de investigação na qual já haja um suspeito; a autoridade administrativa não pode aprioristicamente limitar a publicidade para um grupo de investigações; a autoridade administrativa pode limitar a publicidade externa se, concretamente, verificar que esta põe em risco a investigação ou intimidade dos envolvidos; a autoridade judiciária não pode limitar de forma apriorística e abstrata a publicidade de investigação; é desproporcional a decisão judicial que não limite a publicidade externa em relação ao conteúdo obtido por meio de ato persecutório restritivo de direito à intimidade; é desproporcional a decisão judicial que, ao autorizar ato restritivo de direito fundamental do cidadão, não limita, em extensão e duração, a sua realização e o modo de inserção nos autos; a atividade investigativa é ilegal se o sigilo necessário para a execução do ato restritivo se estende por toda a fase preliminar.

Ao final Maurício Zanoide propõe, na compatibilização do direito à intimidade e do interesse público à informação, que o Juiz permita que sejam feitos boletins processuais sobre os principais andamentos dos autos[90].

De todas as proposições, a mais sensível se mostra provavelmente aquela que pretende enquadrar como obrigatoriamente desproporcional qualquer "decisão judicial que não limite a publicidade externa em relação ao conteúdo obtido por meio de ato persecutório restritivo de direito à intimidade do investigado"[91].

[90] MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e Proporcionalidade. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 53-54.
[91] MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e Proporcionalidade. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

Contrasta, à primeira vista, com a proposição segundo a qual o Juiz não pode limitar a publicidade de forma apriorística e abstrata. O contraste entre as duas proposições se dá em razão da diferença de tratamento que se confere aos juízos apriorísticos e abstratos, num caso inaceitável, noutro recomendável. Questiona-se, nesse sentido, se seria proporcional, se seria razoável, estabelecer-se previamente que qualquer decisão que não limite a publicidade externa quanto ao conteúdo obtido por meio de ato persecutório restritivo de direito à intimidade seja considerada ela própria obrigatoriamente desproporcional.

É como se fosse estabelecido, de antemão, que nunca haverá interesse público legítimo à informação com relação ao conteúdo de interceptações telefônicas, por exemplo. Trata-se de ideia controversa, especialmente quando se pensa em crimes envolvendo agentes públicos e enormes valores decorrentes de corrupção.

A necessidade de publicidade nesse tipo de caso é o cerne do que se defenderá no presente trabalho. E se a essa defesa também se poderia objetar que cada caso é um caso, há que se ponderar, contudo, que a publicidade é que é a regra geral. E são as exceções que devem ser tratadas como tal.

A aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ter como resultado algo pouco razoável, que é o que se teria ao se afastar a publicidade justamente dos casos em que a população mais tem interesse e necessidade de saber, mantendo-se a publicidade em outros tantos em que a população não tem interesse efetivo algum, tornando a regra da publicidade algo pouco útil.

Quanto à proposta de emissão de boletins processuais sobre os principais andamentos, como forma de atendimento ao interesse público à informação, a ideia remete ao conceito de publicidade mediata referido por José Frederico Marques e citado no início deste capítulo.

Trata-se de medida que pode vir a ser suficiente para alguns casos do Tribunal do Júri, nos quais o sensacionalismo midiático pode alimentar curiosidades, por vezes, de legitimidade questionável.

Por outro lado, não se mostra algo suficiente para atender a todos os fins tencionados pelo princípio da publicidade, notadamente, repise-se, quando se trata de crimes envolvendo políticos e outras figuras poderosas. O expediente da emissão de boletins poderia muito bem servir para omitir uma quantidade razoável de dados do interesse da população. Em outras palavras, uma ditadura poderia conviver muito bem com esse tipo de norma, com a publicidade por meio de boletins resumidos. Trata-se de proposta que, enfim, é apta a fornecer uma certa publicidade, uma certa transparência, mas não é, em última análise, uma regra que se consubstancia em verdadeira garantia de publicidade.

1.3. Outras maneiras pelas quais a proteção ao sigilo se manifesta no ordenamento jurídico.

1.3.1. *Segredo profissional*.

Já no famoso juramento de Hipócrates consta advertência aos médicos sobre o dever ético de guardar o segredo dos pacientes[92]. No fim da República Romana, Cícero contribuiu com teorizações sobre o segredo profissional dos médicos e a necessidade de se proteger a intimidade dos pacientes[93], embora a proteção jurídica contra a violação de segredos alheios tenha se mantido no "amplíssimo setor da injúria".[94] Mais tarde, no Concílio de Trento ocorrido no século XVI, a Igreja consagrou o segredo absoluto do que era revelado aos padres no sacramento da Confissão[95]. O Direito Canônico da Idade Média previa

[92] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 35.
[93] SANTOS, Bruna Solange Diogo. *O Segredo de Justiça*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Autônoma de Lisboa, 2014, p. 18.
[94] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 35-36.
[95] SANTOS, Bruna Solange Diogo. *O Segredo de Justiça*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Autônoma de Lisboa, 2014, p. 18.

destituição das ordens e condenação perpétua ao claustro aos sacerdotes que deliberadamente revelassem segredos obtidos em confissões dos fiéis.[96]

A criminalização da violação do segredo profissional, contudo, surge inicialmente na França em 1810, com o art. 378 do Código Francês. Em seguida a figura foi adotada na Espanha, em 1822, e na Toscana, em 1853. Hoje é tipo penal que se encontra na maioria dos países[97].

No Brasil, as Ordenações Filipinas criminalizavam apenas a violação de segredos do Rei, dentro do conceito de "lesa majestade". A figura do crime de violação de segredo profissional apareceu entre nós, com roupagem próxima da atual, no Código de 1890, então no art. 192: "Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver notícia, ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão".[98]

Atualmente, o crime está tipificado no art. 154 do Código Penal: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem".

Trata-se de criminalização que visa a tutelar a liberdade individual, e "particularmente a esfera de segredos, que deve ser resguardada da indiscrição alheia". Embora, porém, a violação de segredo que enseja o crime normalmente diga respeito à intimidade do indivíduo, é possível que o segredo envolva outros aspectos da vida do interessado, não relacionados com sua personalidade, mas que ele tinha intenção que ficassem ocultos, como dados patrimoniais.[99]

---

[96] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 36.

[97] "É recente, na história do Direito Penal, a sistematização dos crimes de violação de segredos privados. Verdadeiramente, podemos afirmar que só veio a ocorrer no século XIX, quando começou a fixar-se nas leis a ideia do devido respeito à personalidade integral do homem". GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 35-37.

[98] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 37-38.

[99] PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 852-853.

O segredo profissional também visa a proteger a credibilidade dos serviços de certos profissionais, enaltecendo a compreensão das pessoas de que suas intimidades podem lhes ser tranquilamente reveladas, sem risco[100]. São os chamados confidentes necessários, os quais devem estar afastados da condição de delatores em potencial[101], sob o risco de diminuir o número de pessoas que se valem desses profissionais.

A ideia de uma confidência necessária também é ratificada por Paulo José da Costa Junior, que assevera que a objetividade jurídica da tutela penal no caso do sigilo profissional reside na proteção ao indivíduo relativamente "aos segredos confiados por necessidade" em razão específica da função, ministério, ofício ou profissão do confidente[102].

Além desses aspectos, eminentemente práticos, princípios de ordem moral e ética justificariam, por si e independentemente de qualquer tipificação penal, um enorme respeito ao segredo íntimo por necessidade[103].

A consumação do crime do art. 154 do CP se dá com a revelação do segredo, dispensando-se a constatação de ocorrência efetiva de dano ao titular. Entretanto, a despeito de se dispensar a constatação do dano, exige-se que o informe tenha ao menos potencial de provocar dano, tenha uma mínima relevância, não se punindo o informe de fatos insignificantes. Além disso, na linha do que se afirmou sobre a notoriedade, se "os fatos já ingressaram no domínio público, perderam o caráter sigiloso". Tendo deixado de ser segredo, estão alheios à proteção penal[104].

---

[100] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 24.
[101] SOBRINHO, Mario Sergio; LACAVA, Thaís Aroca Datcho. Sigilo Profissional e a Produção de Prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.
[102] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 86.
[103] SOBRINHO, Mario Sergio; LACAVA, Thaís Aroca Datcho. Sigilo Profissional e a Produção de Prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.
[104] PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 854.

Como exemplos de sujeitos ativos do crime, Bernardino Gonzaga cita os médicos, psicólogos, farmacêuticos, enfermeiros, parteiras, sacerdotes, advogados, conselheiros conjugais, orientadores educacionais, excluindo os jornalistas, os empregados domésticos, os motoristas.[105]

Espelho do crime do art. 154 do CP, o art. 207 do CPP proíbe as mesmas categorias de pessoas - aquelas que devem guardar sigilo por conta de função, ministério, ofício ou profissão - de depor. Não estão dispensadas de comparecer como testemunhas, se arroladas, mas de testemunhar sobre os fatos específicos sobre os quais devam guardar sigilo, devendo narrar tudo o mais que saibam. Dispensados de guardar o sigilo pelo titular, poderão, querendo, testemunhar livremente.

1.3.1.1. Possibilidade de se excepcionar o sigilo profissional.

Difícil questão é a da justa causa como excludente da tipicidade. Até que ponto é possível ao confidente necessário, para evitar um mal, violar o sigilo profissional?

Imagine-se o caso do médico que revela a uma mulher que o noivo dela é portador de doença venérea grave. Em jogo, a intimidade do paciente, de um lado; e, de outro, a saúde ou mesmo a vida da noiva. Ou o caso do advogado que recebe a confidência de um cliente de que praticará um homicídio ou um estupro. Em ambas as hipóteses, poderá restar configurada a justa causa a permitir a revelação do segredo, como excludente de tipicidade. Bernardino Gonzaga, contudo, lembra que o profissional não estará jamais obrigado a revelar o segredo. Ao contrário, isso pertencerá à sua esfera particular de decisão. Caso opte por revelar, não deverá responder pelo crime do art. 154 do CP. A justa causa, porém, só poderá se configurar se a revelação se der para afastar um mal vultoso, maior que aquele causado pela revelação[106].

---

[105] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 81-132.

[106] "Torna-se preciso, isto é, que as situações conflitantes apresentem pelo menos relativa equivalência, sejam humanamente proporcionadas, de sorte que, à vista de uma escala de valores

Outro tormentoso tema no que concerne à relação entre advogado e cliente deriva da possibilidade do defensor passar a contribuir para as atividades criminosas do assistido ou a se aproveitar delas. Bernardino Gonzaga adverte que um escritório de advocacia, "a pretexto de inviolabilidade, não se pode transformar em valhacouto de bandidos, nem em depósito de coisas ilícitas".[107]

Nessas hipóteses, não haverá se falar em sigilo profissional e poderá, por exemplo, haver a interceptação telefônica das conversas mantidas entre advogado e cliente, transfigurados, em verdade, em comparsas. Fora dessas hipóteses, a eventual interceptação do telefone do defensor será ilegal, por violar a garantia do sigilo[108].

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio da interceptação se aplica à apreensão de computadores. Há inclusive precedente do STF no sentido de que o sigilo de dados garantido pelo art. 5º, XII, da CF/88 se refere somente à comunicação de dados, e não aos dados em si, de forma que a apreensão de computadores para extrair o conteúdo gravado seria possível[109].

1.3.2. *Sigilo de fonte jornalística.*

O segredo profissional do jornalista difere daquele do médico, do psicólogo, do sacerdote e do advogado (entre outros segredos profissionais cujas violações podem ensejar o crime do art. 154 do CP, fundamentalmente porque o segredo do jornalista diz respeito ao sigilo da *fonte* jornalística, ao direito do jornalista não revelar a fonte da sua informação, e não à informação em si.

Muito ao contrário dos outros profissionais já referidos, o objetivo do jornalista é justamente divulgar as informações, é dar publicidade ao que apura,

---

que a coletividade aceita, se possa qualificar de razoável a escolha feita pelo sujeito". GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 194-195.

[107] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 95.

[108] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163.

[109] RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10.05.2006 e HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 20.09.2012. Vide MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 294.

essa é a função social da profissão. Nas palavras de Ana Lúcia Menezes Vieira: "Manter em segredo fatos revelados a si não é pressuposto, não integra o exercício da profissão, cujo objetivo é informar-se para informar"[110].

A proteção a esse sigilo está a serviço não só da profissão do jornalista, mas também do fluxo de informações na sociedade, o qual tem como corolários as liberdades de pensamento e de expressão.

A referência a "jornalistas" é feita em sentido amplo, uma vez que historicamente a atividade de imprensa não é exercida necessariamente por pessoas formadas em jornalismo. Quantos não foram os bacharéis em Direito que fizeram carreira no jornalismo? E outros tantos sem diploma algum. Essa questão foi já objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal que, prestigiando essa tradição não só brasileira, mas observada em toda a imprensa mundial, expressamente afastou a necessidade de diploma.

Nos dias atuais, contudo, essa questão ganha novos contornos à medida que aumenta cada vez mais, e rapidamente, a quantidade de pessoas que por meio de *blogs* na internet e mídias sociais como *twitter, facebook* ou outras ferramentas acaba exercendo atividade assemelhada à da imprensa "tradicional".

Há que se ter cuidado em considerar tais atividades de internet como cobertas pelo sigilo de fonte jornalística, pois, do contrário, virtualmente todas as pessoas podem estar cobertas pelo sigilo ao divulgarem o que não devem, bastando que tenham o cuidado de dar uma roupagem de que a divulgação foi exercida no contexto de atividade jornalística.

Logo, a configuração da atividade jornalística para efeito de proteção ao sigilo deverá considerar o ramo de atividade principal exercido pelo responsável pela publicação e assiduidade com que, por exemplo, a atividade "blogueira" é feita, como forma de se evitar a proteção a maliciosos "blogueiros de exceção". Assim, se a pessoa tem uma outra profissão e, por quaisquer motivos, publica

[110] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 182.

informações em um *blog* ou página de *facebook,* ainda que com frequência, não pode se valer do sigilo da fonte jornalística. Este protege a profissão do jornalista (ainda que sem diploma). É a proteção à profissão que garante, em última análise, o fluxo de informações na sociedade já comentado acima.

Sob esse entendimento, em março de 2017, o juiz Sérgio Moro deferiu medida de quebra do sigilo de um "blogueiro" nos autos do processo 506440683.2016.4.04.7000, pois teria divulgado dados protegidos por segredo de justiça, pelo que se fazia necessária investigação sobre a origem dos vazamentos. Segue trecho:

> Pelo levantamento feito pela Polícia Federal, constatou-se ainda que junto ao Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Eduardo Cairo Guimarães qualifica-se como exercente da profissão de "comerciante" e não de jornalista (evento 37). Também constatado que ele é sócio gerente de empresas atuantes no ramo do comércio e não de jornalismo. Como já adiantado, a garantia do sigilo de fonte do art. 5º, XIV, da Constituição Federal é fundamental e protege diretamente o jornalista e sua fonte e, indiretamente a liberdade de imprensa e o acesso à informação. Apesar de não ser absolutamente necessário o diploma de jornalista para o exercício da profissão, as provas colacionadas indicam que Carlos Eduardo Cairo Guimarães não é jornalista, com ou sem diploma, e que seu blog destina-se apenas a permitir o exercício de sua própria liberdade de expressão e veicular propaganda político partidária. Apesar da relevância desses direitos, a eles não são pertinentes a proteção constitucional do sigilo de fonte. Por outro lado, não se trata aqui de investigar a livre manifestação da expressão, mas divulgação indevida de dados sigilosos a investigados e a terceiros através do referido blog, colocando em risco à investigação.[111]

Nos dias de hoje e no futuro que se desenha à frente, com a disseminação das mídias sociais e outros canais de comunicação via internet, a ampliação da proteção ao sigilo de fonte a qualquer pessoa que se aventure na condição de "blogueiro" diletante (não confundir com um jornalista *free lancer*) ou

[111] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/decisao-moro-blogueiro.pdf, acesso em 22.06.2017. É certo, contudo, que dias depois o magistrado reviu sua posição, reconhecendo que parte da atividade exercida por aquele "blogueiro", especificamente, teria natureza jornalística, protegida, portanto, pelo sigilo de fonte.

ativista de horas vagas, poderia vir a surtir efeitos temerários, de incentivo a uma sociedade irresponsavelmente afeita a fofocas e calúnias.

A Constituição de 1988 foi a nossa primeira a expressamente proteger o sigilo profissional da fonte, ao contrário das anteriores que protegiam os direitos à informação, mas não faziam menção específica ao sigilo da fonte jornalística. Diz o art. 5º, XIV, que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

A pessoa que relata algo em *off* para um jornalista, isto é, solicitando sigilo de seu nome, não o faz na qualidade de "confidente necessário", como quem relata uma doença para o médico, um crime para o advogado, um pecado para o padre, uma angústia ao psicólogo. Ela não é obrigada a contar nada ao jornalista, como forma de garantir sua saúde, sua própria liberdade ou a salvação de sua alma. Entre o jornalista e o informante não há uma relação de confiança intrínseca à profissão, há apenas vontade ou outros interesses em jogo[112]. Pontua Bernardino Gonzaga que as pessoas "não se vêem compelidas a abrir perante o jornalista os escaninhos de sua alma, para nele buscar ajuda"[113].

Daí que o jornalista não responde pelo crime do art. 154 do Código Penal e não é obrigado a manter o sigilo da fonte, podendo revelá-la se quiser, ainda que tenha assumido compromisso com o informante de não revelar, no que estaria infringindo uma regra no campo da moral, mas não incidindo em tipo penal. A maioria da doutrina entende dessa forma, calcada no conceito de "confidente necessário". Esse posicionamento, contudo, não é pacífico, havendo quem entenda que o jornalista pode incidir no tipo penal, caso quebre o compromisso que tinha com sua fonte e, sem justa causa, a revele. Assim defendem Vincenzo Manzini, Magalhães Noronha, Darcy Arruda Miranda, Bento de Faria, Freitas Nobre.[114]

---

[112] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 182.
[113] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 124.
[114] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 122.

Quanto ao testemunho do jornalista em juízo, o legislador processual brasileiro no art. 207 do CPP proíbe de depor "as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". Interessa notar no dispositivo a expressão "devam". O jornalista não *deve* guardar o sigilo da fonte, não precisa, não é obrigado. Ele *pode* guardar o sigilo da fonte. E, se não quiser, pode também divulgá-lo, não necessitando de autorização da fonte para fazê-lo, cuja concordância ou não é irrelevante.

De forma percuciente, Bernardino Gonzaga aponta que o profissional de imprensa é, por vocação, indiscreto e que alguém "tomá-lo por confidente seria rematada leviandade. E quem, transmitindo-lhe alguma notícia sob reserva, a vê depois estampada, só de si próprio se deverá queixar".[115]

1.3.2.1. Controvérsia quanto ao caráter absoluto da proteção ao sigilo de fonte.

Quanto à polêmica possibilidade de se obrigar, por ordem judicial e dependendo do caso, um jornalista a revelar sua fonte, José Afonso da Silva conclui contra o caráter absoluto do sigilo: "Parece-nos que o exercício profissional não pode servir de escudo ao crime. Portanto, numa situação como tal, o profissional fica sujeito a revelar a fonte, se o Judiciário o exigir".[116]

Ana Lúcia Menezes Vieira, por outro lado, entendendo o sigilo de fonte como uma *regra* (conforme doutrina constitucionalista de Robert Alexy e Ronald Dworkin) de direito humano fundamental, sustenta a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos envolvendo a necessidade de quebra desse sigilo e outros bens jurídicos, e sugere o caráter absoluto de sua proteção[117].

[115] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 121.
[116] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.
[117] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 50-53 e 225-230.

Soa um pouco exagerada a posição de que o sigilo de fonte do jornalista seria absolutamente intocável em qualquer circunstância. Do contrário, ter-se-ia que admitir que dentre tantos valores importantes à nossa sociedade, todos eles de alguma forma sujeitos a contextualizações e eventual mitigação, ou conciliação quando em conflito com outros valores igualmente importantes, o sigilo de fonte do jornalista seria, quiçá, o único absoluto.

Importa constatar que em democracias ocidentais desenvolvidas como Portugal, Itália, Estados Unidos, Inglaterra e França, todas elas citadas por Ana Lúcia Menezes Vieira[118], existem mitigações ao sigilo da fonte.

Em Portugal o sigilo da fonte pode ser levantado eventualmente pela autoridade judicial. Existe um incidente processual de quebra do sigilo profissional do jornalista, o qual, contudo, não é decidido pelo juiz de primeiro grau, mas pelo tribunal. A quebra cabe em casos de prevalência de um interesse preponderante, considerando a imprescindibilidade para a descoberta da verdade em casos de crimes graves.

Na Itália não há previsão constitucional específica quanto ao sigilo de fonte, mas ele é protegido, dentro de certos limites. O Código de Processo Penal permite que o juiz determine ao jornalista a revelação do segredo se para a apuração da verdade dos fatos a identificação da fonte for imprescindível.

Na França houve um caso recente de um repórter que não revelou a fonte de uma notícia veiculada no jornal *Le Monde,* de que o serviço de inteligência francesa sabia de um determinado plano da *Al Qaeda* para sequestrar aviões. Ele acabou sendo condenado a cinco anos de reclusão. Lá também se permite a busca e apreensão judicial de documentos jornalísticos.

Na Inglaterra é possível a ordem judicial para que o jornalista revele a fonte caso a Justiça entenda que a revelação é necessária à segurança nacional, prevenção da desordem ou de crimes. É a chamada ordem de *disclosure*.

[118] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, pp. 56-72.

Nos Estados Unidos há um tratamento diferenciado por Estado, como em tantos outros assuntos. Há leis estaduais mais ou menos rígidas quanto à proteção do sigilo e decisões judiciais em vários sentidos. O que costuma ocorrer para a solução dos casos concretos é a ponderação entre a *Primeira Emenda*, que garante a liberdade de expressão e de imprensa, e a *Sexta Emenda*, que garante a todo acusado o direito de confrontar as testemunhas de acusação e de fazer comparecer compulsoriamente as testemunhas que ele julgue possam vir a ajudá-lo. Em 2005 uma jornalista foi condenada a 18 meses de reclusão por se negar a revelar quem teria vazado a informação de que uma determinada mulher era agente secreta da CIA.

As nações acima vivem uma realidade ainda não comum ao nosso país, de sensação de insegurança frente ao terrorismo. Assim, parece natural a mitigação da proteção ao sigilo em casos de risco à "segurança nacional" (como nos exemplos dos Estados Unidos e da França), alegação que aos ouvidos brasileiros, muitas vezes, ainda remete a uma justificativa mentirosa de um Estado arbitrário.

Talvez a adesão popular no sentido de abrir mão de alguns direitos em troca da segurança, algo que se observa nos países citados quanto à mitigação da proteção ao sigilo, se verifique entre nós, hoje, no que toca à corrupção. É natural que esses anseios e a avaliação do que é mais importante ou não, varie de local para local e de época para época.

Independentemente da polêmica sobre o caráter absoluto ou não da proteção ao sigilo da fonte, releva apontar que, mesmo entre os que considerem absoluta a proteção, não se pode confundir toda e qualquer comunicação ou conversa na qual um dos interlocutores seja jornalista, com uma troca de informações relacionada à atividade jornalística resguardada pelo sigilo de fonte.

Em outras palavras, o simples fato da pessoa ser jornalista não tem o condão de transformar qualquer conversa na qual ela tome parte em uma troca de informações resguardável por sigilo de fonte. Do contrário, concluir-se-ia que a profissão lhe atribui uma espécie de *super cidadania*. Portanto, a proteção ao

sigilo da fonte - repisando-se aqui que o raciocínio vale também para aqueles que entendam que o jornalista não pode jamais ser compelido judicialmente a revelá-la - cabe quanto a informações obtidas pelo jornalista no mister de sua atividade profissional, isto é, que serão usadas por ele para noticiar e informar a população.

Um outro aspecto que independe do entendimento sobre o caráter absoluto do sigilo do jornalista, é que a proteção ao sigilo consubstancia-se em um direito desse profissional não revelar sua fonte, o que não se traduz em dever de manutenção de sigilo por terceiros quando estes o descobrirem legalmente.

Em suma, o jornalista pode não ser obrigado a revelar a fonte (nem por ordem judicial, se a proteção for entendida como absoluta), mas se alguém a descobre também não é obrigado a mantê-la em sigilo.

Da mesma forma que o jornalista não é obrigado a resguardar as informações sob segredo de justiça que, sem sua interferência, eventualmente "vazarem" de um processo, também a obrigação de manutenção do sigilo de uma fonte descoberta não é oponível a terceiros.

Se, por exemplo, um investigado tem seu telefone legalmente interceptado por ordem judicial e, nas conversas, um jornalista por acaso é gravado, o sigilo de fonte não cabe como argumento para a não divulgação do diálogo com o investigado. A não divulgação de determinado trecho da interceptação pode ser argumentada com fundamento na irrelevância do diálogo para as investigações, algo que há de ensejar a inutilização da gravação. Isso, contudo, nenhuma relação tem com o instituto do sigilo de fonte. Sobre as interceptações telefônicas se tratará mais a fundo adiante, em subitem próprio.

1.3.3. *Sigilo funcional*.

Sigilo funcional diz respeito à informação sigilosa que se tem conhecimento em razão do cargo. Tem certa relação com o segredo de justiça, pois muitas vezes o crime de violação de sigilo funcional estará configurado justamente por violação àquele. Também tem certa proximidade com o conceito

de segredo profissional, mas ao contrário deste a informação não chega ao sujeito ativo por força de uma confidência.

Quem pode praticar o crime de violação de sigilo funcional previsto no art. 325 do CP é o funcionário público[119], nos termos da definição do art. 327, entendendo-se como tal a pessoa que exerça, com ou sem remuneração, ainda que transitoriamente, cargo, emprego ou função pública.

Estará configurado o crime, por exemplo, quando um servidor do Poder Judiciário permitir o vazamento de informações que estavam marcadas pelo segredo de justiça, como na hipótese de um fornecimento doloso de depoimentos e fotos que instruem os autos de processo que apura crime de estupro de vulnerável, art. 217 do CP. Ou quando um funcionário da Receita Federal der dolosamente publicidade indevida aos dados de algum contribuinte.

Para que o crime se configure, a informação inadequadamente revelada há de ter chegado ao conhecimento do funcionário em razão de seu trabalho, *ratione officii*. Logo, não há o crime do art. 325 se uma pessoa que, por acaso é funcionário público, tornar pública uma informação confidencial que obteve por qualquer outro meio.

Exige-se o dolo como elemento subjetivo do crime, não havendo se falar em violação culposa de sigilo funcional. Na hipótese de culpa, o funcionário poderá eventualmente responder administrativamente por seu descuido, mas não criminalmente.

Os tribunais têm se informatizado cada vez mais e no futuro tendem a funcionar inteiramente com processos digitais. Nesse contexto, com novos comandos eletrônicos a serem absorvidos pelos funcionários, alguns dos quais com muitos anos de carreira e dificuldades na área da informática, podem acontecer erros no manuseio do sistema e nas alterações de configuração de

[119] PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1384; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1066; GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2017, p. 1131.

sigilo dos processos. Não há que se presumir a má-fé. Outras vezes, o erro poderá ser do próprio sistema informatizado, o qual sofre alterações e atualizações frequentes[120].

No passado, o controle do sigilo dos processos era feito por meio de tarjas coloridas coladas nos autos. É o que ocorre nos processos físicos ainda em curso. Em meio a milhares de processos, pressa, excesso de trabalho, ambientes apertados e que por vezes beiram a insalubridade, falhas podem acontecer.

Em feitos da área da Infância e Juventude, por exemplo, não são todos os magistrados que cifram em suas decisões os nomes dos adolescentes com as iniciais. É na publicação que o escrevente o faz. Assim, nos autos efetivamente, o nome do adolescente consta na íntegra. Na publicação, veiculam-se apenas as iniciais. Erros por vezes ocorrem e a sentença é publicada exatamente como lançada, com os nomes completos. Eventualmente, *sites* de coletânea de jurisprudência extraem essas decisões do Diário Oficial e as propagam na internet. É problema que, embora não comum e passível de acontecer até em bons Ofícios de Justiça, é menos raro do que poderia ser. Principalmente na área da Infância protetiva.

Em quaisquer das áreas da Infância, se a violação ao segredo de justiça for dolosa, terá lugar a figura do art. 325 do CP. Se não se tratar de funcionário público e a divulgação se referir à área infracional, poderá incidir a sanção administrativa do art. 247 do ECA: "Divulgar, total ou parcialmente, sem

[120] Depoimentos colhidos em audiência pelo juiz Sérgio Moro em processo relativo à Operação Lava-jato, e que estavam sob sigilo determinado pelo próprio magistrado, acabaram sendo divulgados após falha do sistema informatizado da Justiça Federal do Paraná, o que ensejou um despacho explicativo em 13.03.2017, cujo trecho segue: "Determinei pelos motivos expostos no termo de audiência a manutenção do sigilo sobre os depoimentos. Ocorre que a implementação foi falha, pois como certificado no evento 561, o sistema eletrônico não preservou o sigilo sobre os vídeos quando de sua inclusão no processo eletrônico mesmo com a anotação tendo sido feita pelo servidor da Justiça. Percebida pela Secretaria a falta de anotação do sigilo, foi a falha corrigida em dois minutos, mas, aparentemente, não a tempo para evitar que terceiros acessassem os vídeos". No final do mesmo despacho, o magistrado ainda afirmou que nada havia a ser feito em relação à divulgação posterior do vazamento pela imprensa: "Quanto ao que ocorre fora do processo, com a divulgação dos vídeos pela imprensa, não cabe a este Juízo providências, já que não estão obrigados à manutenção do sigilo, prevalecendo a liberdade de imprensa". Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs/vera-magalhaes/moro-alega-falha-em-vazamento-de-depoimentos/, acesso em 06.07.2017.

autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional".

Fora o art. 247 do ECA, há algumas outras violações de segredo previstas no ordenamento que possuem similaridades com o art. 325 do CP e podem ser aqui lembradas a título ilustrativo.

Se a revelação atingir a segurança nacional, a melhor adequação típica poderá estar nos artigos 13 e 21 da Lei 7.170/1983; o primeiro deles criminaliza a conduta de "comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos", e o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não apenas os funcionários públicos, mas inclusive; o segundo pode ser praticado apenas por funcionário público, a exemplo do que ocorre com o art. 325 do CP, e proíbe a conduta de "revelar segredo obtido em razão de cargo, emprego ou função pública, relativamente a planos, ações ou operações militares ou policiais contra rebeldes, insurretos ou revolucionários".

Se a violação do sigilo ocorrer em uma licitação, poderá incidir o art. 94 da Lei 8.666/1993, o qual pune a conduta de se "devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório".

Caso, ainda, se trate de transmissão ilícita de "informações sigilosas, concernentes à energia nuclear", incidirá o art. 23 da Lei 6.453/1997, delito esse que também pode ser praticado tanto por funcionário público como por particular.

1.3.4. *Sigilo de correspondência e de comunicação*.

Trata-se de liberdades garantidas no inciso XII do art. 5º da CF/88, a qual representa verdadeiro pressuposto da liberdade de expressão, à medida que a

falta de garantia quanto à segurança da privacidade nas comunicações frustra a certeza de se poder escolher os destinatários de qualquer troca de mensagem.[121]

Estabelece o dispositivo constitucional ser "inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Note-se que o objeto da proteção, na verdade, é duplo, pois além da liberdade de expressão e pensamento tutela também o segredo como manifestação do direito à intimidade[122].

O sigilo de correspondência já era assegurado desde a Constituição do Império, de 1824. O das comunicações telegráficas e telefônicas surgiu na Constituição de 1967, enquanto que o sigilo de dados foi incluído na Carta de 1988[123].

A Lei 9.296/96, que regulamentou a norma constitucional, regrou especificamente a interceptação telefônica e estendeu, no parágrafo único do art. 1º, sua aplicação para qualquer "interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

Antes da Lei 9.296/96 e da própria CF/88, a possibilidade de se excepcionar a inviolabilidade da comunicação epistolar já existia no CPP, art. 240, §1º, alínea "f", permitindo a busca e apreensão de cartas, abertas ou não, com possibilidade de utilidade para a elucidação de crimes. Quanto à interceptação telefônica, costumava ser aceita pelos tribunais, antes de 1988, com base no art. 57, II, alínea "e" do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962), que

[121] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 293.
[122] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.
[123] STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 292.

previa não constituir violação de telecomunicação o conhecimento eventualmente dado a Juiz competente mediante requisição dele.

Após a entrada em vigor da atual Constituição, a jurisprudência se consolidou no entendimento da não recepção da norma do CBT pela nova ordem, pois não descrevia a forma e as hipóteses cabíveis para a interceptação, algo exigido pelo art. 5º, XII da CF/88. Nesse sentido, paradigmático foi o julgamento do HC 69.912-RS, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence[124]. Emergiu também o problema interpretativo derivado da parte final do dispositivo constitucional, cuja redação literalmente abriu a possibilidade de se excepcionar o sigilo apenas no caso das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução penal.

Destacaram-se, basicamente, três correntes quanto à extensão das exceções às liberdades de comunicação da CF/88: a ampliativa, a restritiva e a intermediária[125]. Sinal da delicadeza do tema, elas ainda perduram.

---

[124] Segue trecho do voto, publicado no Informativo STF 36, de 26 de junho de 1996: “De logo, não me parece que o dispositivo consagrasse a genérica possibilidade de escuta telefônica, ainda que mediante autorização judicial, interpretação essa que, à vista da Lei Fundamental da época, o faria inconstitucional desde a origem, afastando, de logo, a hipótese de sua recepção. Ao contrário, à minha leitura, o que o Código, no preceito lembrado, erigiu em excludente de criminalidade foi a transmissão ao Juiz competente do resultado de interceptação já efetivada, o que pressupunha obviamente a licitude da escuta, que, no regime de 1946 e nos subseqüentes, se cingia, em princípio, às hipóteses do estado de sítio e similares (CF/46, art. 207 e 209, parág. único, I; CF/67, art. 152, § 2º, e; CF/69, art. 156, § 2º, f). De resto, se se concede, para argumentar, a interpretação postulada para a norma invocada e, com essa interpretação, se supõe a sua validade originária e a sua sobrevivência aos textos constitucionais intercorrentes, o certo é que seguramente não satisfaz à reserva da lei, reclamada no art. 5º, XII, da Constituição vigente, para legitimar a interceptação telefônica na investigação criminal. O primeiro acórdão questionado buscou respaldo doutrinário em Ada Pellegrini Grinover (Liberdades Públicas e Processo Penal - As Interceptações Telefônicas, Saraiva, 1976, p. 306), que - embora tenha escrito a sua tese sobre o assunto sob a Carta de 69, que não continha a ressalva final do art. 5º, XII, da atual -, sustentou o caráter não absoluto da garantia da inviolabilidade do sigilo da comunicação telefônica, nas hipóteses em que a escuta fosse autorizada por lei para a salvaguarda de outras garantias e valores constitucionais. Não é hora de aprofundar a discussão a respeito, que, de resto, sob o regime constitucional vigente, tem unicamente interesse histórico-doutrinário. O que é certo é que, à luz do texto de 1988, a douta e renomada jurista repele explicitamente a pretendida recepção, para os fins do art. 5º, XII, do referido art. 57 do Código de Telecomunicações (Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal, em Novas Tendências do Direito Processual, Forense Universitária, 1990, p. 60, 80): "Evidente que enquanto não vier a lei a estabelecer as hipóteses e a forma em que as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada especifica, não suprindo a ausência de lei específica." Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo36.htm, acesso em 10.07.2017.

[125] MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo das Comunicações e de dados. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de;

A ampliativa funda-se na ideia de que nenhum direito é absoluto, incontrastável. Absolutos, por conseguinte, também não poderiam ser as liberdades do inciso XII não abarcadas pela interpretação literal da norma constitucional, que excepcionou apenas o sigilo de comunicação telefônica como passível de relativização.

Dessa forma, a eventual restrição a direitos fundamentais poderia acontecer independentemente de qualquer previsão constitucional específica (como aquela da parte final do dispositivo em comento), sempre "que necessária à concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais".[126]

Segundo essa interpretação, todas as formas de comunicação do art. 5º, XII da CF/88, inclusive as correspondências, podem ser mitigadas sob ordem judicial fundamentada, quando essas liberdades públicas estiverem sendo usadas para a prática de ilícitos[127].

Embora não pelo Pleno, e já há bastante tempo, em 1994 a polêmica foi enfrentada pela 1º Turma do STF, que considerou possível a interceptação de carta de presidiário pela administração do presídio, sob o entendimento de que "a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas"[128] (HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello).

Além de Paulo Gustavo Gonet Branco e Alexandre de Morais, filia-se a essa corrente Guilherme de Souza Nucci, o qual observa:

> Fosse sagrado o direito à livre correspondência, pois o art. 5º, XII, da CF, assim teria garantido, não haveria necessidade da invasão de "telefones celulares" nos presídios, pois qualquer plano de fuga

---

MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242.

[126] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 294.

[127] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

[128] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

> ou rebelião poderia ser tratado por correspondência, afinal, esta seria indevassável de modo absoluto[129].

Parece ser também a posição de Luiz Flávio Gomes, embora não a afirme expressamente. Após defender a constitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 9.296/96, inclusive para todo tipo de comunicação telemática, o autor propõe que a "questão central no constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais", para em seguida lembrar, sem ressalvas, o voto do Min. Celso de Mello no HC 70.814[130].

Tendemos a nos posicionar junto a essa corrente ampliativa, ressalvando-se o cuidado que se deve adotar na excepcional quebra de sigilo de qualquer forma de comunicação, de maneira pontual, fundamentada judicialmente, a partir de relevantes indícios de utilidade para apuração criminal, e em casos efetivamente graves.

A posição restritiva, bem ao contrário, entende que apesar de não existirem liberdades absolutas, essa tese não tem aplicação no caso do art. 5º, XII da CF/88, pois "não se está ali definindo liberdade, mas garantindo um de seus aspectos". Assim, José Afonso da Silva conclui que a ressalva do dispositivo só se refere mesmo às comunicações telefônicas, não aos dados e menos ainda às telegráficas e epistolares[131].

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho essa seria mesmo a posição mais acertada e todas as formas de comunicação indicadas pela Constituição invioláveis de forma absoluta,

---

[129] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas. Vol. 1*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 508.
[130] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 167-175.
[131] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 438.

com exceção apenas dos telefonemas, bem entendidos como as comunicações de voz via telefone, *stricto sensu*.[132]

Entendendo também que a redação da norma constitucional é bastante clara e que a interpretação de normas que relativizam direitos fundamentais deve ser restritiva, Vicente Greco Filho reputa inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96[133].

Por fim, a posição intermediária é aquela que entende que o inciso XII do art. 5º da CF/88, pela forma como redigido, criou dois grupos distintos. O primeiro englobaria as correspondências e comunicações telegráficas, o segundo o sigilo de dados e comunicações telefônicas. A ressalva da parte final, que permite a quebra de sigilo, dirigir-se-ia apenas ao segundo grupo. É o entendimento de Miguel Reale Junior, para quem a exceção referida na norma constitucional pela expressão "salvo no último caso", diz respeito "à frase entre vírgulas, *de dados e das comunicações telefônicas*, que não são absolutamente invioláveis, mas apenas podem ter seu sigilo afastado por determinação judicial"[134]. Essa posição admite, portanto, não só a interceptação das conversas (das vozes), mas de qualquer fluxo de dados transmitidos pela via telefônica.

Há, ainda, uma outra posição que igualmente se pode denominar como intermediária. É a defendida por Lenio Streck, que exclui apenas as correspondências da possibilidade de relativização, vendo como constitucionais as possibilidades de quebra de sigilo de comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Para o autor, nesses três casos, é possível a "interpretação para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, desde que

---

[132] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210 e 215.

[133] GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11-12.

[134] REALE JUNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 39, p. 251-263, São Paulo, jul.-set. 2002. Nesse sentido também MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo das Comunicações e de dados. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 244.

autorizada por ordem judicial, nos termos da Lei 9.296/96."[135] Essa posição é mencionada por Vicente Greco Filho, embora não defendida.[136]

Cumpre ponderar que a inviolabilidade do sigilo de correspondência sofre expressa mitigação nas hipóteses de estado de defesa e de sítio (arts. 136 a 139 da CF/88), o que não deixa de ser um argumento no sentido de que se o constituinte tivesse desejado restringir esse tipo de sigilo em outras situações, o teria feito de forma mais clara.

Outra questão que pode gerar dúvidas, notadamente para os não adeptos da corrente ampliativa, é o tratamento a ser dado para as comunicações na forma de *e-mail*.

A utilização do *e-mail* pode ser entendida como nada mais que uma correspondência. O próprio nome vem de "correio eletrônico", em inglês. Caso se compreenda o *e-mail* como correspondência e não se adote a corrente ampliativa de interpretação do art. 5º, XII, da CF/88, esse tipo de comunicação deve ficar a salvo de qualquer possibilidade de quebra de sigilo.

Parece pouco razoável. Trata-se de forma de comunicação que se encaixa no conceito de telemática (assim como o aplicativo *whatsapp*, o *skype,* e outras ferramentas que surgirão), enquanto comunicação que, por qualquer maneira, combina o uso de tecnologia com telecomunicação[137]. Luiz Flávio Gomes alerta que, do ponto de vista da repressão à criminalidade, "pouco adiantaria só a interceptação das clássicas 'conversações telefônicas'", pois

---

[135] "(...) não há como se considerar inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.296/96: a correspondência - entendida como comunicação dentro da legalidade entre pessoas – é inviolável; já o sigilo das comunicações telegráficas, das comunicações de dados (seja por fax modem ou por qualquer outra forma, inclusive pelas sofisticadas formas que superam o modus ' linha telefônica') e as comunicações telefônicas, podem ser violadas pelo Estado, desde que por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 293.

[136] "A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro." GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

[137] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 167.

bastaria ao criminoso “entrar na era digital” para se ver livre de qualquer controle.[138]

A divulgação de *e-mails* e outras conversas contidas em dados telemáticos poderá, dependendo das circunstâncias, configurar o crime do art. 153 do CP, o qual prevê pena de um a seis meses de detenção ou multa para quem, sem justa causa, divulga conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que seja destinatário ou detentor, que possa causar dano a outrem. Nesse caso a divulgação é indevida, embora o divulgador tenha ele próprio autorização para conhecer o conteúdo.

Embora muito parecida, a conduta difere daquela do art. 40 da Lei 6.538/78, a qual revogou o “caput” do art. 151 do Código Penal, pois nessa se pune com detenção de até seis meses ou multa quem devassa o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem, de forma que o sujeito ativo não pode ser o destinatário da correspondência. A conduta típica é devassar, isto é, tomar conhecimento, o que não implica divulgar, que é a conduta nuclear do art. 153 do CP. No caso do art. 40 da Lei 6.538/78 o agente não tem autorização a conhecer o conteúdo sigiloso. Luiz Regis Prado entende que a violação de *e-mail* configura o crime em tela. Não se visualiza, segundo ele, “nenhum impedimento nesse sentido, tendo em vista que o artigo em questão refere-se tão somente à correspondência[139]”, não à correspondência em papel.

De qualquer forma, o art. 154-A do CP pune com 03 meses a 01 ano de detenção, e multa, quem invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Na forma qualificada o crime pune com 06 meses a 02 anos, e multa, se o fato tiver como consequência a obtenção de comunicações privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas. O detalhe deste artigo

[138] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 170.
[139] PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 837.

é que ele foi incluído no CP por conta da Lei 12.737/12, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, já que sancionada ao ensejo da divulgação de fotos da atriz nua, obtidas por "hackers" que invadiram seu *e-mail*. Trata-se de incremento legislativo importante, pois supre lacuna que poderia existir na visão dos que não entendessem *o e-mail* abarcado no conceito de "correspondência" do art. 40 da Lei 6.538/78 e ainda amplia a proteção jurídica para uma série de outras situações de invasão a dispositivos informáticos, como telefones celulares, punindo também quem produz, oferece, distribui ou vende dispositivos que permitam "hackear" dados alheios.

1.3.4.1. *Interceptação telefônica e captação ambiental*.

As evidentes e indispensáveis necessidades de que a quebra do sigilo telefônico seja feita apenas na presença de razoáveis indícios de autoria ou participação em crime, e que a prova não possa ser feita por outros meios, não foram adequadamente complementadas no inciso III do art. 2º, da Lei 9.296/96, com a necessidade de que o crime investigado seja de grande gravidade. À lei bastou que o crime seja punível com reclusão.

Em teoria, portanto, um crime de furto qualificado de automóvel pode ensejar um decreto de interceptação. Lenio Streck constata que a Lei, nesse aspecto, "estabeleceu o risco da violação do princípio da proibição do excesso", ampliando de tal maneira as hipóteses de interceptação "que terminou por aniquilar o direito fundamental à intimidade".[140] Na mesma toada, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho consideram evidente o excesso da lei, "que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações", e enxergam inconstitucionalidade do inciso III do art. 2º, por ferir o princípio da proporcionalidade.[141]

---

[140] STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.) C*omentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 293

[141] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 216.

Talvez o ideal tivesse sido a previsão de um rol taxativo de tipos penais realmente graves, passíveis de ensejar interceptação, nos moldes da Lei dos Crimes Hediondos.

Cumpre discernir as várias formas de captação eletrônica das provas[142]: a) interceptação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (é a típica interceptação telefônica de que trata a Lei 9.296/96; o terceiro, no caso, seria o juiz que defere a medida); b) interceptação telefônica por um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores (também chamada de escuta); c) interceptação da conversa entre presentes, por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, com o conhecimento de um ou mais interlocutores (também chamada de escuta ambiental); e) gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro (gravação clandestina); f) gravação da conversa entre presentes, por um interlocutor sem o conhecimento dos outros (gravação ambiental clandestina)[143].

Assim, tem-se interceptação, em sentido estrito, apenas quando é um terceiro que grava a conversa entre outras pessoas. Daí o uso do termo interceptar, dentro da ideia de atravessar uma outra trajetória. Se a conversa gravada por terceiro, isto é, a interceptação, contar com a anuência de um dos interlocutores, chama-se de escuta, seja ela uma conversa telefônica ou uma conversa presencial. Se for uma conversa presencial, chama-se de escuta ambiental. É a anuência de um dos interlocutores que torna possível que se chame de escuta a conversa gravada por um terceiro.

Por outro lado, quando é o próprio interlocutor que está gravando, e não um terceiro, então não se fala em interceptação, mas em gravação. Se for

---

[142] Esclarece-se que fonte de prova são os fatos percebidos pelo julgador, meio de prova são os instrumentos pelos quais fatos chegam ao processo, enquanto que objeto de prova é o fato a ser provado. No caso da interceptação, o conteúdo das conversas gravadas é a fonte da prova, enquanto que a gravação e sua transcrição são o meio. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 144 e 207.

[143] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

presencial, não por telefone, faz sentido falar em gravação ambiental. Vem predominando no STF o entendimento de serem lícitas as gravações clandestinas, tanto as telefônicas quanto as ambientais[144], quando se trata de propostas desonestas ou ameaças. Qualquer pessoa pode gravar as suas próprias conversas, mas a divulgação, dependendo do contexto, é indevida se gratuitamente expuser intimidade alheia, fora das hipóteses, por exemplo, do interlocutor gravado sem seu consentimento estar oferecendo propina, fazendo ameaças, propondo, enfim, algum ilícito criminal.

A Lei de Organização Criminosa, nº 12.850/2013, previu expressamente como meio de obtenção de prova, além das interceptações telefônicas e do acesso a registros de ligações, a possibilidade da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos (art. 3º, II).

Parecem estar abarcadas pela redação do inciso todas as formas de captação ambiental mencionadas nas letras "c", "d" e "f", parágrafos acima, ainda que fosse despicienda a autorização específica para a letra "f", que trata da gravação ambiental pelo próprio interlocutor, já que é amplamente aceito pela jurisprudência que uma pessoa grave o momento em que é extorquida, por exemplo, ou gravemente ameaçada, ou recebe proposta de propina, etc. (ainda que não no contexto de uma organização criminosa).

Vicente Greco Filho exemplifica a abrangência da captação ambiental citando "a gravação de uma emissão clandestina de sinal de rádio, a possibilidade de localização dos chamados GPS, a utilização de câmeras de vigilância, fotografias e teleoitiva por meios eletrônicos e até leitura labial por teleobjetiva"[145].

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, comentando o art. 3º da Lei 12.850/2013, mencionam que a compreensão do significado de interceptação ambiental inclui não somente a captação clandestina de conversa por um terceiro

[144] A Lei 12.850/13, Lei de Organização Criminosa, previu expressamente em seu art. 3º, II, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos como meio de obtenção de prova.
[145] GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

ou por um dos interlocutores, mas também "a instalação por agentes de polícia – mediante autorização judicial – de aparelhos de captação de som e imagem em residências, locais de trabalho, locais públicos". Advertem, porém, com plena razão, quanto ao risco de uso indiscriminado das medidas e à necessidade de sua utilização subsidiária, observada a proporcionalidade[146]. A aplicabilidade primordial do dispositivo, aliás, se mostra justamente aquela dos exemplos de Bitencourt e Busato.

Quanto ao detalhamento do procedimento de uma interceptação telefônica deferida judicialmente, o art. 8º da Lei 9.296/96 estabelece que ela "ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito ou do processo, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições", sendo que, nos termos do parágrafo único, a apensação só ocorrerá imediatamente antes do relatório da autoridade policial, no caso de inquérito, e antes da sentença judicial, no caso de processo.

O sigilo, inclusive em relação aos investigados e seus advogados, é da natureza do procedimento enquanto as gravações ocorrem, visto que não faria sentido algum permitir que, com a publicidade, o interceptado soubesse que suas conversas estão sendo ou serão gravadas. Por isso mesmo, defendem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que o sigilo que é mencionado no artigo 8º só pode perdurar para o indiciado/réu e seu defensor até a vinda do auto circunstanciado com o resumo das operações e das transcrições aos autos apartados, que hão de ser apensados aos autos de inquérito ou processo, após o que deverá ser aberto incidente de inutilização dos elementos de prova que não interessarem[147].

O entendimento acima vincula o sigilo à estrita necessidade de garantir a eficiência da colheita de elementos enquanto a interceptação telefônica está realmente em curso. Nenhum dia a mais que o necessário.

---

[146] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

[147] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 226.

Entretanto, é possível se vislumbrar a possibilidade das interceptações, ainda que já findas e transcritas, revelarem a necessidade de novas diligências, por exemplo, uma busca e apreensão. Faz pouco sentido o levantamento do sigilo quanto ao conteúdo interceptado se isso permitir ao indiciado, sabendo que um esconderijo de drogas ou do produto do crime foi revelado nas conversas, precaver-se contra a iminente ordem de busca. Nessa linha, Fernando da Costa Tourinho Filho entente que "no caso de uma diligência já realizada, mas atrelada a outra por fazer, ambas devem ficar resguardadas, embora a primeira já esteja documentada nos autos".[148]

É claro que viola o direito de defesa a obrigatoriedade de apensamento[149] dos autos da interceptação aos autos principais - com o consequente levantamento do sigilo às partes e defensores (porque não pode haver sigilo quanto a eles nos autos principais) - apenas imediatamente antes do relatório do delegado de polícia ou da sentença. O equilíbrio justo talvez esteja na possibilidade do sigilo ser levantado - e os autos apensados - quando, ouvido o delegado na fase de inquérito, não houver outras diligências que justifiquem o sigilo.

Quanto ao incidente de inutilização das gravações que não interessam à persecução penal, o ideal seria que ocorresse antes do apensamento, ao contrário do que prevê a lei[150]. Isso garantiria que não viessem a público conversas envolvendo terceiros, eventualmente constrangedoras por qualquer motivo. Todavia, pela forma como redigida a lei, a decisão sobre a inutilização ocorre depois do apensamento e, portanto, depois que o conteúdo das interceptações já se tornou não só do conhecimento das partes, mas também do público em geral quando se tratar de inquérito ou processo que não tramite sob segredo de justiça.

---

[148] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

[149] Expressão de uso muito mais comum na prática forense que a "apensação" utilizada pelo parágrafo único do art. 8º da lei.

[150] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 225.

Nesses casos, de inquéritos ou processos que não estão sob segredo de justiça, o conteúdo das interceptações não inutilizadas terá, naturalmente, publicidade externa também. A simples existência de conteúdo de conversas interceptadas no conjunto probatório, isto é, no apenso, não ensejará necessariamente, por si, que seja decretado o segredo de justiça. Observa Guilherme de Souza Nucci:

> (...) o juiz é o responsável pela ponderação e harmonização dos princípios constitucionais, confrontando o direito à informação ao interesse público e, também, ao direito à intimidade. Não se pode concluir que toda e qualquer interceptação realizada, necessariamente, produza o resguardo absoluto do segredo.[151]

Portanto, se o caso for de interesse público e o conteúdo interceptado for de interesse para a persecução penal, ele permanecerá público no apenso ao expediente principal não chancelado por segredo de justiça. Não havendo interesse para a persecução, terá vez a inutilização.

Em se tratando, por hipótese, de um expediente que desperte amplo interesse público, pela sua importância e repercussão, o incidente de inutilização haverá de ser extremamente célere, com vistas a diminuir o risco de que conversas não interessantes à persecução penal se espalhem antes da efetiva destruição das mídias. Ainda assim, dependendo do tamanho da repercussão do caso e do quanto a imprensa esteja cobrindo com proximidade, por mais rápido que tramite o incidente de inutilização a divulgação de conversas poderá acabar ocorrendo, tendo em vista a ordem estabelecida pela Lei para o apensamento/levantamento de sigilo e para a inutilização do que não interessar.

Evidentemente, a constatação de caráter objetivo que aqui se faz do que a Lei prevê, não justifica que alguém mal intencionado e com acesso ao conteúdo das gravações, antes da inutilização ser levada a cabo, aponte para algum jornalista a existência, no meio de dezenas de horas de gravações, de informação

[151] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas. Vol. 1*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 527.

constrangedora sobre figura pública (ou mesmo lhes passe a exata minutagem), para que essa "notícia" seja espalhada.

A conduta exemplificada acima, de reprovável conteúdo ético, não configura, todavia, o crime do art. 10 da Lei 9.296/96. Este prevê pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa, para quem interceptar comunicações telefônicas, de informática ou de telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou legal.

A primeira parte do tipo criminaliza a interceptação de conversas por telefone (voz), mensagens de texto, *whatsapp*, mantidas por computador fazendo uso de *modem*, por computador por meio de *sites*. Interceptação, como já se analisou, deve ser entendida como a gravação por terceiro. Qualquer pessoa pode praticar o crime, inclusive o juiz que determine a interceptação fora das hipóteses legais[152]. A segunda parte trata da quebra do segredo de justiça. É crime próprio, só podendo ser praticado por funcionário público[153]. Guilherme de Souza Nucci entende ser crime comum, e dá o exemplo, de difícil ocorrência, de invasão de uma pessoa qualquer a um Ofício Judicial, seguida da subtração do apenso das interceptações e divulgação do conteúdo delas[154]. Segundo esse entendimento, qualquer pessoa, incluído aí o jornalista, poderia ser sujeito ativo desse crime. Recentemente jornalista de São José do Rio Preto teve contra si instaurado um inquérito policial por conta de divulgação de conteúdo de interceptação telefônica em um jornal da região.[155]

Com relação à possibilidade de se interceptar a conversa entre advogado e cliente, a inviolabilidade do sigilo profissional torna ilegal tal medida, ressalvada a já analisada possibilidade do defensor estar envolvido na atividade criminosa, cabendo aqui, no mais, remissão ao subitem 1.2.1, *supra.* A linha telefônica do advogado que exerce regularmente sua profissão não poderá ser interceptada.

---

[152] Há alguns anos, uma magistrada de São Paulo determinou a interceptação do telefone do namorado.
[153] GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996
[154] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas. Vol. 1*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[155] Disponível em http://www.abi.org.br/juiz-arquiva-inquerito-que-indiciava-reporter-acusado-de-violar-segredo-de-justica/, acesso em 18.07.2017.

Mas se a linha telefônica do investigado estiver interceptada e este telefonar para o advogado, a conversa poderá ser ouvida pelos policiais que estiverem acompanhando a diligência. Além do que, será imediatamente gravada. A solução será a não transcrição, com posterior inutilização, não permanecendo nada nos autos. Embora tecnicamente possível que se interrompa no ato a própria gravação da conversa pelo sistema que está recebendo o desvio da linha interceptada[156], isso não seria recomendável. Romperia a integralidade das gravações, poderia despertar suspeitas e ensejar nulidades. Sem contar que demandaria o destacamento permanente de profissional, via de regra sem poder de decisão sobre os rumos da investigação, para ficar ouvindo as conversas no mesmo instante em que acontecem.[157]

1.3.5. *Sigilo bancário e fiscal*.

As informações fiscais e bancárias constituem parte da vida privada das pessoas, não importando se constantes das próprias instituições financeiras ou de órgãos do Poder Público, como a Receita Federal, detentora das declarações prestadas para fins de imposto de renda[158].

O sigilo bancário é a obrigação de discrição imposta aos bancos e a seus funcionários "a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação".[159] A rigor, ele seria "uma espécie de sigilo financeiro, todavia, a reiterada utilização de termos em sinonímia permite que se lhe dê um sentido mais amplo, para expressar o sigilo que obriga todas as instituições financeiras".[160]

---

[156] Na Justiça Estadual de São Paulo é o chamado sistema GUARDIÃO.
[157] Em algumas interceptações, a linha interceptada é desviada para o sistema GUARDIÃO e também para a linha de algum investigador, mas nem sempre.
[158] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61.
[159] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287.
[160] SILVA, Danielle Souza de Andrade e; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo Financeiro e a Produção da Prova Criminal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145.

Esses sigilos, na verdade, são desdobramentos do sigilo de dados. Repetem-se em relação a eles, portanto, as observações quanto ao art. 5º, XII, da CF/88. Diferentemente, porém, entende-se que podem ser quebrados não só pela Justiça Criminal, mas também pela Cível e por Comissões Parlamentares de Inquérito[161].

Desde que a quebra desses sigilos obedeça a requisitos legais e de proporcionalidade, não há infringência aos incisos X e XII do art. 5º da CF/88. É importante, nesse aspecto, que haja necessidade efetiva da medida para os fins a que se destina, isto é, que a providência seja indispensável.[162]

A quebra deve ser motivada, mesmo pelas Comissões Parlamentares. Há de ser excepcional, devendo também ser possível a individualização do investigado e do objeto da investigação. É preciso que se especifiquem quais dados se pretende obter. Devassas não atendem ao requisito da proporcionalidade que deve nortear a restrição de liberdades fundamentais. O sigilo, mesmo quebrado, deve permanecer resguardado quanto às informações que não interessam ao grande público[163], ainda que essa assertiva seja analisada com a devida ressalva em se tratando de crimes envolvendo dinheiro dos contribuintes.

A Lei Complementar 105/2001, permite expressamente em seu art. 1º, §4º, a quebra judicial de sigilo bancário para apuração de qualquer ilícito e especialmente nos crimes de terrorismo; de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; de extorsão mediante sequestro; contra o sistema financeiro nacional; contra a Administração Pública; contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; praticado por organização criminosa. Adiante, no art. 3º, a lei

[161] Discute-se na jurisprudência e na doutrina se o Ministério público pode também requisitar diretamente os dados sigilosos. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.
[162] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288.
[163] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 162.

estabelece que o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras deverão prestar as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservando-se o caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes.

Recentemente, no julgamento conjunto das ADIs 2.859, 2.390, 2.397 e 2.386, todas de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o plenário do STF modificou entendimento majoritário anterior e assentou, ainda que não por unanimidade, a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei Complementar 105/2001, a permitirem, independentemente de ordem judicial, a transferência de dados de movimentações financeiras ao Fisco. Ressalvou-se na ocasião a necessidade de regulamentação no âmbito dos Estados e Municípios. Destaca-se da ementa a conclusão quanto à necessidade que "se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa".[164]

A decisão constitui mais um sinal jurisprudencial no sentido de que o sigilo, "como componente da privacidade tende a ceder ante o imperativo da transparência, que deve orientar as medidas de disposição de recursos públicos numa república democrática".[165]

Quanto ao sigilo fiscal, o CTN não estabelece caráter absoluto às informações. Prevê o art. 198 a possibilidade da requisição de informações fiscais à Fazenda Pública por parte da autoridade judiciária no interesse da justiça.

A violação do sigilo de operação ou serviço prestado por instituição financeira, em razão do ofício, enseja o crime do art. 18 da Lei n° 7.492/1986, o qual prevê pena de um a quatro anos de reclusão. Apesar da menção no tipo sobre a "razão do ofício", não parece ser crime próprio, mas comum, à medida que qualquer pessoa trabalhando em qualquer instituição financeira, até mesmo

[164] STF, Pleno, ADI 2859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 24.02.2016.
[165] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288.

uma secretária, pode praticar.[166] Caso se trate de funcionário de instituição financeira pública, prevalece o art. 18 da Lei 7.492/86 sobre o art. 325 do CP, em razão da especialidade.[167]

1.3.6. *Sigilo de Estado e Lei de Acesso à Informação.*

Dando concretude ao princípio da publicidade na Administração Pública insculpido no art. 37 de nossa CF/88, em novembro de 2011 foi publicada a Lei 12.527, a qual ficou conhecida como a Lei de Acesso à Informação, e que revolucionou os paradigmas estabelecidos no contexto de uma Administração que historicamente cultuava o sigilo[168]. Ela veio a enaltecer a observância da publicidade como regra, "um importante passo na consolidação das instituições democráticas brasileiras, por meio do incentivo à participação popular no controle e no acompanhamento da gestão pública"[169].

A Lei prevê a facilidade de amplo acesso, por qualquer interessado, ao conteúdo de registros e documentos produzidos ou acumulados pelos órgãos públicos da administração direta, do Legislativo, Judiciário, Ministério Público, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como acesso às informações de todas as atividades exercidas pelos referidos órgãos e entidades públicas, projetos, investimentos, utilização dos recursos, prestações de contas, despesas, licitações, contratos administrativos, etc (art. 7º).

Considera-se sigilosa a informação submetida à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do

[166] DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.
[167] DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.
[168]DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: A Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes. In: *Acesso à informação pública*. VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 47.
[169] DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: A Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes. In: *Acesso à informação pública*. VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 47.

Estado (art. 4º, III). Essa imprescindibilidade é melhor explicada no art. 23 da Lei, o qual especifica que a informação passível de classificação como sigilosa é aquela que possa colocar em risco a defesa e a soberania nacionais, ou a integridade do território; prejudicar ou colocar em risco a condução de negociações internacionais; colocar em risco a vida, segurança ou saúde da população; oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; colocar em risco operações das Forças Armadas; prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa científica ou tecnológica, bem assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico; colocar em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Note-se, portanto, que os motivos para as restrições são excepcionais e bastante graves. O tempo de restrição de acesso à informação pode ser de vinte e cinco, quinze ou cinco anos. É justamente esse critério de tempo que classifica as informações sigilosas como ultrassecretas, secretas e reservadas (art. 24). Há também a previsão legal de reavaliação periódica de ofício pela autoridade ou por provocação, bem como a previsão de uma comissão formada por altas autoridades com a possibilidade de reavaliar a classificação de sigilo de cada informação (art. 27).

Quanto à segurança trazida pela Lei na proteção à transparência, as palavras de Ricardo Marcondes Martins:

> Exige-se a edição de um ato administrativo que classifique a informação como sigilosa. A Lei Federal disciplinou o procedimento administrativo de classificação das informações, determinou que a classificação seja revista de ofício ou por provocação e instituiu uma Comissão para reavaliar as informações classificadas[170].

[170] MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições ao acesso à informação. In: *Acesso à informação pública*. VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 122.

Essa delimitação rigorosa e detalhada dos motivos para as restrições, retirando subjetividade do agente público, é salutar. Em 2009, portanto antes da entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação, mas quando já em vigor há mais de 10 anos o princípio da publicidade na Administração Pública do art. 37 da CF/88, descobriu-se que o Senado Federal mantinha em sigilo alguns atos de nomeação de pessoal (parentes e amigos) e remuneração, e o fazia sob a justificativa de risco à segurança do Estado[171]. Nada mais distorcido. No art. 23 da Lei de Acesso à Informação regula-se adequadamente a questão. O legislador buscou evitar os abusos que eram cometidos[172].

De qualquer forma, mesmo no caso de adequada restrição a dados classificados como sigilosos, o acesso pode ser requerido por quem efetivamente comprove a necessidade de conhecer a informação, mas o eventual acesso obriga a pessoa a resguardar sigilo sobre o conteúdo (art. 25). Em caso de recusa estatal no fornecimento da informação, esta deve ser fundamentada, havendo a previsão de recurso. A necessidade de resposta escrita e documentada se insere também dentro de uma cultura de transparência e de *accountability* política[173].

Fora das hipóteses das informações sigilosas, é previsto que o acesso a todas as demais seja franqueado de forma fácil, ágil, rápida, preferencialmente pela internet; que não se exijam maiores informações sobre o requerente e, jamais, sobre os motivos (art. 5º). Weida Zancaner opina:

> Quando o Estado tem o direito de se imiscuir nas razões pelas quais alguém deseja obter informações, ele pode manipular as razões elencadas pelo solicitante com o fito de não disponibilizar as informações pleiteadas, quando a prestação destas não lhe for conveniente franquear.[174]

---

[171] Disponível em https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-acumula-mais-de-300-atos-secretos-para-criar-cargos,385042, acesso em 15.11.2018.
[172] MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições ao acesso à informação. In: *Acesso à informação pública*. VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 120-121.
[173] A *accountabiliy* será objeto de análise específica no Capítulo 4 desta dissertação.
[174] ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a Lei de Acesso à Informação. In: *Acesso à informação pública*. VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 29.

As informações de caráter pessoal que constem dos bancos de dados dos entes públicos são também de acesso restrito automático, conforme previsão da lei, independentemente de qualquer ato classificador. São as que se referem à intimidade, honra, imagem, vida privada. A divulgação pode ser autorizada por permissão da pessoa a que a informação se referir, salvo no caso de cumprimento de ordem judicial, defesa de direitos humanos ou proteção de interesse público e geral preponderante, hipóteses nas quais o consentimento será dispensado. Além disso, a restrição de acesso a informações pessoais não poderá ser invocada para prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como ações voltadas à recuperação de fatos históricos de maior relevância (art. 31).

Nossa Lei de Acesso à Informação é moderna e, ao menos em tese, apta a promover transparência na busca por maior moralidade administrativa e melhor fiscalização do poder público pela população.[175] A Lei procura ser o mais específica possível quanto às exceções que comportariam sigilo, para não dar margem a subjetivismos que, sob a justificativa de proteção a algum interesse maior da nação, ensejem restrição indevida de informações. Assim, o sigilo seria aceitável apenas em casos muito bem delimitados, com pouca margem para subjetivismo. A legislação brasileira vai ao encontro de outras legislações semelhantes mundo afora, muitas das quais inspiradas na lei de transparência sueca, cujo exemplo merece ser analisado.

A Suécia possui a mais antiga lei de transparência do mundo, de 1766, e seu modelo pioneiro no assunto se tornou referência. Na experiência sueca, a ampla transparência do poder público tem uma importante relação com uma maior acessibilidade aos políticos, juízes, promotores, e com uma maior percepção dos funcionários públicos, de qualquer escalão, quanto ao fato de que servem ao povo, trabalham para o povo, e devem manter o mais profundo respeito para com o "empregador".[176] Lá, a extrema transparência permite, por exemplo, o acesso fácil aos rendimentos de todas as autoridades, o rastreamento

[175] É como pensa Beatrice Ask, antiga Ministra da Justiça da Suécia. WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 206.
[176] WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 22.

dos gastos das autoridades, acesso por qualquer pessoa às declarações de imposto de renda. Até os *e-mails* do Primeiro Ministro e das demais autoridades são públicos. Assim como na lei brasileira, lá também a chamada Lei do Sigilo permite excepcionar a transparência e classificar como secretos documentos relacionados a questões de segurança nacional, relações internacionais, questões pessoais de caráter médico, etc.[177]

Nem sempre, por óbvio, a transparência é utilizada para fins nobres e para o combate à corrupção. Sempre pode haver distorções. Claudia Wallin comenta o caso de um primeiro ministro que, ao construir uma casa de campo de 356 metros quadrados, teve a obra completamente devassada pelos jornais, que noticiavam até o tipo de piso que estava sendo colocado, o que culminou com críticas ao Primeiro Ministro por parte da oposição e mesmo de seus eleitores. A suposta opulência da obra, ainda que não houvesse o mínimo indício ou suspeita de corrupção ou uso de dinheiro público, foi explorada politicamente e o Primeiro Ministro perdeu as eleições seguintes.[178]

De qualquer forma, é em boa medida à enorme transparência sueca que majoritariamente se atribuem os baixos índices de corrupção no país. Essa é a opinião de Gunnar Stetler, por exemplo, que em 2014 era o promotor-chefe da Agência Nacional Anticorrupção da Suécia e segundo o qual 75% das acusações formais de suborno culminam em condenações naquela nação[179].

Pondere-se, entretanto, que aqui e na Suécia, ou em qualquer lugar do mundo, nenhuma lei de transparência é eficaz sem uma população atenta, interessada, instruída. A nossa Lei de Acesso à Informação se insere em um movimento de busca pela transparência, reconhecido pelo próprio Estado; se insere em uma cultura de transparência que se está tentando promover. A vontade política suficiente para a publicação da Lei expressou a vontade social,

[177] WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 135.
[178] WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 156-160.
[179] WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 222.

reflexo aqui do que também acontece mundo afora, não derivou de uma iluminação espontânea de políticos generosos.

O ordenamento jurídico, como sistema que há de ser lógico, deve ser interpretado considerando esse movimento, o qual vem dando sinais em outros dispositivos, como o Decreto paulistano nº 53.623/2012, o já mencionado art. 93, IX, da CF/88, na redação dada pela EC 45/2004, entre outros. Não se trata, portanto, de subjetivismo. Há uma nítida evolução que, desde a CF/88 e intensificada de quinze anos para cá, aponta no rumo da transparência nas relações com a coisa pública. Não faz sentido que um sistema harmônico conviva com interpretações pontuais que privilegiem o sigilo em situações e atos que envolvam ou tenham envolvido agentes públicos ou dinheiro do contribuinte.

CAPÍTULO 2 - Publicidade, sensacionalismo e democracia.

2.1. População consciente e o Direito como ordenador da comunidade.

A consciência comum do povo é a fonte substancial suprema do direito[180]. Releva, portanto, reconhecer a importância da população ser bem informada[181] e ter acesso ao que ocorre de relevante na sociedade em que vive, vez que a circulação de informações e a qualidade delas pode exercer influência sobre os costumes e sobre o direito positivo.[182]

O Direito é norteador da cultura e da convivência em sociedade, não sendo apenas seu produto, mas tendo realmente um caráter modificador, educativo[183]. Lembra Miguel Reale que a lei "exerce função pedagógica, educativa, que não teria se o Direito fosse mera reprodução ou cópia de realidades subjacentes em si plenas e conclusas".[184]

Também Santo Tomás de Aquino e Aristóteles ensinaram sobre esse caráter educativo da lei, à medida que pode criar hábitos:

---

[180] RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.279.

[181] "É frequente que se diga que 'a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido'. A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264. Para Tocqueville, não se pode ter dúvidas de que a instrução do povo é uma poderosa força na manutenção de uma república democrática. Assim há de ser "em toda parte onde não se separe a instrução que esclarece o espírito, da educação que regula os costumes". TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 222.

[182] "Sem dúvida, o costume exerce, em qualquer hipótese, uma influência de alta relevância na elaboração das leis, como a de revelar, além da necessidade das normas legislativas, qual a solução mais correspondente à relação social que se pretende disciplinar, qual o sentir da consciência comum do povo". RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

[183] Nesse sentido, o Desembargador Ricardo Dip do TJSP lembra que "Cícero, no *De Republica*, na linha já da doutrina de Aristóteles, ensinava ser o Direito um elemento ordenador da comunidade – e não um seu produto -, de que seguia haver algo normativo superior às leis". DIP, Ricardo Henry Marques. *Notas sobre Notas - Tema VIII: Do princípio notarial da legalidade - Terceira Parte*, 2016, disponível em http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw%3D%3D&in=Nzk0MA%3D%3D, acesso dia 25.04.2017.

[184] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 187.

> (...) a pessoa privada não pode induzir eficazmente alguém à virtude. Pode apenas dar conselho, mas se seu conselho não é aceito, não tem força, o que deve possuir a lei, para induzir eficazmente à virtude como diz o Filósofo na *Ética* (X, 9, 1180a20). Esta força coativa tem a multidão ou a pessoa pública, à qual compete infligir as penas[185].
>
> E porque a lei é dada para dirigir os atos humanos, à medida que os atos humanos se exercem em vista da virtude, nesta mesma medida faz os homens bons. Donde dizer o Filósofo na *Política* (cf. Ética, II, 1, 1103b3) que 'os legisladores tornam bons aqueles nos quais geram o costume'[186].

Tem-se uma espécie de retroalimentação, pois no seu momento de pressuposição, conforme a terminologia de Eros Roberto Grau, o direito é um produto histórico-cultural e que "condiciona a formulação do direito posto". E o direito posto, concomitantemente, conforma novas manifestações do direito pressuposto.[187]

Se assim o é, o próprio processo de construção da norma jurídica concreta pelo magistrado também pode ter essas características[188], se puder a população, nesse caminho, acompanhar todos os porquês envolvidos e os argumentos de cada parte nos casos de interesse público, até o momento da sentença condenatória ou absolutória[189].

Fundamental, então, que a cultura e os costumes sejam oxigenados com a maior quantidade possível de informações sobre as engrenagens de poder do País, sobre o funcionamento do Judiciário, sobre supostas ilicitudes de empresas

---

[185] AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Questão 90, artigo III. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 42.
[186] AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Questão 92, artigo I. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 59.
[187] GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto, o Direito Pressuposto e a Doutrina Efetiva do Direito. In: CAFFÉ ALVES, Alaor et al. *O que é a Filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, p. 37.
[188] A arte de julgar "reveste-se do sentido da expansão de um critério apreciativo e pode submeter-se a métodos, não imutáveis, mas usuais. Assim é que, sob o primeiro aspecto, o juiz considera o fato e o Direito, segundo o pendor de sua inteligência e de seu coração; sob o segundo aspecto, dá expressão à vontade da Lei, imponto sua atuação no momento e no meio." BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 164.
[189] "A população tem o direito de conhecer não só as decisões judiciais, mas o modo como atua, a forma de proceder do Poder Judiciário." VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

que mantém contratos com o governo, sobre os atos praticados por políticos, etc.[190]

Paulo Gustavo Gonet Branco assinala a importante função social da liberdade de informação para, conforme lição de Castanho de Carvalho, conectar a pessoa com o mundo que a cerca, para que possa desenvolver todas as suas potencialidades e tomar as decisões que a comunidade exige.[191]

Stuart Mill, no clássico *On Liberty*, adverte que não apenas pela experiência, mas pela discussão o homem é capaz de retificar seus enganos.[192] A possibilidade de divergência e debate de ideias, para a verdadeira penetração da vontade popular no poder, "pressupõe uma consciência coletiva livremente formada e informada"[193].

2.2. Democracia e transparência.

A transparência máxima possível nas informações que tocam aos assuntos envolvendo qualquer aspecto do funcionamento do Estado, ou dinheiro dos contribuintes, está intrinsecamente associada à ideia contemporânea de democracia[194], a qual começou a ser melhor desenhada a partir do final do século

[190] Afinal, "na sua essência, a Democracia é sempre um regime que procura assegurar a penetração da vontade dos governados nos órgãos planejadores do governo. Isso significa que a Democracia é sempre um regime em que a vontade dos governados influi nas decisões dos governantes". TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.
[191] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 12ª ed. Saraiva, 2017, p. 274.
[192] MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Ari Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2011, p. 63.
[193] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 22.
[194] "Na Antiguidade e na Idade Média a democracia (mesmo com outro nome) era uma das três formas positivas de governo; com efeito, segundo a repartição política clássica (governo de um, de poucos e de muitos), cada forma de governo pode apresentar-se de modo positivo (respectivamente: monarquia, aristocracia e democracia) quando quem governa visa ao bem comum, ou de modo negativo (respectivamente: tirania, oligarquia e demagogia), quando quem governa cuida do seu próprio interesse. Na Idade Moderna a democracia passa a ser vista como a atitude política que se opõe ao absolutismo: é representada segundo perspectiva liberal ou social. Na Idade Contemporânea a democracia se apresenta como alternativa ao totalitarismo, seja ideológico, seja tecnológico". ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 277. Vide também Santo Tomás de Aquino, o qual, entretanto, mantidas as demais definições listadas por Abbagnano – fiéis às de Aristóteles – altera o nome do governo virtuoso de muitos para "politia", transliteração latina de "politeia", ao passo que chama de

XVII e da luta contra o Estado Absolutista. A propósito, a independência das treze colônias britânicas da América do Norte, já no final do século XVIII, com a posterior configuração em Estado federal, representa o "ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos"[195]. A Declaração da Independência Norte-Americana pode ser vista como uma tentativa de garantir, já na gênese da nação que veio a se tornar os Estados Unidos da América, a "supremacia da vontade do povo" e a possibilidade de "permanente controle sobre o governo".[196]

O fundamento de um Estado Democrático, dentro dessa concepção, é, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, "a noção de governo do povo, revelada pela própria etimologia do termo democracia".[197]

A mais conhecida formulação quanto à essência da democracia – e também a mais lapidar delas na opinião de José Joaquim Gomes Canotilho - é de Abraham Lincoln, traduzida na expressão "governo do povo, pelo povo e para o povo".[198] Entretanto o povo não deve obedecer à lei simplesmente porque ela é obra sua, mas, notadamente, porque pode mudá-la. E deve estar disposto a se submeter a ela como uma limitação que impõe a si mesmo, sendo que a origem popular das leis, a qual por vezes prejudica "a excelência e a sabedoria da legislação, contribui singularmente para o seu poder".[199]

José Afonso da Silva acrescenta que a democracia não é um fim em si mesmo, mas um meio para "a realização de valores essenciais da convivência

---

democracia, não de demagogia, o governo negativo de muitos. AQUINO, Santo Tomás. *Do Reino*. In: *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 133.

[195] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

[196] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.149.

[197] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.145.

[198] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287. Como contraponto, Canotilho cita a fórmula de Karl Popper, segundo a qual "a democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser", devendo ser entendida como técnica de seleção e destituição pacífica de dirigentes.

[199] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, pp. 182-183.

humana", de forma que ela não pode ser um "conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da História". [200] A liberdade de pensamento em amplo sentido, incluindo a liberdade de informação, de opinião, de imprensa, é valor que necessária e obrigatoriamente informa um Estado Democrático de Direito[201].

Tocqueville, ao analisar o bom nível de informação (conhecimento sobre religião, história da pátria e principais traços da Constituição) dos cidadãos da América do Norte na primeira metade do século XIX, mesmo no oeste selvagem, pondera:

> Mal chegados ao destino que lhes devia servir de asilo, o pioneiro abate algumas árvores, apressado, e eleva uma cabana sob a folhagem. Nada existe que apresente um aspecto tão miserável quanto aquelas habitações isoladas. (...) Quem não julgaria que aquela pobre cabana serve de asilo à grosseria e à ignorância? Entretanto, convém não estabelecer relação alguma entre o pioneiro e o lugar que lhe serve de asilo. Leva o vestuário das cidades, fala a sua língua, conhece o passado, é curioso com o futuro, argumenta sobre o presente, é um homem muito civilizado que (...) se afunda nos desertos do Novo Mundo com a Bíblia, um machado e jornais. É difícil ter-se uma ideia da rapidez inacreditável com que o pensamento circula no seio de tais desertos.[202]

A "democracia é idealmente o governo do poder visível, isto é, do governo cujos atos se desenrolam em público e sob o controle da opinião pública".[203] Ela é construída, se vê, em sociedades ativas e que prezem a transparência, que possibilitem a seus cidadãos participar da vida política com instrumental

---

[200] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40.

[201] "A expressão Estado Democrático de Direito, tal qual empregada pelo constituinte de 1988, serve para abranger os valores que informam a República Federativa do Brasil, dentre os quais (...) a liberdade de pensamento em toda sua extensão (liberdade de discurso, liberdade de imprensa, liberdade de manifestação do pensamento) (...)". BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55.

[202] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 222.

[203] BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2015, p. 29.

intelectual que lhes permitam influir verdadeiramente nos rumos da nação, da cidade, da comunidade.[204] Democracia não sobrevive sem transparência[205].

2.3. Liberdade de consciência e de expressão.

O reconhecimento dos Direitos fundamentais do Homem - os quais têm "suas raízes filosóficas nas concepções do Direito Natural"[206] – foi, assim como a noção de democracia, resultado de longo processo histórico. René Ariel Dotti lembra que se deve ao direito civil romano a construção do conceito jurídico de *personalidade*[207]. Tal conceito incorporou ao longo dos séculos novas características, gradativamente, com os aportes do Cristianismo[208], da filosofia, do humanismo, do movimento iluminista:

> Com o Cristianismo nasce a afirmação da igualdade entre os homens perante Deus, que é o prelúdio da igualdade civil perante a lei: 'Não há mais grego, nem judeu, escravo ou homem livre', ensinava S. Paulo (Galatas, III. 28). Igualmente se constrói o princípio da dignidade da pessoa humana, criada por Deus à sua imagem e semelhança e chamada a um destino eterno que transcende todas as manifestações temporais. O Cristianismo veio assim trazer uma base filosófica à limitação do poder. (...) A partir

[204] "(...) a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

[205] "Uma das definições possíveis de democracia é a que põe em particular evidência a substituição das técnicas da força pelas técnicas da persuasão, como meio de resolver conflitos". BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 191.

[206] DOTTI, René Ariel. Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 1.

[207] DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 6-8.

[208] O Ocidente, tal como o conhecemos hoje, se erigiu e se desenvolveu sobre o tripé do Direito Romano, da Filosofia Grega e do Cristianismo. "(...) o mundo seria irreconhecível sem o cristianismo. Esta meta-religião ultrapassou o espaço até então ocupado pelas experiências concretas do universo greco-romano e se expandiu de tal forma e com tal força que acabou por revolucionar o modo como o mundo compreende a si próprio. (...) De certo modo, a compreensão do cristianismo é parte da compreensão do mundo contemporâneo. (...) As razões do êxito alcançado pelo cristianismo (...) foram de tal sorte que acabaram por definir todo o gênero *religião*, restringindo o conceito de um termo amplo às características básicas de uma crença em particular". LEITE, Fabio Carvalho. *Estado e Religião – A liberdade religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 36-37. Endossa essa ideia também Jónatas Machado, para quem a "valorização cristã da personalidade individual e a afirmação 'a César o que é de César e a Deus o que é de Deus', acabaram por condicionar toda a reflexão sobre as relações que intercedem entre o político e o religioso e entre o direito e a moral nos dois mil anos subsequentes". MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 09.

> de então, o desejo de subtrair às autoridades públicas o domínio da consciência não mais abandonou a convicção de homens como Thomas Morus. E a moral cristã, ainda que logicamente independente do Direito, impregnou o seu conteúdo num sentido favorável à liberdade, após precisar a distinção entre o temporal e o espiritual (...) Com o movimento humanista do século XV e XVIII, a contribuição dos filósofos e pensadores políticos adquiriu uma importância fundamental, através das chamadas teorias do Direito Natural. Como síntese de aspectos trazidos da Antiguidade e de elementos cristãos do pensamento de S. Tomaz de Aquino essas teorias afirmavam a existência de um direito anterior à formação do Estado. (...) As teses fundamentais do estado de natureza e do contrato social, necessárias para explicar a existência da sociedade, traduzem a concepção de que o Homem, antes de se agrupar, era livre. A partir destes temas, levantam-se pedra por pedra as doutrinas de Hobbes (Leviathan, 1651) e Locke, segundo o qual o pacto social delimitaria precisamente quais as concessões feitas pelos indivíduos em relação aos seus direitos fundamentais.[209]

Após as revoluções do final do século XVIII, no Brasil do Império nossa primeira Constituição consagrou, em 1824, a liberdade de expressão no seu art. 179, IV: "Todos podem comunicar seus pensamentos por palavras escritas e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar"[210].

---

[209] DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9-13.

[210] "Aferrado aos processos da Monarquia parlamentar, respeitador das liberdades individuais e particularmente dedicado à Ciência e à Instrução, D. Pedro II foi o tipo perfeito do imperador filósofo. (...) em nenhum outro lugar os preceitos da Monarquia constitucional foram tão fielmente seguidos, em nenhum outro lugar tão completamente respeitadas a liberdade de imprensa e a liberdade de opinião; o Imperador nem sequer tentou opor-se à difusão das ideologias políticas que visavam derrubá-lo do trono. Com D. Pedro, o Brasil teve 48 anos de Monarquia, imbuída no mesmo espírito que a de Vitória na Inglaterra e a de Luís Filipe da França, porém mais sinceramente fiel ao espírito do regime representativo e mais ciosa da cultura. A queda da Monarquia, em 1889, não foi, aliás, uma revolução popular, mas um golpe de Estado promovido por militares irritados com a indiferença que o Imperador manifestava para com o Exército e a primazia que concedia ao 'doutor' em relação ao 'coronel'. O golpe militar fôra favorecido com o descontentamento provocado entre as classes dirigentes ante o papel que a família imperial desempenhara na abolição, sem indenização, da escravatura e, sobretudo, pela atração que exerciam sobre parte do escol intelectual – cuja formação fôra estimulada pelo Imperador – certas modas estrangeiras que apresentavam a forma monárquica de Governo como coisa superada. O Imperador foi pacificamente deportado não porque se detestasse a Monarquia, mas porque ela passara de moda". LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis.* 7ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 224.

A primeira Constituição da República, promulgada em fevereiro de 1891, estabeleceu em seu art. 72, §12: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer (...)”.

Em 1934 detalhou-se mais a disciplina no assunto, inclusive quanto às exceções: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, permitida propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”[211].

Sob a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 instituiu no art. 122 mais possibilidades de se limitar por lei e subjetivamente a liberdade de expressão, com a inclusão de termos como “moralidade pública” e “bons costumes”: “Todo cidadão tem o direito de manifestar seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação. b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude. c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado (...)”.

Em 1946 restabeleceu-se a democracia e o art. 141, §5º, da Carta praticamente repetiu o tratamento de 1934 para o assunto. Apesar de já instaurado o regime militar, a Constituição de 1967 trouxe poucas mudanças, ao menos no papel, e no seu art. 153, §8º, previu a liberdade de manifestação do

[211] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

pensamento, vedando "a propaganda de guerra, subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes". A Emenda Constitucional n. I de 17 de outubro de 1969 praticamente não alterou o texto.

Finalmente, nossa atual Constituição de 1988 teve nítida preocupação com a garantia dos direitos humanos e tratou das liberdades de expressão nos incisos IV e IX, e de consciência[212] no inciso VI, todos do art. 5º.

A liberdade de expressão, que abarca a liberdade de informação, "é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos". [213]

A liberdade de consciência é a própria liberdade de pensamento[214], de foro íntimo, pois não se pode obrigar ninguém a pensar desta ou daquela forma, sendo "facultado a cada um conscientizar-se da concepção ou diretriz de vida que melhor lhe aprouver"[215].

A liberdade de informação, assegurada em nossa Constituição Federal no art. 5º, XIV, "compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias por qualquer meio", justificando-se pelo interesse legítimo e

[212] A respeito da liberdade de pensamento, Stuart Mill: "Não é apenas ou principalmente para se formar grandes pensadores que a liberdade de pensamento é necessária. Pelo contrário, ela é tão ou ainda mais indispensável para capacitar os seres humanos medianos a alcançarem a estatura mental de que são capazes. Houve já, e pode voltar a haver, grandes pensadores individuais numa atmosfera de escravidão mental. Mas nunca houve, ou poderá haver, numa tal atmosfera, um povo intelectualmente ativo". MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Ari Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2011, p. 82.

[213] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264.

[214] A liberdade de manifestação de pensamento, por sua vez, está prevista na CF/88, no inciso IV do art. 5º. Ela é "um dos atributos da liberdade de expressão". Esta é gênero, que engloba outras liberdades, enquanto que aquela é espécie. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 121.

[215] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 134. Norberto Bobbio aduz que o "reconhecimento do direito de todo homem a crer de acordo com sua consciência é estreitamente ligado à afirmação dos direitos de liberdade, antes de mais nada ao direito à liberdade religiosa e, depois, à liberdade de opinião, aos chamados direitos naturais ou invioláveis, que servem como fundamento ao Estado Liberal". BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 191.

fundamental da "coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam bem informados para o exercício consciente das liberdades públicas"[216].

Não há, portanto, democracia sem liberdade de expressão[217], a qual depende da liberdade de pensamento, a qual por sua vez depende da liberdade de fluxo de informações na sociedade. Embora as diferentes liberdades tenham estruturas individuais próprias, elas em conjunto confluem para a construção da ordem democrática.

2.4. Liberdade de imprensa e sensacionalismo penal.

"Em 1750 antes de Cristo, no reinado de Thoutmes III, os egiptólogos descobriram na poeira dos séculos publicações que relatavam os escândalos locais."[218]

Ao se falar tanto sobre liberdade de expressão e liberdade de acesso à informação, a discussão acerca da liberdade de imprensa torna-se primordial, pois ainda que seja possível e até desejável que os cidadãos busquem por si as fontes diretas, como permite, por exemplo, a já mencionada Lei de Acesso à Informação, é inegavelmente por meio da imprensa que com mais facilidade, ainda hoje, a informação é acessada pela população.

A liberdade de imprensa não se justifica no interesse do jornalista ou do empresário dono do veículo. Ao contrário, a liberdade defendida e proporcionada a eles é instrumento do direito da população de ser informada[219].

---

[216] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

[217] "(...) o exercício democrático do poder (...) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático)". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

[218] Para um relato detalhado da evolução da imprensa e da liberdade de comunicação, começando no Egito antigo, passando por Grécia, Roma, Idades Média, Moderna e Contemporânea, ver DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.107-140.

[219] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 826. O autor ainda acrescenta, na sequência que o " dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. A

Nos dizeres de Freitas Nobre, a liberdade de imprensa "constitui uma defesa contra todo excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político-administrativa"[220], de maneira que, em prol da sociedade, a imprensa teria o "direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado" (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 30.04.2009)[221].

E dentro da liberdade de imprensa é fundamental destacar a liberdade da informação massiva[222], aquela levada a cabo por meios de comunicação de massa, porque é essa que mais tem potencial para, na prática, tornar um determinado assunto, por vezes, onipresente na vida cotidiana das pessoas, com todas as suas consequências para o bem ou para o mal.

De todos os vários aspectos delicados envolvendo a comunicação de massa, nos interessa aquele relacionado à divulgação de informações concernentes a delitos e a processos criminais importantes.

O simples fato de um determinado processo ser público - considerando que por mais importante que seja poucas pessoas efetivamente se dão ao trabalho de consultar diretamente os autos - não é o elemento que, por si só, gera a comoção social e todos seus demais efeitos. É a combinação da ausência de segredo de justiça com a efetiva divulgação pelos veículos de comunicação[223].

---

eles se reconhece o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre eles incide o dever de informar à coletividade (...)".

[220] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 826.

[221] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1515. Nesse sentido, ainda: "O direito de informação jornalística, portanto, é mais do que liberdade de informar, é 'o direito a obter, no confronto com os poderes públicos e com os particulares, as informações indispensáveis às relações políticas, econômicas e sociais de um cidadão numa sociedade democrática', é o direito de se informar". Ana Lúcia Menezes Vieira citando Ricardo Leite Pinto em VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 23.

[222] "A liberdade de informação massiva (...) assumiu características superadoras da liberdade de imprensa (...)" É "a mais importante de todas as formas das liberdades da comunicação". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 15.

[223] Ressalvas feitas, no caso da publicidade, aos "vazamentos" que podem ocorrer em processos nos quais não há publicidade externa; e no caso da divulgação por veículos de comunicação, a desnecessidade de efetiva cobertura midiática para que, em cidades muito pequenas e pacatas, crimes que alterem a rotina local tenham, de qualquer forma, repercussão.

No âmbito da persecução penal, o que preocupa a muitos quanto à comunicação de massa é o seu poder "de sugestionamento na consideração de temas de todo modo 'ardentes', como a fase aplicativa da pena, o tratamento do réu, a verdade da informação em tema de criminalidade, o alarme social e o sentimento de segurança/insegurança dos cidadãos".[224]

Note-se que a repercussão não residiria somente no processo penal que particularmente está sendo noticiado naquele determinado momento, mas também nos debates subsequentes de política criminal e na percepção da população acerca da insegurança nos grandes centros.

No conflito entre os benefícios e malefícios que a publicidade e a divulgação pelas mídias de massa podem gerar, e a despeito da diversidade de conclusões doutrinárias, tem prevalecido historicamente "a necessidade social de transmitir e receber informação", o que ensejou a incorporação, como já colocado, da "liberdade de imprensa e de expressão aos catálogos de direitos individuais das constituições liberais modernas e nas convenções internacionais, como um direito fundamental"[225].

O tempo da informação jornalística difere do tempo do trabalho jurisdicional[226]. Ainda que não se tenha pressa por qualquer "furo de reportagem", a relevância da matéria jornalística é inversamente proporcional ao tempo que passa até sua divulgação. Outro aspecto importante é que, mesmo com prudência e bom jornalismo exercido colhendo-se várias fontes e ouvindo-se todos os lados, o trabalho jornalístico não está sujeito a nulidades processuais, as quais podendo

[224] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.
[225] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.
[226] Ana Lúcia Menezes Vieira cita trecho de acórdão relatado pelo Desembargador Ênio Zuliani do TJSP na Apelação 0159459-20.2009.8.26.0100, da 4ª Câmara de Direito Privado, julg. 07.07.2011: "A imprensa existe para esclarecer a opinião pública, e a dinâmica dos acontecimentos não autoriza que o leitor seja informado com o resultado tomado após longa e exaustiva investigação da verdade do fato publicado. Caso fosse exigir o rigor probatório que modela a persecução criminal para liberar a edição, a demora da pesquisa esvaziaria o produto social que é indispensável para o exercício da democracia, qual seja, a própria reportagem bombástica". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 15.

colocar toda a persecução penal estatal a perder, exigem uma outra espécie de rigor.

Ainda assim, por vezes chama a atenção a maneira impactante com a qual algumas notícias são levadas ao público, não só por tabloides ou assemelhados, mas até mesmo por veículos com reputação de seriedade (também sujeitos a eventuais arroubos).

Essa impetuosidade pode se revelar em narrativas especialmente agressivas, expondo detalhes que, mais que necessários para a transmissão de uma informação completa e útil, parecem às vezes servir à mera satisfação de curiosidades. Conclusões precipitadas ou ilações temerárias[227] também são menos raras do que deveriam nesse afã de impetuosidade que é libertado quando do surgimento de fatos com potencial para chocar uma comunidade, uma cidade, um país.

Dependendo da importância intrínseca do acontecimento jornalístico, seja pelo seu caráter abjeto ou peculiar, seja pelo possível impacto na vida das pessoas, e dependendo da repercussão inicial das primeiras notícias, gera-se uma bola de neve na qual mais e mais veículos passam a aderir e, por vezes, um determinado assunto pode assumir presença diuturna, por dias, semanas, meses, em boa parte da imprensa, sendo revirado em todos os seus aspectos, até mesmo por conta da necessidade que alguns veículos têm de tentar apresentar a seu público um "insight" diferente[228].

---

[227] Acórdão do STJ relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar (REsp 164.421), afastou argumento do jornalista condenado por danos morais de que nenhuma acusação concreta teria sido empregada na notícia, afirmando que "a ofensa não vale pelo que diz, e sim pelo que insinua" e que naquele caso o leitor médio ficava "se não convencido, com quase certeza da veracidade da notícia". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 277.

[228] Entre as diferentes "ideologias" dos meios de comunicação identificadas por Jock Young, teórico ligado à criminologia crítica, destacamos duas posições: 1) aquela baseada no *laissez-faire*, que considera a notícia uma mercadoria a ser negociada livremente com o público consumidor, o qual escolherá o que lhe interessa em termos de notícias, formas de abordagem, veículos. Esse modelo entende que a concorrência é um fator real que estimula a qualidade e a pluralidade; 2) outra posição, bastante diferente, preconiza que a atividade de *mass media* é necessária à população, não para informá-la, mas para atender suas necessidades de "bodes expiatórios" para sanar tensões insatisfeitas e para demonstrar a "naturalidade e a justiça da ordem existente". Nesse sentido, os meios de comunicação realizam "campanhas com duração no tempo para difundir um comportamento hostil a determinados grupos". O roteiro básico consistiria

Nesse processo todo, injustiças podem ser inadvertidamente cometidas[229], intimidades podem acabar sendo violentadas, "julgamentos" que dispensam advogado, Promotor de Justiça e Juiz são realizados a toque de caixa[230]. O direito de informar e ser informado, conquistado historicamente para proteger os cidadãos, passa a oprimir o indivíduo envolto em uma acusação de crime.

Dentre os efeitos possíveis sobre os acusados, inocentes ou culpados, destacam-se o abalo de espírito e a humilhação dos familiares.[231] Artur César de Souza observa, ao citar casos de enorme repercussão como o da menina Isabella Nardoni[232], do goleiro Bruno[233], da Escola de Base[234], de Suzane Von Richthofen[235] e de Daniele Toledo do Prado[236], que a "presunção de inocência,

---

em recolher a história com base em informações da polícia, iluminar a opinião pública de modo seletivo, iniciar a campanha "de lei e de ordem". Os meios de comunicação adeptos desse modelo "provocam temor e medo e difundem a sensação de que algo está acontecendo e que há necessidade de imediata reação". SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 82-84.

[229] "É comum jornalistas levantarem ' suposições', 'probabilidades' e 'possibilidades' com base no que denominam 'provas', não raro fictícias e, no geral, deturpadas, como se fossem membros do Poder Judiciário. Alguns até ser arvoram em juristas, citam leis e preceitos incriminadores, procurando enquadrar pessoas físicas e jurídicas, autoridades e representações, mobilizando a opinião pública, no afã de conseguir os malfadados 'furos de reportagem'. Não olham quem ofendem; apenas insinuam (...) sem analisar o outro lado da moeda". BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

[230] Opinião do jornalista Américo Correa na Revista Consultor Jurídico de 6 de fevereiro de 2008: "Está resolvido um dos principais problemas brasileiros: a lentidão da Justiça. Resolvido, aliás, ao arrepio da lei. Porém, com ajuda de pessoas que ganham polpudos salários para defender o Estado Democrático de Direito e zelar pelo cumprimento da lei. Agora, quem divulga, julga e sentencia é a Imprensa". SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

[231] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

[232] Em 2008, a criança Isabella Nardoni, então com cinco anos de idade, foi jogada do sexto andar do apartamento do pai, na zona leste de São Paulo. Tanto o pai quanto a madrasta foram condenados por homicídio triplamente qualificado.

[233] Bruno Fernandes, então goleiro do Flamengo, foi acusado em 2010 de ter mandado matar a mãe de seu filho. Sequestrada por amigos do goleiro, a vítima Eliza Samúdio teria sido morta e seu corpo destrinchado e dado a cachorros. Bruno foi condenado em primeira instância a 22 anos de reclusão.

[234] Em 1994, os donos de uma escola no bairro da Aclimação em São Paulo, alguns funcionários e um casal de pais de alunos, foram acusados de abuso sexual de crianças. O caso ganhou as manchetes, a escola foi depredada, os suspeitos chegaram a ser presos. O inquérito eventualmente foi arquivado por absoluta falta de indícios mais sólidos. A escola nunca mais reabriu.

[235] Em 2002, a jovem universitária Suzane Von Richthofen planejou juntamente com o namorado e o irmão dele o assassinato dos pais, visando a se apossar prematuramente da herança. Os pais de Suzane foram mortos a pauladas enquanto dormiam, com a anuência dela, que franqueou a entrada aos executores. Acabou condenada a mais de 30 anos de reclusão.

[236] Daniele Toledo do Prado foi presa e acusada injustamente em 2006 por ter supostamente causado a morte da filha bebê ao colocar cocaína em sua mamadeira, ao invés de leite em pó. Foi

uma das grandes conquistas da civilização, às vezes cai em baixa por conta da ansiedade coletiva e catártica de exigir punição imediata a bodes expiatórios".[237]

Fazendo diagnóstico semelhante e lembrando também o caso da menina Isabella, comenta Flávia Rahal:

> A publicidade continua, em muitas situações, a ser usada para oprimir. Foi o que se viu, de forma exaustiva, no paradigmático caso 'Nardoni'. A todos se possibilitou o acompanhamento passo a passo do julgamento. Do começo da investigação até seu julgamento, tudo foi parte de um grande show. O combativo advogado de defesa acabou agredido pela açulada turba que foi assistir ao espetáculo, incitada pelos meios de comunicação a fazer coro pela condenação. A sentença proferida publicamente a espectadores que se encontravam há dias na porta do fórum foi comemorada a gritos e com fogos de artifícios.[238]

Na posição da referida autora, contudo, transparece um enfoque maior contra a publicidade em si mesma, não tanto contra a irresponsabilidade de parte da imprensa.

Roberto Podval, Beatriz Rizzo Castanheira e Carmen Silva de Moraes enxergam no noticiário sobre os crimes de mais repercussão uma "histeria coletiva" e destacam um falso consenso de que no Brasil as penas seriam muito brandas.[239]

Para Luiz Francisco Torquato Avolio assiste-se "a uma profusão de programas televisivos e reportagens jornalísticas voltadas à exposição da violência e da corrupção", descambando para a "exploração sensacionalista".[240]

---

agredida na cadeia pelas outras presas a ponto de perder a visão no olho direito. Comprovou-se que o pó branco, confundido com cocaína no hospital que a bebê veio a falecer (e cujo teste preliminar realizado pela Polícia Civil também resultou positivo para cocaína), era na verdade uma medicação anticonvulsiva que a menina estava tomando. Daniele não chegou a ser denunciada pelo Ministério Público, mas ficou mais de 30 dias presa.

[237] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

[238] PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Processo Penal: Quando Publicidade e Sigilo Oprimem. Boletim IBCCRIM, Setembro 2010, nº 214, p. 11.

[239] BARROS, Carmem Silvia de Moraes; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; PODVAL, Roberto. Ninguém é cidadão. Boletim IBCCRIM, ano 10, nº 114, maio 2002, p. 1.

[240] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Os Direitos do Preso e a Mídia. Boletim IBCCRIM, ano 10, nº 114, maio 2002, p. 7 - 10.

Marcus Alan de Melo Gomes afirma que o ideal da imprensa como guardiã da democracia "foi substituído pela essência da indústria cultural" e que a mídia manipula o público porque isso é inerente à sociedade de consumo. "O noticiário sobre a delinquência se vale de clichês e estereótipos para criar heróis e vilões".[241]

Após também citarem os casos de Isabella Nardoni, Suzane Richthofen e Escola de Base, concluem Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira que a mídia tomou para si o tema da criminalidade, adotando um discurso sensacionalista e repressor que influi na legislação e na atuação dos juízes[242].

Reinaldo Daniel Moreira, por seu turno, inclui as agências de comunicação social no rol das agências do sistema penal.[243]

Como se vê, são mesmo muitos os autores que chamam a atenção para os prejuízos à intimidade dos investigados, à presunção de inocência, à garantia da imparcialidade que derivam da exploração pela mídia da publicidade processual, alguns chegando a defender até, de maneiras explícitas ou implícitas, restrições à publicidade[244].

Diego Fajardo Leão de Souza e Rosimeire Ventura Leite, comentando sobre esses prejuízos, afirmam que o "interesse público à informação, em

---

[241] GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia, Poder e Delinquência. Boletim IBCCRIM, ano 20, nº 238, setembro/2012, p. 4.

[242] SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso Midiático Penal e exasperação repressiva. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20, vol. 94, jan-fev. 2012, p. 363-380.

[243] MOREIRA, Reinaldo Daniel. Mídia, Liberdade de Expressão e Direito Penal. Boletim IBCCRIM, ano 15, nº 183, fevereiro/2008, p. 8.

[244] "(...) a imprensa (...) tem protagonizado situações em que claramente são excedidos os limites do direito e do dever de informar e direta ou indiretamente são sacrificados interesses alheios. As constantes violações aos princípios da presunção de inocência, da garantia da imparcialidade do juiz, da preservação da intimidade de investigados, réus e condenados têm caracterizado um recente fenômeno definido como *trial by media*". SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão; LEITE, Rosimeire Ventura. *Sigilo no Processo Criminal e o Interesse Público*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 205.

determinados casos, haverá de ser limitado de acordo com as necessidades de proteção de valores constitucionais".[245]

Caio Cezar de Figueiredo Paiva entende que a "simbiose entre mídia e poder punitivo desafia, ainda, impunemente, o Estado de Direito, pois jornalistas e empresários da (des)informação se julgam acima da lei", acrescentando que a crítica ao "Poder Legislativo e ao populismo penal por este encampado não pode perder-se no tempo".[246]

Luiz Flávio Gomes opina que o modelo político criminal brasileiro já vem sofrendo com o "hiperpunitivismo", o que vem sendo piorado com o chamado "populismo penal" em contínua expansão, fenômeno não só brasileiro, mas mundial[247].

O populismo penal[248], segundo os adeptos da tese, direciona as emoções geradas pelo delito na população - algo que não se consegue sem a utilização de *mass media* - como forma de obter apoio para pautas punitivistas, "reacionárias", de maior rigor.

O sensacionalismo midiático[249] seria um fenômeno mais amplo que o dito populismo penal midiático, embora também indissociável da comunicação de massa, a qual ganhou força paulatina com a disseminação das televisões nos

---

[245] SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão; LEITE, Rosimeire Ventura. *Sigilo no Processo Criminal e o Interesse Público*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 205.

[246] PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Observações sobre os casos penais de 2012: imprensa, projetos de lei e jurisprudência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Vol. 101, p. 467 e 468. São Paulo: Revista dos Tribunais, março/abril de 2013.

[247] GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

[248] Expressão de teor denuncista, desqualificador, como observa o próprio Luiz Flávio Gomes.

[249] "O sensacionalismo é uma forma diferente de passar uma informação; uma opção por assuntos que podem surpreender, capazes de chocar o público; uma estratégia dos meios de comunicação que trabalham com a linguagem-clichê, vulgar, compacta, conhecida como lugar-comum, de fácil compreensão por aquele que a recebe". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52. Alguns também identificam, a par do populismo penal midiático, a figura, ligeiramente diferente, do "jornalismo justiceiro", o qual teria um foco maior na vítima. CRUZ, Erica Marcelina. Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 415.

lares, depois com a internet e nos últimos anos com as mídias sociais. Diferentemente do sensacionalismo midiático genérico, o qual explora as mais diversas áreas e na maioria das vezes tem como única intenção vender mais jornais ou aumentar a audiência, o populismo penal midiático teria como intenção dissimulada a mobilização das massas para intencionalmente incrementar as medidas punitivas na sociedade (não só para vender mais jornais).

Um tom acima ao de Luiz Flávio Gomes, a autora Marília de Nardin Budó afirma que "a própria pauta de notícias sobre crimes parte desde já de agências de controle social formal", de forma que as notícias se voltam "contra uma parcela da sociedade" em uma "evidente separação maniqueísta entre o bem e o mal", de forma que os meios de comunicação contribuiriam com sensação de medo da população e o consequente recrudescimento da repressão penal, concluindo a autora que "resta pouco do ideal liberal e democrático que envolveu historicamente a imprensa"[250].

Sem usar exatamente a expressão "populismo penal", Pierpaolo Cruz Bottini também sugere que "a mídia tem sim influência na expansão do direito penal, uma influência forte, até porque constrói um discurso que acaba afetando o legislativo"[251].

As duras críticas a esse "populismo penal midiático" seriam pertinentes e salutares, na opinião de alguns autores, à medida que elas oporiam um saber técnico e letrado ao saber vulgar que se aproveita da ignorância e das emoções das pessoas para expandir um sistema penal injusto e seletivo, exercido contra bodes expiatórios.[252]

Entendem esses críticos que o discurso populista na área criminal atenderia a "interesses que transcendem o campo do sistema penal ou da

[250]BUDÓ, Marília Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Vol. 101, p. 389-425. São Paulo: Revista dos Tribunais, março/abril de 2013.
[251] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470 – Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 247.
[252] GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.

prevenção geral do delito, posto que atrelado a racionalidades do exercício discriminatório (e conservador) do poder".[253]

Luiz Flávio Gomes, citando Eugenio Raúl Zaffaroni e Jesús-Maria Silva Sanchéz, vê um momento de expansionismo do direito penal, que já predomina há 30 anos e do qual é parte o populismo penal, afirmando ser inegável a atração popular "pelas teses sustentadas pelo pensamento político reacionário dos anos 80/90, que é cético em relação aos programas do 'welfare state'[254], dá ênfase à responsabilidade individual[255], apresenta uma narrativa simplista de culpa do delinquente", etc.[256].

---

[253] GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

[254] A referência, sem dúvida uma defesa do "welfare state" por parte de Luis Flávio Gomes, é altamente controversa. Há respeitáveis opiniões na área econômica no sentido de que as políticas de Margareth Thatcher reergueram a economia britânica e a salvaram de um colapso, modernizando a indústria, privatizando empresas e serviços estatais ineficientes, gerando empregos, cortando tributos, controlando a inflação. Ronald Reagan, por seu turno, recebeu uma economia em mau estado de Jimmy Carter, com altos índices de desemprego e inflação (para padrões norte-americanos). Sua política econômica, inspirada na de Thatcher, possibilitou a entrega do país ao sucessor em 1989 com a inflação controlada, PIB em crescimento, redução das taxas de desemprego. É de se notar a profunda contradição presente na crítica a políticas econômicas que, embora duras no início, tiveram por resultado efetivo a maior geração de empregos e a redução da inflação (um mal que prejudica principalmente os trabalhadores assalariados) quando feita justamente por daqueles que mais enaltecem as dificuldades econômicas e o desemprego como causas determinantes do fenômeno delitivo e da opção individual pela vida do crime.

[255] A sistemática diminuição da importância da responsabilidade individual das pessoas por suas escolhas, isto é, da autodeterminação dos homens, em última análise retira dos seres humanos adultos a característica que os diferencia dos animais e de crianças, culminando em explicações quase deterministas (por parte dos promotores dessa relativização da responsabilidade individual) para tudo o que dá errado na vida de integrantes de grupos formados por "vítimas da sociedade". O psiquiatra Theodore Dalrymple explica o fenômeno: "Sabemos que nossa vontade é livre, e que tem limites. A ideia contrária, no entanto, foi propagada incessantemente por intelectuais e acadêmicos que não acreditam nisso no que diz respeito a eles mesmos, é claro, mas somente no que concerne a outros em posições menos afortunadas. (...) Assim, se o comportamento criminoso é mais comum entre as classes mais pobres, deve ser a pobreza que causa o crime. Ninguém, é claro, se sente sociologicamente determinado – certamente não o sociólogo, e poucos progressistas que apoiam tais princípios reconhecem suas consequências profundamente desumanizadoras. Se a pobreza é a causa do crime, os assaltantes não decidem invadir as casas mais do que as amebas decidem mover seus pseudópodos". DALRYMPLE, Theodore. *A Vida na Sarjeta*. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 18 e 34. Esse crescente laxismo penal decorrente do sociologismo de matriz marxista não passou despercebido aos setores mais prudentes da magistratura nacional. Os desembargadores Volney Corrêa Leite e Ricardo Dip, na obra "Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas", atacam o "determinismo materialista, que, definindo o delito como produto fatal das condições socioeconômicas adversas, propõe a desconsideração do livre-arbítrio na etiologia do fenômeno transgressivo", rompendo assim os autores com os exageros garantistas contemporâneos, absolutamente incongruentes com a realidade brasileira, onde se matam mais de 60 mil pessoas por ano e menos de 90% dos crimes são efetivamente apurados. DIP, Ricardo; MORAES JR, Volney Correa Leite de. *Crime e Castigo – Reflexões politicamente incorretas.* Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 7. André Mauro Lacerda Azevedo, por seu turno assevera: "O homem é livre para dar sentido à sua vida, para conformar sua

Na mesma linha, Artur César de Souza também acredita que estamos "diante de uma transição para uma sociedade de lei e de ordem, para o declive da reabilitação, para a nova penalogia e para o populismo punitivo".[257]

Cezar Roberto Bittencourt e Paulo Cesar Buzato afirmam que na década de 1990 tivemos um "período negro de arbítrio" por meio da "reprodução de formas *neoabsolutistas* do poder, carentes de limites e controles e orientadas por fortes e ocultos interesses", sendo que, ainda hoje, vivenciaríamos uma "sede de punir", verificando-se uma "febril criminalização" em um "quadro tétrico" completado por novos tipos penais e exasperação das sanções criminais. O medo coletivo decorrente da criminalidade de massa permitiria, assim, "a manipulação e o uso de uma política criminal populista"[258].

Em suma, extrai-se das narrativas de tantos estudiosos do Direito Penal uma grande preocupação com o aumento das penas para os criminosos, com a manipulação das pessoas pela mídia e também com a invasão da vida privada e o desrespeito a liberdades por parte de um poder controlador, que sob certos aspectos até mesmo diminuiria o ser humano em sua dignidade em favor de coletivismos de toda sorte e de uma (pretensa) sabedoria onipotente capaz de indicar o que é melhor para cada um e para a sociedade, bem aos moldes de distopias famosas como "Admirável mundo novo" de Aldous Huxley ou "1984" de George Orwell, esta última, aliás, frequentemente referenciada pela doutrina que estuda as relações entre mídia e jurisdição.

---

existência, e, nessa empreitada, decide sobre si mesmo, de modo que seus atos serão o reflexo do seu 'ser', que não consiste num produto de meras determinantes endógenas e exógenas, mas sim da decisão existencial de um indivíduo que elege seus motivos, ao decidir sobre si mesmo. (...) No fundo, é o poder de mudar o nosso próprio destino e de nos reinventarmos a cada decisão relevante que forma o substrato ético da culpa". AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Direito Penal e emoções: A influência da personalidade na formação da culpa jurídico-penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Vol. 101, p. 106 e 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, março/abril de 2013.

[256] GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33 e 34.

[257] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.

[258] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.20-22.

Nesse sentido, já em 1980 René Ariel Dotti demonstrava preocupação com a ameaça ao direito à vida privada representada por "novas modalidades de invasão científica e tecnológica."[259] E antes dele Paulo José da Costa Júnior, o qual via como inquietante o processo de corrosão das fronteiras da intimidade e o devassamento da vida privada com o advento da era tecnológica.[260]

A vertiginosa evolução tecnológica, que vem proporcionando aos consumidores amenidades que modificaram e seguirão modificando a forma das pessoas se relacionarem entre elas e de se relacionarem com o mundo, é parte e também motor dessa atmosfera aparentemente "orwelliana". Nesse cenário, havemos de mencionar também as modernas transmissões televisivas dos julgamentos, criando as figuras do "telejulgamento", dos "televotos" e do "telerelator".[261]

Diz Artur César de Souza, enfim, que ser informado e não escravizado é o grande dilema nessa era da globalização tecnológica da informação[262].

Compreendem-se as preocupações.

Ainda mais tendo em vista algumas situações que, por alguma semelhança, por vezes podem remeter alguns interpretes a tempos não democráticos de décadas passadas em alguns países da América Latina. Logo, essa *awerness*, esse estado de atenção, é natural. Mas é preciso não exagerar, como já ponderava o próprio Paulo José da Costa Júnior[263].

---

[259] "(...) assiste-se à proliferação dos direitos de personalidade que ganham maior consistência com as recentes expressões legislativas conferindo a autonomia do direito à vida privada, ameaçada por novas modalidades de invasão científica e tecnológica". DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 21.

[260] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 14.

[261] GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.19.

[262] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

[263] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 96.

Não nos convencem alguns dos argumentos e diagnósticos sobre o denominado "populismo penal". Cabe aqui o alerta de Gustavo Corção para o perigo de se reduzir a um único "veio todo o sistema pluvial de causas históricas[264]", ou visões históricas, diríamos nós.

Assim, e a despeito do peso dos tantos juristas brasileiros e estrangeiros simpatizantes das teses do "populismo penal" (com esse ou outros nomes) aqui mencionadas, ousa-se, com todas as vênias, discordar. Notadamente por conta de questões de tom, de intensidade e, principalmente, em razão de algumas diferenciações que devem ser feitas, como se verá a seguir.

2.4.1. *Crítica às críticas ao suposto populismo penal midiático*.

Não se nega o enorme poder de influência dos meios de comunicação. Ana Lúcia Menezes Vieira afirma, nessa linha de raciocínio, que a "opinião pública não se constrói livremente":

> A mídia é fundamental fator de influência daquela (...). Ela quer ser a representante da opinião pública, a voz do público, mas direciona a atenção e atua sobre o público, criando neste um consenso de opinião[265].

Talvez, contudo, a visão da imprensa como produtora de um sensacionalismo potencialmente gerador de um punitivismo conservador, visão essa que parece estar implícita em muitos dos raciocínios sobre o fenômeno de *mass mídia,* traga nela um subjacente hábito mental que, sob diferentes roupagens, no fundo identifica empresários sempre como membros de um mesmo grupo[266] cujo interesse maior, o lucro, é a razão última para todas as suas escolhas e decisões[267].

---

[264] CORÇÃO, Gustavo. *O Século do Nada*. Rio de Janeiro: Record, 1973, p. 139.
[265] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.
[266] "Até hoje, a história de toda sociedade é a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre de corporação e aprendiz – em suma, opressores e oprimidos (...)". MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2016, p. 44.
[267] Ana Lúcia Menezes Vieira cita Dalmo Dallari, para quem no Brasil a informação é transmitida com a voz do dono do jornal, e Manuel da Costa Andrade, para quem os jornalistas se utilizam da

Não é inteiramente verdadeiro o raciocínio segundo o qual visar-se ao lucro implica necessariamente a defesa dos valores capitalistas ou conservadores desse modo de produção. É muito comum se observar empresas que, uma vez que atingem determinado patamar, passam a defender práticas nitidamente anticapitalistas, anticompetitivas, e passam até a buscar estreitar laços com o Estado, esteja ele sob o governo de quem estiver.

É notório, ainda, o grande número de capitalistas que, embora defensores do liberalismo econômico, não vêem contradição na adesão a toda sorte de pautas "progressistas"[268] em termos de valores morais. Vide, por exemplo, a atuação das riquíssimas *Open Society Foundations* de George Soros, Fundação Rockefeller, Fundação Ford, etc.

Independentemente de qualquer análise sobre o sucesso da estratégia gramsciana de poder no Brasil nas últimas décadas, já é relativamente conhecida e aceita a ideia de que, ao longo do século XX, o foco dos movimentos de esquerda se deslocou consideravelmente do âmbito puramente econômico para o cultural, de valores. Essa mudança de foco das esquerdas, embora tenha se acelerado após o colapso da URSS e a consequente exposição do fracasso

---

ideologia do dono da empresa. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59. Vemos nessa visão a desconsideração do fato de que a maioria dos jornalistas há anos é de "esquerda". Nesse sentido, em agosto de 2012 o então *ombudsman* do New York Times, Arthur Brisbane, assinou um artigo fazendo importante autocrítica, intitulado "Sucesso e risco nas transformações do Times", reconhecendo que o progressismo político e cultural era compartilhado pela maioria dos jornalistas do veículo e que esse viés inevitavelmente transbordava para o noticiário. Disponível em https://www.nytimes.com/2012/08/26/opinion/sunday/success-and-risk-as-the-times-transforms.html, acesso em 31.10.2018. O controle que o "dono do jornal" pode ter do "chão da fábrica", ainda que se creia que o dono do jornal seja efetivamente "neutro" ou "de direita", é bastante imperfeito. Não é possível que se desconsidere que, historicamente, jornalistas sabidamente com orientação ideológica à esquerda trabalharam normalmente na maioria das redações de jornais do país, contrabalanceando, na infinidade de notícias menores que também compõem o noticiário, a suposta posição conservadora do veículo, ou mesmo desequilibrando para a esquerda a suposta posição de neutralidade oficial, como reconhecido por Arthur Brisbane.

[268] A expressão "progressista" contém forte carga de manipulação semântica positiva, com a qual os próprios "progressistas" se batizaram. Arthur Schopenhauer identificou 38 estratagemas erísticos, isto é, esquemas argumentativos enganosos utilizados para vencer um debate a qualquer custo, de forma honesta ou não, e deu a essa forma de argumentação o nome de "dialética erística". Sob o nº 12, Schopenhauer catalogou o estratagema da "manipulação semântica", consistente na sutil alteração do nome daquilo que se quer melhorar ou piorar aos olhos do público: "Quando o discurso é sobre um conceito geral que não tem um nome próprio e que deve ser designado figurativamente por uma metáfora, é preciso escolher a metáfora que mais favoreça a nossa tese". SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: introdução notas e comentários de Olavo de Carvalho.* Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, pp.34-40; 142.

econômico socialista, deita suas raízes nos escritos de teóricos marxistas como Lukács[269], Horkheimer[270], Adorno[271] e Marcuse[272], entre muitos outros, os quais

[269] Como crítico da cultura burguesa e da civilização ocidental, o filósofo György Lukács, defendeu em seus escritos e longa atividade acadêmica a ideia de arte não como a expressão da beleza, da elevação, mas como o espelho das tendências de um processo, como meio de expressão e promoção da luta de classes, de forma que a um escritor, por exemplo, caberia representar seus personagens de modo a dar visibilidade às forças sociais em movimento. Arte teria que ser arte engajada. Em suas palavras: "Ao buscar a efetivação de finalidades próprias e reais da arte, o artista cumpre ao mesmo tempo missões sociais importantes. Na medida em que o progresso é expresso em suas obras, vida, arte e pensamento passam a constituir uma unidade orgânica profunda. (...) A revolta dos escritores progressistas contra a barbárie do imperialismo e em defesa da cultura constitui uma luta pelos mais profundos interesses vitais da literatura, ao tentar arrancá-la de seu isolamento estético-burocrático e reconverter o escritor em tribuno. Unicamente sob esse signo, o signo do tribunato do povo, a literatura progressista poderá reconquistar o povo para a literatura e a literatura para o povo e, por meio dessa conquista, fazer o inimigo capitalista da cultura bater em retirada do campo ideológico, ajudando, assim, a preparar sua derrota política". LUKÁCS, György. *Marx e Engels como historiadores da literatura*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 191-201. Em outro livro, e não sem antes ratificar os mantras marxistas de que "não é a consciência do homem que determina o seu ser social" e de que a monogamia foi criação antinatural e baseada em interesses econômicos, Lukács chama a consciência religiosa de "falsa consciência" para então defender a necessidade de se travar uma luta pela verdadeira consciência da sociedade, pois tal conscientização equivaleria à possibilidade de conduzi-la. LUKÁCS, György. *História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 415, 421, 429 e 456.

[270] Max Horkheimer defendeu não só que a família seria a primeira reprodutora da divisão de trabalho burguesa e parte de sua superestrutura de manutenção do *status quo*, como também que ela seria responsável por gerar pessoas subservientes, acostumadas ao autoritarismo e autoritárias elas próprias, inseguras e que procurariam em si mesmas as razões para seus fracassos: "A sujeição ao imperativo categórico do dever foi, desde o início, um objetivo consciente da família burguesa. (...) Devido à aparente naturalidade do poder patriarcal, que se origina da dupla raiz de sua posição econômica e sua força física juridicamente secundada, a educação na família pequena constitui uma excelente escola para o comportamento autoritário nesta sociedade. (...) O resultado da educação paterna são pessoas que desde o princípio procuram a falha em si mesmas. (...) Enquanto não se alterarem de forma decisiva a estrutura básica da vida social e a cultura da época atual que depende desta estrutura, a família, como geradora de determinados tipos de caráter autoritários, irá exercer sua indispensável influência". HORKHEIMER, Max. *Teoria Crítica I.* São Paulo: Perspectiva, 1999, pp. 220, 222, 224.

[271] Theodor Adorno dedicou boa parte de seus estudos à "quebra de tabus sexuais" e à desconstrução da moral tradicional. Buscou revisar a psicologia de Freud, segundo ele um "burguês patriarcal", de acordo com os parâmetros do marxismo cultural em ascensão. Um dos tabus que Adorno resolveu atacar foi justamente o do sexo infantil. Defendeu que a exposição de crianças à pornografia não era necessariamente ruim e que não haveria ainda provas quanto a essa nocividade, bem como que as legislações de proteção a crianças vítimas de abuso deveriam ser suavizadas: "O tabu mais forte de todos, entretanto, é atualmente aquele cuja palavra-chave é 'menor de idade', e que já havia se alastrado quando Freud descobriu a sexualidade infantil. (...) São hipotéticas, por exemplo, as consequências supostamente perigosas de se ler e assistir pornografia. (...) Em menores de idade, os efeitos prejudiciais e sua natureza deveriam primeiro ser estabelecidos (...). Nas leis de proteção aos menores de idade, haveria de se provar pelo menos se eles são realmente vítima de violência ou de manobras pérfidas de ilusão, ou se eles mesmos não se encontram já em um estado que a lei se permite indevidamente inibir, e se eles mesmos não provocaram seu abuso por prazer com o fato, talvez até mesmo para fazer chantagem. ADORNO, Theodor. *Ensaios sobre psicologia social e psicanálise.* São Paulo: Unesp, 2015, p. 214-217.

[272] Herbert Marcuse também procurou, como Adorno, fazer uma releitura da psicologia de Freud aplicando a ela um viés marxista. Ele enaltece as perversões sexuais como sendo úteis contra a ordem burguesa[272] e repisa argumentos contra a família monogâmica, contra a religião, contra os tabus sexuais, contra a superestrutura a serviço dos meios de produção capitalistas, concluindo sua proposta de liberação sexual como um dos meios para libertação das relações de trabalho

compreenderam que a desarticulação da infraestrutura econômica burguesa haveria de ser acompanhada, ou mesmo se iniciar, pela alteração da cultura e dos costumes, com a remoção dos valores tradicionais arraigados na população conservadora.

Nesse processo de mudança do eixo revolucionário para a cultura, é nítida a gradativa diluição da figura do proletário como único arquétipo do oprimido, a partir da extensão desse papel a todo tipo de minoria, real ou imaginária.

O discurso, portanto, de que o empresariado é sempre conservador por visar ao lucro ignora o fenômeno do marxismo cultural e preserva a ideia primordial do marxismo ortodoxo, há muito revista, de foco excessivo na luta de classes do burguês contra o proletário.

Há uma crescente intelectualidade que rejeita veementemente a visão da grande imprensa, brasileira ou mundial, como sendo "conservadora". E dentro dessa percepção, soa um tanto quanto ideológica e arcaica a ideia de um populismo penal efetivamente promovido por grandes veículos de comunicação no intuito de mobilizar as massas para viabilizar o incremento de medidas punitivistas reacionárias.

O antropólogo Flávio Gordon destaca o grande descolamento da maioria da imprensa e da classe falante brasileira – ambas altamente secularizadas,

---

opressoras: "(...) as perversões expressam a rebelião contra a subjugação da sexualidade à ordem de procriação e contra as instituições que garantem essa ordem. (...) Contra uma sociedade que emprega a sexualidade como um meio para um fim útil, as perversões defendem a sexualidade como um fim em si mesmo; colocam-se, pois, fora do domínio do princípio de desempenho e desafiam os seus próprios alicerces. Estabelecem relações libidinais que a sociedade tem de votar ao ostracismo porque ameaçam inverter o processo de civilização que faz do organismo um instrumento de trabalho. (...) o livre desenvolvimento da libido transformada, dentro das instituições transformadas, embora erotizando zonas, tempo e relações previamente tabus, reduziria ao mínimo as manifestações de mera sexualidade mediante a sua integração numa ordem muito mais ampla, incluindo a ordem de trabalho". MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização*. Rio de Janeiro: LTC, 2018, pp. 38 e 155.

"progressistas" e antitradicionalistas – em relação ao grosso da população, formada por pessoas com valores conservadores, religiosos e moralistas[273].

É célebre a frase de Winston Churchill segundo a qual não existiria opinião pública, mas somente opinião publicada. Nesse sentido, questiona-se se nossos formadores de opinião teriam, em sua maioria, real representatividade social e não expressariam apenas a opinião de uma pequena elite cultural influente sobre a maioria dos grandes veículos de comunicação[274].

No que concerne ao assunto criminalidade, somente em dois tipos de casos identifica-se uma efetiva formação de maioria por parte dos meios de comunicação, com abordagens suficientemente semelhantes e rigorosas: os crimes com altíssimo nível de violência (como estupros, homicídios, latrocínios, extorsões mediante sequestro)[275]; e os crimes envolvendo políticos, dinheiro público, corrupção.

Quanto aos primeiros - os crimes marcados por altíssimo nível de violência -, embora as abordagens midiáticas sejam, de fato, rigorosas e estimulem, em sua maioria, um clamor por mais punições, por penas altas, há que se apontar que as penas desses crimes no Brasil realmente não são altas em comparação com muitos países desenvolvidos.

Na Alemanha, por exemplo, o homicídio em circunstâncias análogas ao nosso homicídio qualificado pode ser punido com prisão perpétua[276].

---

[273] GORDON, Flávio. *A corrupção da inteligência: intelectuais e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 65.
[274] GORDON, Flávio. *A corrupção da inteligência: intelectuais e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 65.
[275] Ressalvando-se que não é qualquer estupro, qualquer homicídio, qualquer extorsão mediante sequestro que ganha manchetes e cobertura sensacionalista. Fosse assim, com quase sessenta mil homicídios por ano no Brasil, os jornais só tratariam disso o dia inteiro, todos os dias. Ganham as manchetes os casos especialmente violentos e graves, que superam em muito a gravidade intrínseca dos tipos penais respectivos. É o estupro que deixa a vítima incrivelmente machucada, o estupro cometido por vários agressores, o homicídio cometido por um filho contra o pai, por um pai contra um filho, o homicídio seguido de esquartejamento do corpo, os casos envolvendo pessoas famosas, etc.
[276] *StGB - Section 211 - Murder under specific aggravating circumstances - (1) Whosoever commits murder under the conditions of this provision shall be liable to imprisonment for life. (2) A murderer under this provision is any person who kills a person for pleasure, for sexual gratification, out of greed or otherwise base motives, by stealth or cruelly or by means that pose a danger to the*

No estado de Wisconsin, EUA, a pena pode ser a prisão perpétua (*first degree homicide*) ou de até 60 anos de prisão (*second degree homicide*)[277], sendo que Wisconsin não é um estado com penas especialmente gravosas para os padrões americanos. Nova Iorque, Illinois, Minnesota, Massachusetts, estados esses do nordeste ou do norte do meio-oeste[278], possuem penas semelhantes, sendo que a maioria dos estados do país, entre os quais Califórnia e Pensilvânia, ainda têm previsão de pena de morte para o chamado "first degree homicide"[279]. O maior rigor, comparando-se à legislação brasileira, não se verifica, portanto, apenas em estados historicamente associados ao Partido Republicano, como o Texas.

Na França, a pena pode chegar à prisão perpétua também[280], assim como na Suíça[281] e na Itália[282].

---

public or in order to facilitate or to cover up another offence. Disponível em https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf , acesso em 05.05.2017.

[277] *939.50 Classification of felonies. (3) Penalties for felonies are as follows: (a) For a Class A felony, life imprisonment. (b) For a Class B felony, imprisonment not to exceed 60 years. 940.01 First-degree intentional homicide. (1) OFFENSES. (a) Except as provided in sub. (2), whoever causes the death of another human being with intent to kill that person or another is guilty of a Class A felony. 940.05 Second-degree intentional homicide. (1) Whoever causes the death of another human being with intent to kill that person or another is guilty of a Class B felony if: (a) In prosecutions under s. 940.01, the state fails to prove beyond a reasonable doubt that the mitigating circumstances specified in s. 940.01 (2) did not exist as required by s. 940.01 (3); or (b) The state concedes that it is unable to prove beyond a reasonable doubt that the mitigating circumstances specified in s. 940.01 (2) did not exist. By charging under this section, the state so concedes.* Disponível em https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/973, acesso em 05.05.2017.

[278] *New York Penal Law, Section 60.06; Illinois Statutes, Section 5/9-1; Minnesota Statutes, 609.185; Massachusets General Laws, Part IV, Title I, Chapter 265, Section 2.* Vide http://statelaws.findlaw.com/criminal-laws/first-degree-murder.html, acesso em 08.05.2017.

[279] *California Penal Code, Section 187-199; Pennsylvania Statutes, Title 18, Section 1102.* Vide http://statelaws.findlaw.com/criminal-laws/first-degree-murder.html, acesso em 08.05.2017.

[280] *Code Pénal. Article 221-1. Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle. Article 221-2 Le meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Le meurtre qui a pour objet soit de préparer ou de faciliter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un délit est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.* Disponível em http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes, acesso e 05.05.2017.

[281] *Swiss Criminal Code, art. 112. Where the offender acts in a particularly unscrupulous manner, in which the motive, the objective or the method of commission is particularly depraved, the penalty is a custodial sentence for life or a custodial sentence of not less than ten years*. Disponível em http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes, acesso e 05.05.2017.

[282] *Codice Penale, art. 576-577*. Vide http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf, acesso em 08.05.2017.

Proporcionalmente, as penas maiores também se verificam nos citados países e estados dos EUA em crimes de roubo com uso de arma de fogo e estupro, não só nos homicídios.

Atente-se, ainda, que os percentuais da lei brasileira para progressão de regime e livramento condicional também não são altos. São em verdade baixos, à medida que se progride para o regime semiaberto, via de regra, com o cumprimento de apenas 1/6 da pena e, nos crimes hediondos, apenas 2/5. E mesmo no caso de crime hediondo, um condenado reincidente poderá progredir após cumprir 3/5.

Se não há se cogitar desses delitos serem descriminalizados e se as penas desses crimes não são especialmente altas (não havendo, portanto, se falar em necessidade de diminuição dos parâmetros em abstrato dessas penas), fica difícil conceber que haja tanto "hiperpunitivismo" incentivado por massas manipuladas pelo sensacionalismo midiático.

Quanto aos crimes do segundo grupo, realmente, se tem verificado uma uniformidade da maioria dos veículos de comunicação e um engajamento no combate à corrupção, com doses de denuncismo e sensacionalismo, também com variações. O problema específico da corrupção será tratado em outro capítulo deste trabalho. Adianta-se, contudo, que objetivamente os níveis de corrupção atingiram parâmetros (ou, se já existiam, passaram a ser revelados) que tornaram esses delitos um problema mais premente em nossa sociedade que em outras épocas, algo cuja negligência em constatar é absolutamente inaceitável.

Está-se a falar aqui do político que trai seu eleitor e desvia dinheiro do contribuinte, do empresário que em conluio com políticos lava dinheiro, faz caixa dois, paga campanhas para depois recuperar em dobro em contratos com o Poder Público obtidos em licitações fraudulentas, do servidor público de segundo escalão que achaca a população exigindo propinas para fazer seu dever de ofício. Recuperando o que foi dito no início deste capítulo sobre o Direito ser também um produto histórico-cultural, com variações de local para local e época para época,

deve-se reconhecer a legitimidade da firmeza especial de tratamento que esses crimes demandam atualmente nos países em que a corrupção se tornou sistêmica[283].

De qualquer forma, o que se nota é que mesmo em relação aos casos mais midiáticos, o clamor e as notícias por parte da *maioria* da mídia têm como foco não o aumento das penas, mas a eventual punição a uma "categoria de culpado" sempre antes beneficiada com leniência; uma categoria de criminosos de "colarinho branco" que sempre esteve fora do alcance das condenações penais, para os quais o Direito Penal, na prática, não existia. Não há, é oportuno que se observe, uma campanha midiática majoritária para criação de mais tipos penais nessa seara. Ao contrário, o que se verifica é simplesmente inconformismo ante a possibilidade de descriminalização de algumas condutas[284] já tipificadas e que enredaram políticos importantes na "Operação Lava Jato". Muito diferente, portanto, de clamor por mais tipos. O que se vê a maioria da imprensa defendendo nesses casos é a punição justa aos culpados conforme a lei em vigor, sem privilégios.

No mais, e fora dessas duas categorias de crimes destacadas acima – os excepcionalmente brutais e aqueles envolvendo políticos e dinheiro dos contribuintes - não se vê a maioria da grande mídia se posicionando de forma frontalmente contrária à legalização das drogas; defendendo as más condições dos estabelecimentos prisionais; lutando contra a possibilidade de remição das penas por leitura, trabalho ou estudo; se posicionando contra a descriminalização do aborto; favoravelmente à redução da maioridade penal; favoravelmente ao encarceramento de furtadores primários ou de bens de pouco valor; clamando

[283] "A crença na possibilidade de um só direito normativo, universal, isento de caracteres nacionais e específicos, é uma aspiração nobre, mas utópica. Preciso seria, para tanto, que todas as comunidades nacionais, niveladas em suas necessidades e anseios e despojadas de suas peculiaridades (...) alcançassem o mesmo modo de viver e de pensar, o mesmo grau de desenvolvimento; preciso seria conceber-se a existência de um só tipo humano, universal e uniforme. Atribuir, então esta força niveladora tão-só aos fatos econômicos, importaria reconhecer-lhes o caráter de causa determinante de todos os demais fatos sociais – o que as ciências sociais de há muito contestam e desmentem". RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

[284] Como ocorreu no caso da emenda que ficou conhecida como "anistia ao caixa dois", que se tentou inserir na Câmara dos Deputados no Projeto de Lei nº 4850/16, referente ao "pacote anticorrupção".

contra a falta de punição a contraventores. Na maioria desses casos, bem ao contrário[285].

Só se verifica efetivo alinhamento da maioria da grande mídia quando se trata da punição a criminosos muito violentos em crimes que causam repulsa - e mesmo assim sem qualquer defesa de pena de morte, tortura, trabalhos forçados, prisão perpetua, redução da maioridade penal – e quando se trata de punição a políticos e corruptos em geral, também sem clamor por mais tipos penais ou penas cruéis.

Constata-se, portanto, que essa ideia de uma uniformidade ou mesmo maioria da mídia no sentido de divulgar notícias e informações gerando medo e revolta na população (medo e revolta esses que serviriam de instrumentos para manipulação por parte de grupos rotulados como conservadores), resultando em "hiperpunitivismo", é bastante relativa, bastante superestimada.

Ainda a colocar dúvidas sobre esse "hiperpunitivismo" no Brasil, não se pode perder de vista que, ano a ano, em média, apenas 10% dos crimes chegam a ser desvendados, o que não significa que haja sequer 10% de condenações, por óbvio. Significa que, em média, em 90% dos crimes noticiados à polícia ninguém chega a ser sequer processado[286]. Nos casos de homicídio esse percentual varia entre 5% e 8% apenas.

Esses dados dizem respeito a fatos, não a opiniões da "mídia".

Luiz Flávio Gomes em entrevista ao jornal *O Globo* teria dito que esses números evidenciam o sentimento de impunidade no país, opinião pela qual ele próprio contradiz o discurso de que o sensacionalismo midiático seria o principal agente provocador dessa sensação.[287]

---

[285] Basta que se analisem os noticiários do Grupo Folha/Uol, Globo, Estado de São Paulo, Jovem Pan, CBN, Bandeirantes, Abril, entre outros.

[286] Disponível em http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html, acesso em 25.04.2017.

[287] Disponível em http://oglobo.globo.com/brasil/no-brasil-so-5-dos-homicidios-sao-elucidados-7279090, acesso em 25.04.2017. Acrescente-se, ainda, que nos últimos tempos temos reiterado médias superiores a 50 mil homicídios por ano (vide http://www.forumseguranca.org.br/), o que

Se em crimes praticados com violência e que deixam vestígios físicos evidentes os percentuais são da ordem mencionada acima, a lógica faz crer que em crimes de corrupção e envolvendo políticos os percentuais sejam ainda menores. Ou bem menores.

Tudo isso sem contar a grande quantidade de crimes que não chega sequer a ser noticiada à polícia e que, portanto, não entra nessas estatísticas. É sabido que muitas pessoas, vítimas de furtos e mesmo roubos, quando os valores subtraídos não são vultosos e quando não há subtração de documentos, deixam de registrar boletim de ocorrência, cientes, justamente, de que haverá grande dispêndio de tempo, com pouquíssima probabilidade de se recuperarem os bens.

Não é de se ignorar que grande parte da argumentação em favor da tese de existência de um "populismo penal midiático" supostamente gerador de repressão penal desproporcional, traz uma carga ideológica que associa discordâncias a tudo o que há de retrógrado e ao que chama de conservadorismo ou neoconservadorismo. É de se questionar se não haveria, por trás desse exagero quanto ao poder desse "populismo penal midiático" no Brasil um uso retórico contra a verdadeira pluralidade de opiniões, contra a verdadeira tolerância.

Bobbio observa que a verdadeira tolerância, em sentido positivo, se opõe à indevida exclusão do diferente, isto é, à intolerância. E critica Herbert Marcuse, à medida que este "distingue as ideias em boas (as progressistas) e más (as reacionárias), afirmando que boa tolerância é a que tolera apenas ideias boas", de forma que, de acordo com Marcuse e seus seguidores, deve haver tolerância apenas para certas doutrinas e não outras, o que na verdade desnatura completamente a própria ideia de tolerância[288]. Nas palavras do próprio Marcuse:

---

dispensa qualquer viés midiático para que se conclua se tratar de números incivilizados. Existe uma situação real e objetiva de violência urbana no Brasil, que dispensa qualquer sensacionalismo midiático para que as pessoas sintam insegurança, de maneira que, nesse aspecto, a abordagem no Brasil atual ao tema da "cultura do medo" há de ser diferente do que se vê em outros países. É difícil crer que, aqui, as pessoas sintam insegurança mais por conta do sensacionalismo midiático do que, simplesmente, porque já foram elas próprias assaltadas, ou tiveram um vizinho ou parente próximo assaltado.

[288] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 195.

> A negação da tolerância em face de movimentos reacionários antes que possam tornar-se ativos; a intolerância até em face do pensamento, das opiniões, das palavras, e, finalmente, a intolerância na direção oposta, ou seja, em face dos conservadores que se proclamam tais, em face da direita política. Essas ideias podem até ser antidemocráticas, mas correspondem ao desenvolvimento atual da sociedade democrática, que destruiu as bases para a tolerância universal.[289]

Um outro aspecto relevante que cumpre ser pontuado é a defesa, por parte de *alguns* "progressistas", da incidência do direito penal em relação a certas condutas que grupos conservadores, ao revés, consideram que deveriam ser descriminalizadas. Nessas hipóteses, são justamente os "progressistas" que estariam a contribuir para a ampliação da repressão penal, não indo nada contra qualquer expansionismo. Como exemplos, podemos citar alguns crimes ambientais[290], a controversa responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o Estatuto do Desarmamento.

Concluímos, enfim, que falar em "hiperpunitivismo" no Brasil é algo que não encontra respaldo objetivo fora de uma visão ideológica que se autodenomina "progressista" e que se o expansionismo penal (ampliação da quantidade de tipos) ocorre – e aqui não se está negando ou afirmando sua ocorrência -, suas causas têm menos relação com o sensacionalismo e com "populismo penal midiático" que seus ferrenhos críticos acreditam.

Na verdade, esses exageros quanto ao sensacionalismo midiático e quanto ao populismo penal acabam forjando os próprios argumentos que os defensores da restrição da publicidade processual utilizam para enaltecer as benesses do sigilo. Percebe-se a existência de uma nítida tendência de, a partir

---

[289] MARCUSE, Herbert *apud* BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 195.

[290] No final da década de 1990 o Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia contra quatro homens, por crime ambiental, por terem capturado quatro minhocoçus. Grandes minhocas para pescar. O processo terminou no STJ, felizmente com o trancamento da ação penal. O caso, absurdo no nosso entender, não foi o único do tipo envolvendo persecução penal e movimentação da pesada máquina judiciária por conta de crimes ambientais insignificantes, via de regra colocando no polo passivo pessoas simplórias. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700584607&dt_publicacao=23/08/1999, acesso em 06.11.2018.

da crítica aos efeitos deletérios do sensacionalismo midiático em casos de repercussão, se argumentar em favor do sigilo.

Da mesma forma que os adeptos das ideias sobre o "populismo penal midiático" alegam que há uma manipulação da opinião pública visando à construção de consensos que redundam em maior repressão penal, apontamos a exorbitância das críticas como instrumento, consciente ou não, para construção de consensos sociais em favor da restrição à publicidade, e vemos no denuncismo sobre a aproximação a um estágio de totalitarismo estatal "orwelliano" uma forma de tentativa de convencimento da população sobre a não nocividade da imposição de sigilos. Vejamos.

Flávia Rahal, lembrando os casos da atriz Daniela Perez[291] e do juiz Nicolau dos Santos Neto[292], afirma que:

> (...) interesse da mídia e a transformação dos julgamentos em verdadeiros shows geraram o salutar questionamento de até onde se deve ir com a aplicação irrefletida da regra da publicidade processual.[293]

Os meios de comunicação devem ter responsabilidade com o que veiculam, por óbvio. Não se discute. Contudo, a fundamental e salutar liberdade de imprensa traz com ela, naturalmente, a possibilidade de abordagens sob diferentes matizes, diferentes gostos, diferentes prudências. A pluralidade de modos de abordagem dá à população a possibilidade de melhor se informar, lendo e ouvindo opiniões e coberturas de diferentes estilos editoriais. Os mesmos fatos são iluminados de forma diferente por diferentes veículos. E quem há de se arrogar da condição de juiz do gosto alheio, ou do bom senso? Sobre o problema, opina Ana Lúcia Menezes Vieira:

---

[291] Atriz assassinada em 1992 no auge da carreira pelo seu par romântico na novela da Rede Globo.

[292] Desembargador do TRT da 2ª Região acusado de desviar dezenas de milhões de reais na construção de um fórum trabalhista, foi condenado em 2006 por peculato e corrupção passiva, entre outros crimes.

[293] RAHAL, Flávia. *Processo Penal: Quando Publicidade e Sigilo Oprimem*. São Paulo: Boletim IBCCRIM, nº 214, set. 2010, p. 11.

> A noção de 'verdade jornalística' não pressupõe que seja ela inatacável, absoluta, mas que haja uma crença, uma convicção de que a narrativa corresponde, o mais próximo possível, à realidade dos fatos. (...) Essa meta da verdade a ser alcançada pelo jornalismo, só se concebe, no entanto, se for 'gerada na diversidade de fontes, de narradores, de veículos, de públicos e, sobretudo, de instituições'[294].

A tolerância a essas diferentes abordagens é ínsita à liberdade de imprensa desejada em uma democracia[295]. O que não parece democrático, mas, ao contrário, elitista, é a demonização das abordagens mais populares, em discursos que, por trás de erudição e das mais excelsas preocupações com o bem, trazem em si, senão um desejo de censura, um certo dirigismo[296].

A população há de ser livre para escolher. À medida que os níveis gerais de educação e cultura se elevam, a exigência por veículos de imprensa que noticiam fatos com maior profundidade tende a aumentar em detrimento de veículos mais sensacionalistas. Estes, contudo, seguirão existindo porque felizmente há gosto para tudo, tanto que tabloides sobrevivem no Reino Unido e na Escandinávia. O que não é adequado é que, por conta da existência do fenômeno do sensacionalismo midiático (não praticado por todos), tolha-se a liberdade de acesso à informação, tosquie-se a publicidade em casos que são efetivamente do interesse de um grande número de cidadãos[297].

---

[294] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, pp. 100-101.

[295] Ainda sobre a tolerância, Bobbio comenta a respeito da assertiva de que os intolerantes não devem ser tolerados, dizendo que responder "ao intolerante com a intolerância pode ser formalmente irreprochável, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez também politicamente inoportuno", pois "o intolerante perseguido e excluído jamais se tornará um liberal". BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 196-197.
E, novamente, questionamos, quem haveria de se arvorar de árbitro?

[296] "(...) encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos da aristocracia. Como ela, têm um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo. Não quero dizer, absolutamente, que tais pendores naturais dos juristas sejam bastante fortes para encadeá-los de uma forma irresistível. (...) O governo da democracia é favorável ao poder político dos juristas. (...) O corpo de juristas constitui o único elemento aristocrático que se pode introduzir sem esforço entre os elementos naturais da democracia e combinar-se de maneira feliz e durável com eles". TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 196 e 198.

[297] Relata Eugênio Bucci, em prefácio de obra de Ana Lúcia Menezes Vieira, que "nos anos 90, surgiu no Reino Unido uma figura judicial excêntrica, à qual o editor do 'Guardian', Alan Rusbridger, deu o apelido de 'superinjunctions'. Uma 'superinjunction' é uma determinação que contêm duplo poder proibitivo. Em primeiro lugar, impede um jornal de veicular uma reportagem já em processo de apuração. Em segundo lugar, sonega-lhe o direito de noticiar que sofreu um

Assim, não se afigura correto que, em um contexto de defesa da restrição à publicidade processual, se argumente que em um caso de homicídio da filha pelo próprio pai o advogado do acusado acabou agredido por uma "açulada turba que foi assistir ao espetáculo, incitada pelos meios de comunicação"[298], como que a culpar a imprensa ou a publicidade processual pelo ocorrido.

Em primeiro lugar, há que se ter bastante cuidado com essa transferência de culpa dos agressores para a imprensa ou para quem quer que seja. Os agressores não devem ser tratados como irracionais, como autômatos, como crianças. A responsabilidade deve ser sempre, primordialmente, de quem agrediu e ofendeu, certamente pessoas adultas, capazes, no gozo de suas faculdades mentais[299].

---

impedimento judicial. Criadas no bojo de uma forte reação às investidas dos tabloides sensacionalistas contra a intimidade e a privacidade de pessoas famosas ou não, as 'superinjunctions', a pretexto de proteger a vida familiar e a integridade moral de gente inocente, acabou por reacender entre jornalistas ingleses o medo da censura". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p XIII.

[298] Flávia Rahal, comentando sobre as mazelas e os perigos da publicidade processual, menciona as agressões supostamente sofridas pelo advogado de Alexandre Nardoni, acusado de ter matado a filha Isabela Nardoni. RAHAL, Flávia. *Processo Penal: Quando Publicidade e Sigilo Oprimem*. São Paulo: Boletim IBCCRIM, nº 214, set. 2010, p. 11.

[299] No início de junho de 2017 a jornalista Miriam Leitão relatou publicamente ter sido provocada e agredida verbalmente por militantes do Partido dos Trabalhadores durante todo um vôo entre Brasília e o Rio de Janeiro. A senadora Gleisi Hoffmann, do PT, emitiu nota culpando em parte a Rede Globo pelo episódio. Vide http://www.folhapolitica.org/2017/06/gleisi-culpa-globo-por-agressoes.html, acesso em 12.07.2017. Não é nova, embora venha aumentando, essa tendência de atribuir a responsabilidades por atos humanos a abstrações, como a sociedade, o machismo, a cultura, ou até mesmo a objetos inanimados (como caminhões que criam vontade própria, atropelam e matam pessoas, recurso de redação sistematicamente utilizado a cada novo atentado terrorista, para que não se incentive a "islamofobia": https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2016/07/14/interna_internacional,783654/caminhao-atropela-e-mata-dezenas-de-pessoas-na-festa-da-queda-da-basti.shtml, acesso em 06.11.2018). Especificamente quanto a islamofobia, Flávio Gordon comenta que "o pavor de ser considerado islamofóbico é de tal magnitude dentro das redações dos grandes jornais do Ocidente que um portal como a BBC conseguiu produzir um primor de inversão politicamente correta do vocabulário. 'Migrante sírio morre em explosão na Alemanha' – foi assim que o jornal inglês noticiou a atentado cometido por um homem-bomba sírio na cidade de Ansbach, na Alemanha, em julho de 2016". GORDON, Flavio. *A corrupção da inteligência: intelectuais e poder no Brasil.* Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 69. Essa tendência de desresponsabilizar os indivíduos por suas decisões (e de quebra proteger determinados grupos preferenciais) encampa uma ideologia que reduz crescentemente a importância do livre arbítrio no ser humano. Vicente Ráo comenta criticamente a influência do principal tronco donde deriva essa cultura da desresponsabilização, justamente o *materialismo histórico*, segundo o qual: "É assim que o modo, ou regime de produção, na vida material, condiciona e determina o processo da vida social, política, intelectual, espiritual. O próprio mundo das ideias, mais não é senão o mundo material transposto no espírito humano. Não é a consciência do homem que determina a realidade; é a realidade social, ao contrário, que *determina* essa consciência. RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161 e 162. Na mesma linha, o psiquiatra inglês Theodore Dalrymple, após comentar inúmeros casos de pacientes que atendeu e que

Ortega y Gasset, sem descurar da importância das circunstâncias, exalta o traço diferenciador do Homem:

> Circunstância e decisão são os dois elementos radicais de que se compõe a vida. (...) Nosso mundo é a dimensão de fatalidade que integra nossa vida. Mas essa fatalidade vital não se parece com a mecânica. Não somos disparados sobre a existência como a bala de um fuzil, cuja trajetória está absolutamente predeterminada. (...) Nossa atividade de decisão não descansa um instante sequer. Mesmo quando, desesperados, nos abandonamos ao que vier, estamos decidindo não decidir. Assim sendo, é falso dizer que na vida 'decidem as circunstancias'. Ao contrário: as circunstâncias são o dilema, sempre novo, ante o qual temos que nos decidir. Mas o que decide é o nosso caráter.[300]

Em segundo lugar, o caráter abjeto do crime era capaz de, por si só, gerar indignação na população, sendo subjetiva e imensurável a impressão de que foi a comoção causada pela mídia que provocou a agressão.

Não é razoável se considerar que se pode manter longe do conhecimento da população um caso de assassinato brutal de uma filha por um pai, ou de uma atriz no auge da carreira por seu par romântico em uma novela, ou o desvio de enorme quantidade de verba pública por um magistrado, ou pagamento de subornos a políticos. Qualquer intenção nesse sentido, além de intrinsecamente errada, é ilusória.

É intrinsecamente errada porque não é possível se entender que a apuração de um homicídio, considerando que vivemos em sociedade e que a vida humana é o bem mais precioso que possuímos, só interesse aos parentes sobreviventes da vítima. É esclarecedora a meditação de John Donne, clérigo inglês do século XVII, da qual Ernest Hemingway retirou inspiração para o título

---

sistematicamente negaram assunção de responsabilidade sobre suas escolhas destrutivas, colocando a culpa sempre nos outros – sociedade, família, capitalismo, azar, amigos, pouco importa – conclui em sintonia com Ráo: "Eis que vem à tona a influência subliminar da filosofia marxista: a noção de que não é a consciência do homem que determina sua existência, mas, ao contrário, a existência social que determina a consciência". DALRYMPLE, Theodore. *A Vida na Sarjeta*. São Paulo: É realizações, 2014, p. 35.

[300] ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Trad. Felipe Denardi. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016, p. 118.

de sua novela contextualizada numa guerra entre irmãos, a guerra civil espanhola:

> Nenhum homem é uma ilha, um ser inteiro em si mesmo; todo homem é uma partícula do Continente, uma parte da terra. Se um pequeno torrão carregado pelo mar deixa menor a Europa (...), também a morte de um único homem me diminui, porque eu pertenço à humanidade. Portanto, nunca procures saber por quem os sinos dobram. Eles dobram por ti.[301]

Quanto aos crimes contra a administração pública e praticados por políticos, o interesse da população é ainda mais patente, pois inegável que, nesses casos, a população é a vítima, a sociedade é a vítima, como veremos no último capítulo mais a fundo.

As notícias, tanto nos crimes brutais quanto nos grandes casos de corrupção, serão possivelmente veiculadas de uma forma ou de outra. A não ser que se defenda censura e, mesmo assim, a eficácia será bastante duvidosa[302]. Também não é possível que, de cima para baixo, se dirijam as notícias para tons mais neutros, mais frios. Em casos que choquem pela gravidade, ou que envolvam figuras públicas, ainda que se decrete sigilo, as notícias poderão vir à tona, ainda que de forma incompleta. As notícias de interesse serão divulgadas ainda que com erros, ainda que sem o acesso aos autos, serão noticiadas com uma maior quantidade de ilações, de especulações. Lembre-se, a esse propósito, o caso da Escola de Base, o qual estava sob sigilo. O mesmo se diga sobre o caso do adolescente "Champinha"[303]. E tantos outros.

Levando-se em conta as apurações dos crimes que estamos tomando aqui como parâmetros, a efetividade da imposição de sigilo se verificaria, de forma mais nítida, apenas na proibição de veiculação integral de depoimentos ou delações. Proibindo-se a divulgação, a população não saberia exatamente o que

---

[301] HEMINGWAY, Ernest. *Por quem os sinos dobram*. Trad. Luís Paezê. 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 6.

[302] Não por acaso, o único "sucesso" recente nesse sentido foi do falecido Presidente da Venezuela, Hugo Chaves, contra uma das maiores emissoras daquele país. SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 296.

[303] Em novembro de 2003 o adolescente "Champinha" e seu amigo maior de idade "Pernambuco", mataram um casal de jovens namorados (Liana Friedenbach e Felipe Caffé) que acampava na região de Embu-Guaçú, SP. Liana foi estuprada seguidamente por vários dias antes de ser morta.

foi dito, ainda que se especulasse a respeito. Nessas situações, o que choca parece ser realmente a constatação pela sociedade do que foi dito "ipsis litteris". Esses depoimentos e delações, quando divulgados, independem, para chocar, do anteparo da opinião do jornalista, do sensacionalismo que pode vir a ser feito. Aqui também, portanto, há que se relativizar a argumentação sobre o sensacionalismo ou populismo midiático, havendo de se questionar se a população, afinal, tem ou não o direito de saber, sem intermediários, o que está se passando exatamente na apuração de um crime do qual ela foi vítima. E há que se questionar se, talvez, no fundo, não é primordialmente contra a divulgação literal de algum documento ou depoimento, *independentemente de qualquer opinião jornalística*, que se volta pelo menos uma parcela dos críticos ferrenhos ao "populismo penal midiático".

É interessante notar um traço indireto de censura na defesa do sigilo como remédio contra os resultados das divulgações pela mídia (ou sensacionalismo midiático, como se prefira). Como não se pode proibir a imprensa de divulgar, nem é possível se controlar previamente os estilos de divulgação, busca-se proibi-la de ficar sabendo. São os fins justificando os meios.

Não se pretende aqui dar vivas a todo tipo de imprudência jornalística, mas enaltecer a pluralidade de opiniões como melhor meio para uma natural reflexão sobre os padrões éticos a serem observados[304], não impostos. Parece

[304] Seguem alguns artigos do Código de Ética dos Jornalistas, extraídos da página eletrônica da Associação Brasileira de Imprensa: Art. 2° – A divulgação da informação, precisa e correta, é dever dos meios de divulgação pública, independente da natureza de sua propriedade. Art. 3° – A informação divulgada pelos meios de comunicação pública se pautará pela real ocorrência dos fatos e terá por finalidade o interesse social e coletivo. Art. 9° – É dever do jornalista: – Respeitar o direito à privacidade do cidadão. Art. 13 – O jornalista deve evitar a divulgação dos fatos: – Com interesse de favorecimento pessoal ou vantagens econômicas; – De caráter mórbido e contrários aos valores humanos. Art. 14 – O jornalista deve: – Ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, todas as pessoas objeto de acusações não comprovadas, feitas por terceiros e não suficientemente demostradas ou verificadas; – Tratar com respeito todas as pessoas mencionadas nas informações que divulgar. Fonte: http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/, acesso em 25.04.2017. Diego Fajardo Maranha Leão de Souza e Rosimeire Ventura Leite mencionam a importância da valorização de uma "cultura voltada para a cidadania e para a ética, a ser estimulada já na formação de seus profissionais, sejam eles jornalistas, advogados, promotores, delegados de polícia ou juízes". SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no Processo Criminal e o Interesse Público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide

mais consentâneo com os valores democráticos e mais natural do que o hercúleo esforço argumentativo de se tentar demonstrar que aquilo que todo o público tem interesse em saber, na verdade, não é ou não deveria ser do interesse dele.

Ana Lúcia Menezes Vieira propõe algumas alternativas para a redução dos danos decorrentes do sensacionalismo midiático, sem opinar necessariamente entre uma e outra, como, por exemplo, o controle apenas *a posteriori* por meio de indenizações cíveis, o autocontrole pela própria imprensa, uma melhor educação das massas populares. Ela também menciona, como uma possibilidade, a edição de normas que restrinjam a divulgação de notícias de fatos criminosos, ainda que não encampe a ideia como algo definitivamente bom.[305]

Pierpaolo Cruz Bottini também é favorável a eventuais responsabilizações posteriores em casos de excessos ou má-fé, evitando-se, assim, qualquer medida que possa ter ares de censura.[306]

Interessante a visão de Luís Francisco Carvalho Filho acerca do tema:

> Eu não acredito numa relação de causa e efeito entre a quantidade de violência exibida pelos veículos de comunicação e a realidade criminal de um país. Da mesma maneira que devemos duvidar do entendimento segundo o qual a mídia reflete, pura e simplesmente, a realidade social e a crença das pessoas, devemos duvidar do entendimento oposto, segundo o qual as pessoas são, pura e simplesmente, intoxicadas pelo conteúdo dos jornais e da TV. (...) Quando ouço a proposta de proibição da identificação de réus ou suspeitos antes da condenação criminal, em obediência ao princípio da presunção da inocência, imagino o ridículo da publicação de uma notícia que identifica o investigado pelas suas iniciais quando se tratar, por exemplo, de um parlamentar, de um juiz, de um governante ou de uma celebridade qualquer. Com efeito, a população não tem o direito de saber se um juiz federal ou um deputado ou um artista está sendo investigado por corrupção, conhecer seu nome e o por que das

---

de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e Garantismo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

[305]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 259-263.

[306] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470 – Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 248.

> suspeitas? Não haveria nesse anseio de proteção desmedida da figura do réu uma inversão de valores semelhante aos propósitos exercidos pela censura nos regimes autoritários? O centro nevrálgico da controvérsia, no meu entendimento, não está no tratamento sensacionalista do crime e da violência e sim na concentração de poder na definição do que é transmitido[307].

2.5. Publicidade e totalitarismo.

Como já se viu, muitas das narrativas sobre os malefícios do sensacionalismo midiático vêm acopladas a críticas à publicidade processual e trazem defesas sobre a importância do sigilo. Essas narrativas são permeadas por advertências sobre riscos irreparáveis à intimidade das pessoas, às liberdades conquistadas a duras penas por séculos de evolução dos Direitos Humanos, e alertam contra o recrudescimento de mentalidades que podem levar a totalitarismos. Não com pouca frequência, ao recomendarem cuidados com a publicidade e elogiarem as liberdades que podem ser protegidas com o instituto do "segredo de justiça", parecem nos avisar sobre um mundo sem intimidade e totalitário que pode estar em construção. São muito comuns referências a "1984" de George Orwell, como, aliás, já observamos em item anterior deste capítulo.

Trata-se de um discurso de medo, fatalista, com apelo às emoções, embora sofisticado, por vezes subliminar.

É necessário enfrentar essa questão como forma de rechaçar uma aparente predisposição de se encontrar ranços autoritários em qualquer opinião que não adira a esse discurso atualmente majoritário no meio jurídico, cuja doutrina é em grande parte produzida por advogados de defesa.

Hanna Arendt identifica traços típicos de favorecimento aos *arcana imperii*[308] na utilização desses discursos e construções científicas "profético-fatalistas", pois alardeiam a necessidade premente de mudanças (as quais socorrerão os donos do poder, ainda que indiretamente) com base na

[307] CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mídia, Violência e Sistema Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 11, nº 42, jan/mar de 2003, p. 225-235.
[308] Autoridades ocultas, expressão que remonta a Tácito, senador e historiador romano.

exorbitância da possibilidade de uma catástrofe futura, sem lastro objetivo, sem possibilidade de comprovação atual:

> A propaganda totalitária aperfeiçoou o cientificismo ideológico e a técnica de afirmações proféticas a um ponto antes ignorado de eficiência metódica e absurdo de conteúdo porque, do ponto de vista demagógico, a melhor maneira de evitar discussão é tornar o argumento independente de verificação no presente e afirmar que só o futuro lhe revelará os méritos[309].

O mundo hoje é mesmo das redes sociais, dos telefones celulares com câmeras e outros recursos tecnológicos os quais facilitam a circulação de informações e permitem a exposição ilimitada da intimidade das pessoas, por vezes de forma ridiculamente exibicionista. O avanço tecnológico, porém, não é algo que o Direito possa, dentro de uma perspectiva democrática, impedir[310].

Não se pode perder de vista que estamos a tratar de uma opção entre imposição de sigilo, de um lado, ou, de outro, do prestígio à publicidade em investigações e processos penais de interesse da população, com repercussão na vida não só dos réus, mas das comunidades em que os crimes ocorreram ou mesmo da nação inteira. Casos, como os exemplificados pelos próprios críticos do sensacionalismo da mídia, de assassinatos brutais e de desvios de dezenas de milhões de dinheiro público[311].

---

[309] ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 395.

[310] "Hoje, de tanto que tudo nos parece possível, pressentimos que também o pior seja possível: o retrocesso, a barbárie, a decadência. Isso não seria, por si mesmo, um mal sintoma: significaria que voltamos a ter contato com a insegurança essencial a todo viver, com a inquietude, ao mesmo tempo dolorosa e deliciosa, que se encerra em cada minuto". ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas.* Trad. Felipe Denardi. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016, p. 114.

[311] Há muita diferença, portanto, em relação ao patrulhamento invasivo verificado, por exemplo, no escrutínio quanto aos tipos de piso a serem escolhidos para revestimento da casa de campo do Primeiro Ministro sueco e sobre o quanto ele estava gastando na reforma, sendo que não pesava absolutamente nenhuma acusação de corrupção contra ele e não havia dúvidas sobre a origem lícita dos recursos. Há que se cuidar para não se lançar na mesma atmosfera situações que são sumamente diferentes. Nesse sentido, ainda, Anderson Schreiber lembra a proibição pela Justiça alemã da exibição do documentário "O assassinato de soldados em Lebach", caso real no qual soldados foram brutalmente assassinados quatro anos antes. Antes da exibição do documentário, um detento que cumprira pena por ter sido cúmplice e estava às vésperas de ser libertado pleiteou a proibição da exibição do documentário alegando que isso prejudicaria sua ressocialização após o cumprimento regular da pena. A Justiça alemã acatou o pedido, ponderando que se tratava de informação televisiva repetida, que não correspondia a um interesse atual de informação, além de colocar em risco a ressocialização do detento. Note-se, nesse caso, que o crime já havia sido julgado há anos, o que foi devidamente ressaltado pelo Poder Judiciário alemão como uma das

E, nessa linha, há algumas diferenças que fazem com que verdadeiramente descaibam as referências "orwellianas", no sentido do temor em relação à publicidade processual penal.

Faz parte da essência de um Estado Democrático, como se viu no início deste capítulo, a transparência no que concerne aos assuntos ligados ao governo, aos políticos, aos Poderes, aos interesses da comunidade, em contrapartida à inviolabilidade da vida privada dos indivíduos. Nos Estados Totalitários ocorre a inversão desta lógica. Os assuntos de Estado se ocultam, ao mesmo tempo em que ele se assenhoreia da vida dos súditos, devassando-lhes a intimidade sem motivo.[312] Ou por motivos que interessam ao governo.

Ora, na tão criticada publicidade processual nos casos de corrupção e nos casos de crimes bárbaros, o que se tem, no primeiro caso, são agentes públicos sendo sancionados por conta de lesões ao contribuinte; são agentes do governo, dos Poderes, sendo punidos por malversação do dinheiro das pessoas. No segundo caso, são criminosos que abalaram uma comunidade, um bairro, uma cidade. O interesse na busca da verdade e na eventual punição é dessas pessoas, as quais compõem essas comunidades, não é um interesse imposto pelo governo.

É sumamente equivocado, portanto, enxergar uma lógica de totalitarismo na publicidade processual que pune os agentes do Estado ou os indivíduos que cometeram crimes bárbaros do interesse de suas comunidades, a partir da ampliação e distorção da noção de inviolabilidade da vida privada e de sua razão de ser em uma democracia. Defender o sigilo nesses casos é se posicionar ao lado dos "arcana imperii", do Estado oculto.

O mundo distópico retratado no romance "1984" - sem individualidade, sem direito à intimidade, coletivista ao extremo, marcado pelas manipulações de

---

razões da decisão. SCHREIBER, Anderson. Direito e Midia. In: SCHREIBER, Anderson et al. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14 e 15.

[312] VALIM, Rafael. O direito fundamental de acesso à informação pública. In: *Acesso à informação pública*. _____; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 35.

informações, câmeras dentro das casas das pessoas e em todos os lugares, a Polícia das Ideias, o Ministério da Verdade, a novilíngua ou novafala - é um mundo dominado por um Estado Totalitário, por um Partido, por uma só imprensa, a oficial, a serviço do Partido.

Ao contrário, no mundo atual, o sensacionalismo midiático cujos efeitos nocivos alguns pretendem evitar justamente restringindo a publicidade dos atos processuais, não é algo controlado pelo Estado. São empresas privadas, jornalistas livres empregados pela iniciativa privada ou autônomos.

No caso dos crimes contra a administração pública ou crimes praticados por servidores públicos ou políticos, as vítimas somos todos nós, a vítima é a população, são os vários "Winstons"[313]. É, ao contrário, o Estado e seus representantes que estão sob o olhar das câmeras, sob escrutínio. A relação é completamente inversa.

Daí também que, quanto mais veículos, quanto mais diversidade de coberturas, quanto mais liberdade na cobertura jornalística, sem patrulhamentos quanto a estilos, menor o risco de eventual manipulação, maiores as possibilidades de, ante as várias versões, as pessoas poderem melhor formar suas convicções. Há um sistema de freios e contrapesos dentro da própria imprensa a ser incentivado permanentemente, o que só é possível com a pluralidade. Afinal, todo "poder aumenta a ação de suas forças à medida que centraliza a sua direção".[314]

[313] "A teletela recebia e transmitia simultaneamente. Todo som produzido por Winston que ultrapassasse o nível de um sussurro muito discreto seria captado por ela; mais: enquanto Winston permanecesse no campo de visão enquadrado pela placa de metal, além de ouvido também poderia ser visto. Claro, não havia como saber se você estava sendo observado num momento específico. Tentar adivinhar o sistema utilizado pela Polícia das Ideias para conectar-se a cada aparelho individual ou a frequência com oque o fazia não passava de especulação. Era possível inclusive que ela controlasse todo mundo o tempo todo." ORWELL, George. *1984*. Trad. Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 13.

[314] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Trad.Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 146.

O perigo reside na "concentração da propriedade de meios de comunicação, por ser hostil ao pluralismo, exercendo, ademais, força inibitória ao aparecimento de outros empreendimentos no setor".[315]

Efetivamente, o risco de totalitarismo "orwelliano" tão temido e exaltado pelos críticos do "populismo penal midiático" se encontra muito mais presente na concentração excessiva de poder com os grandes conglomerados de comunicação que na publicidade processual eventualmente geradora de sensacionalismo em tabloides ou veículos de comunicação populares.

A verdadeira competição entre os veículos, sem que haja um excessivo poder nas mãos de um determinado grupo ou de poucos grupos, é primordial para a garantia da diversidade de opiniões e para que a população tenha acesso a diferentes visões sobre temas de seu interesse. No Brasil essa competição verdadeira precisa ser incentivada e pode ser muito melhorada. É notório, por exemplo, que por aqui existe ainda muito poder comunicativo concentrado em uma emissora de televisão, cujo grupo comanda também o maior jornal do Rio de Janeiro, além de revista semanal de circulação nacional, emissora de rádio e outras mídias.

É bastante salutar o papel hoje exercido pela internet e pelas mídias sociais na divulgação de ideias e repercussão de notícias, permitindo que as pessoas expressem diretamente suas opiniões (antes parcamente veiculadas apenas nas sessões de "cartas do leitor" dos jornais e revistas), sem seleção prévia, compartilhem e espalhem notícias. Talvez mais importante, as mídias sociais permitiram o surgimento de novos e independentes formadores de opinião, sem vinculações com a grande imprensa. Ferramentas como "twitter", "facebook", "youtube" e mesmo "whatsapp", possibilitaram canais diretos de comunicação entre o público e jornalistas autônomos, intelectuais, militantes das

[315] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 267.

mais diferentes causas, provocadores em geral[316]. E, mais importante, entre as próprias pessoas.

Tem sido palpável a recente perda de força (que evidentemente ainda existe e é grande) da chamada grande imprensa, em razão do crescimento das novas mídias, o que pode diminuir os males da concentração da propriedade dos meios de comunicação. Sintomaticamente, em tempos recentes começaram a surgir críticas ao que se convencionou denominar *fake news*, notícias falsas veiculadas principalmente por *blogs* e *sites* suspeitos, sem compromisso com a verdade, mas existentes justamente para a função de soldados a serviço de algum grupo ou ideologia na "guerra da informação". Duas observações: as *fake news* não nasceram agora com *blogs, whatsapp* ou o *facebook*, havendo incontáveis episódios históricos de deliberadas alterações dos fatos por parte de veículos da grande imprensa mundo afora. Há interesses, portanto, em torno da exageração do problema e no seu atrelamento quase que exclusivo à internet livre; essa exacerbação pode ensejar propostas autoritárias de controle, que, no fundo, poderiam se reverter em um controle apenas das *fake news* que não interessam.

Chama a atenção também o fato de que a guerra contra as "fake news" tenha recebido enorme impulso do Partido Democrata nos EUA como narrativa para explicar a derrota de Hillary Clinton para Donald Trump nas eleições presidenciais de 2016, mesmo depois de a candidata democrata ter contado com o apoio escancarado de toda a classe artística e de todos os grandes veículos de comunicação daquele país, com exclusão da Fox News, incluindo-se New York Times, Washington Post, Time Magazine, CNN, ABC, NBC, CBS.

Não por acaso, dois anos depois essa guerra contra as "fake news" também foi utilizada pelo Partido dos Trabalhadores na eleição presidencial brasileira de 2018, a fim de tentar impugnar a candidatura de Jair Bolsonaro e, simultaneamente, deslegitimar de antemão o resultado das urnas e a eventual derrota criando uma narrativa vitimista.

[316] De certa forma, democratizou-se a militância político-ideológica, a qual anteriormente era exercida apenas pelas esquerdas.

Parece-nos preocupante a tendência crescente de se pretender controlar as “fake news” por meio de soluções como censura ou mesmo agências de “fact checking”, salvo se muito variadas e privadas. Essas pretensões parecem, por um lado, ter interesse em garantir a força que vem sendo perdida pela mídia tradicional. Por outro, podem abrir espaço para controles seletivos de “fake news”.

Stuart Mill chama a atenção contra as tiranias das maiorias e lembra que silenciar as opiniões minoritárias, mesmo quando erradas, nos subtrai a chance de, pelo debate, ver mais uma vez a verdade reafirmada, “clara e vívida” na sua colisão com o erro, o que faz a opinião presumivelmente certa perder gradativamente força e nos impede ainda, se por acaso errada, de substituí-la[317]. Daí a força da liberdade de comunicação e pluralidade dos meios como forma de defesa contra manipulações, ao invés de opções pelo sigilo ou por controle.

Em suma, “para colher os bens apreciáveis que a liberdade de imprensa assegura” – e da comunicação em geral, acrescentamos nós –, “é preciso saber submeter-se aos males inevitáveis que ela faz nascer”, os quais são bem menores que aqueles que ela cura.[318]

2.6. Vazamentos de informações sob sigilo.

O fenômeno do vazamento de informações sigilosas, que pode incluir depoimentos gravados, peças processuais, acordos de delação, fotografias, não é novo, embora tenha ganhado relevo nos últimos anos em razão de sua ocorrência em casos de grandíssima repercussão nacional[319] e de suspeitas já verbalizadas com maior ou menor clareza, principalmente por simpatizantes dos grupos político-ideológicos representados por alguns réus, de que os vazamentos seriam propositais.

Esses vazamentos podem ocorrer por falha causada pela inobservância culposa ao sigilo em vigor, ou má-fé, seja ela derivada da simples intenção de se

[317] MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Ari Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2011, p. 43-63.
[318] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 146 e 355.
[319] Notadamente a Operação Lava-Jato.

dar publicidade proibida ou do recebimento de suborno. É bastante grande a quantidade de pessoas que pode ser responsável por esses vazamentos, com dolo ou culpa, podendo partir do Judiciário, do Ministério Público ou da defesa. Na fase de inquérito, ainda há a Polícia como mais uma fonte.

Artur César de Souza diz que seria utópico pensar que nos dias de hoje uma norma jurídica possa impedir a divulgação de uma notícia de interesse dos meios de comunicação de massa, ainda que a informação esteja sob segredo de justiça quando obtida pelo jornalista[320]. Uma norma com essa pretensão não teria qualquer eficácia social, ele completa, por conta de "um dos elementos psicológicos mais influentes da condição humana, a curiosidade"[321].

Nesse aspecto, a pretensão de se proibir a imprensa de divulgação não seria apenas ineficaz, como sugere o autor acima, mas seria efetivamente inadequada dentro de uma ordem democrática, lembrando que o art. 325 do CP não se dirige aos meios de comunicação, não se dirige aos jornalistas.

Ante a impossibilidade de se proibir a imprensa de divulgar informações obtidas sob sigilo, há quem defenda, como solução, que essa prova seja declarada ineficaz, não possa ser utilizada.

Isso se daria em razão da divulgação colocar em risco o contraditório na formação da prova e a imparcialidade do juiz, de maneira que haveria, portanto, desrespeito ao princípio constitucional de um processo justo e com todas as garantias.[322]

2.6.1. *Impossibilidade de transferência de responsabilidade para a imprensa*.

Abstraída a questão de que o reconhecimento da ineficácia da prova poderia ferir de morte o conjunto probatório e ensejar absolvições de culpados

[320] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297.
[321] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 298.
[322] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 308-350.

evidentes, gerando afronta popular e afastando o Direito Penal de sua função pacificadora e de proteção a bens jurídicos[323], haveria também o risco de que se gerassem divulgações fraudulentas justamente com o fito de tornar ineficaz o conteúdo das provas, o que Artur César de Souza sugere que seria facilmente sanável excepcionando a ineficácia quando se comprovasse a fraude provocada pelo investigado ou réu.[324]

Segundo o autor, "o que se pretende é se transferir a responsabilidade social do resultado do processo penal para os meios de informação de massa".[325] Assim, se a mídia quiser um processo penal com trâmite normal, bastará não publicar.[326]

Não se pode concordar com os argumentos. O interesse em um processo criminal com trâmite regular é da sociedade, não da mídia. Não há acordo que possa ser feito ou controle a ser exercido sobre dezenas ou centenas de veículos de comunicação, sendo certo, ainda, que a divulgação poderia ser realizada também por veículos bem menores, de pouca expressão, ou até *blogs*. Bastaria um único veículo não ter essa responsabilidade, essa consciência, ainda que dezenas de outros tenham. A utilidade dos procedimentos de um processo judicial, o qual envolve custos ao Estado na forma de recursos físicos e humanos, não pode ficar a depender da vontade de veículos de imprensa dos mais diversos matizes.

---

[323] Para Janaina Paschoal, o Direito Penal "tem por finalidade proteger bens jurídicos relevantes para o convívio em sociedade". Segundo ela, a pena e o próprio Direito Penal teriam, na original visão de Luigi Ferrajoli, o "fim precípuo de evitar a barbárie, a vingança privada e as punições excessivas". PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 4 e 103. "Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral.* 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37. "A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à sociedade. (...) O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica". PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

[324] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

[325] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

[326] SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

Sob outro aspecto, essa transferência de responsabilidade para a mídia também se mostra inadequada à medida que a responsabilidade pela não ocorrência de falhas e nulidades em um processo é dos atores que dele participam, primordialmente o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público e a defesa. Não se pode instrumentalizar a imprensa para uma função que não é precípua dela. Lembramos aqui, novamente, sobre a tendência de se atribuir responsabilidades para entes abstratos, despersonalizados, indeterminados, etc.

Outra questão é que o risco de fraudes não pode ser subestimado sob o argumento de que "bastaria excepcionar a ineficácia da prova" quando se comprovasse a fraude por algum réu. Sabe-se que essa prova não seria nada fácil. Esse risco deve receber o mesmo tratamento do risco ao contraditório na formação da prova e à imparcialidade do juiz. Se esses riscos são considerados suficientes para a defesa da ineficácia das provas vazadas, o risco do uso fraudulento também é suficientemente sério a ponto de não recomendar a solução proposta. Do contrário, temos o uso de dois pesos e duas medidas para os riscos, sendo que o de fraude, no Brasil atual, pode ser considerado bem maior.

2.6.2. *Risco ao princípio da presunção de inocência*.

O risco ao princípio da presunção de inocência merece observação à parte[327]. Esse risco, aqui, se dirige fundamentalmente ao Juiz e aos jurados. Não se dirige ao povo, o qual não é obrigado a observá-lo.[328]

As pessoas podem, livremente, prejulgar quem elas quiserem, se assim quiserem. Da mesma forma que podem também seguir acreditando na inocência

---

[327] "(...) o princípio da presunção de inocência, como norma basilar do processo penal, não exclui a liberdade de informar dos meios de comunicação, mas exige destes cautela e reserva na divulgação dos atos judiciais. As notícias de um crime atribuído a uma pessoa devem ser verdadeiras e possuir um conteúdo e uma forma de advertir o público de que a pessoa acusada ainda não foi considerada culpável". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 173 e 174.

[328] Não, ao menos, no sentido em que o desrespeito ao princípio é colocado por alguns como ensejador de risco a um processo justo. As pessoas e a imprensa não podem acusar precipitadamente alguém, chamar o suspeito de bandido, mas no íntimo podem achar o que quiserem: "(...) constitui um princípio de direcionamento do processo penal que informa e regula os limites das medidas de coerção estatal contra o acusado". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

de alguém condenado com trânsito em julgado, se assim lhes parecer. O trânsito em julgado não tem o poder de impedir que as pessoas, no seu íntimo, considerem determinado réu culpado, se absolvido foi, ou inocente, mesmo se condenado. Mesmo diante das mais acachapantes provas de culpa e de uma bem fundamentada sentença transitada em julgado, uma pessoa pode, por qualquer motivo, seguir se negando a acreditar na culpa de determinado réu. Não há como se obrigar uma pessoa a acreditar que o Homem andou na Lua.[329]

Então, se o princípio da presunção de inocência – que ficaria sob risco em razão dos julgadores serem influenciados por sensacionalismo midiático gerado por provas sigilosas vazadas, embora legitimamente produzidas, podendo vir a acarretar condenações injustas – se dirige a Juízes e jurados, temos que, na verdade, estamos a tratar de um risco à imparcialidade. Cuida-se, na prática, de um risco só.

A parcialidade de um julgador não pode ser presumida, fora dos parâmetros já estabelecidos pela lei, como por exemplo o parentesco próximo com um réu, a inimizade capital, a amizade íntima.

Ainda que não se negue que a atuação da mídia pode gerar influência, assim, aliás, como uma série de outros aspectos incontroláveis que influenciam diariamente nossas personalidades e nossas decisões, o fato é que presumi-la aprioristicamente como algo suficientemente fatal, a ponto daquela prova vazada ter que ser declarada ineficaz, é exagerado, não é razoável.

Até porque, se o risco é de influenciabilidade, não é a retirada da eficácia da prova legitimamente produzida nos autos que irá restaurar a serenidade do magistrado. Apenas argumentando de acordo com as premissas da tese que ora refutamos: o elemento de prova sob sigilo vaza, a mídia realiza sensacionalismo, isso potencialmente retira a serenidade do magistrado, presume-se, por isso,

[329] "As acusações formais acarretam geralmente uma presunção de culpa oriunda do meio social que neutraliza a presunção de inocência. Esta, embora constitua um direito (o direito de ser presumido inocente) não tem força bastante para se impor à comunidade a qual, por força da liberdade de expressão do pensamento, exerce também um direito: o direito de julgar". DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 202.

violado o princípio da presunção de inocência e a garantia a um processo justo, a prova não pode mais ser utilizada. Ora, mesmo considerando que toda essa cadeia de raciocínio fosse verdadeira, a retirada da prova dos autos não sanaria o problema cuja ocorrência configura, exatamente, a justificativa para tornar a prova ineficaz, qual seja, a serenidade do julgador.

Assim, o mais adequado é mesmo que o vazamento de uma prova colhida sob sigilo não gere qualquer nulidade processual ou ineficácia para sua utilização, cabendo, isto sim, punição ao responsável pelo vazamento na forma do art. 325 do CP, por violação de sigilo funcional[330].

Nesse aspecto, por oportuno, considerando a necessidade de se investigar a origem do vazamento e de se apurar responsabilidades, reiteramos o que foi dito anteriormente sobre a diferença de tratamento, quanto ao resguardo da fonte, entre jornalistas profissionais (com ou sem diploma, pouco importa) e "blogueiros" de ocasião, estes sem direito a sigilo de fonte.

Além de investigação séria e sanção penal sem leniência àqueles que comprovadamente forem responsáveis por vazamentos dolosos, cabe punição administrativa para os servidores responsáveis por vazamentos culposos, a qual pode variar de advertência à demissão, dependendo do grau de culpa, da desídia, e do histórico funcional.

Outra medida cabível é a punição civil ao veículo de comunicação, não pela divulgação em si de prova sob sigilo, mas se a divulgação vier com erros factuais, dolosos ou que revelem patente negligência, e impropriedades como, por exemplo, adjetivações precipitadas (chamar o ainda suspeito de bandido, se referir a ele como crápula, monstro, etc.).[331]

---

[330] E aí temos que, paradoxalmente, alguns que criticam o punitivismo, valem-se justamente do argumento da impunidade aos responsáveis por vazamentos para defender medidas outras, menos ortodoxas.

[331] "Se é certo que o silêncio de fonte isenta o jornalista ou profissional de comunicação de sofrer quaisquer sanções, muito mais exato ainda é que a informação maledicente e unilateral, ainda quando revestida sob o pálio de pseudoverdades, enseja a aplicação rigorosa de sanções (...). Por tudo isso, juiz algum deve temer a imprensa, cujo arbítrio pode gerar danos irreparáveis, afinal o desmentido nunca tem a força do mentido". BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174. Comentando sobre as diferenças de tolerância

Portanto, a prova vazada, se legitimamente colhida, há de se manter hígida e eficaz no processo.

A decretação ou não do sigilo e os efeitos, especificamente, sobre a imparcialidade do juiz, serão aprofundados adiante.

2.7. Imprensa e influência sobre as decisões judiciais.

2.7.1. *A influência negativa sobre os juízes*.

É bastante utilizado, como justificativa para a imposição de restrições à publicidade processual, o argumento da influência negativa que os julgadores sofrem da imprensa nos casos de muita repercussão, influência negativa essa que redundaria em condenações injustas.

Da mesma forma que qualquer pessoa, os magistrados estão expostos à eventual influência do que lhes chega ao conhecimento pelos meios de comunicação, à medida que a necessidade de imparcialidade inerente ao cargo não tem o condão de alterar a natureza humana, nem retira o juiz do ambiente em que vive.

É preciso ponderar que o julgador está sujeito à influência da imprensa assim como está sujeito a infinitas outras influências, da sua família, de seus amigos, sua religião, suas leituras, seus sucessos, seus fracassos, sua história, ou, nos dizeres de Montesquieu, a mil paixões como criatura sensível que é.[332]

---

para com os erros da imprensa em diferentes países, Paulo Gustavo Gonet Branco pontua que nos EUA o tratamento varia conforme o afetado pela notícia: "As pessoas públicas – funcionários públicos ou pessoas inseridas em acontecimento público – teriam o ônus de provar não somente a falsidade da notícia, como, por igual, o conhecimento da falsidade pelo jornalista ou a sua negligência em apurar uma notícia que aparentava alta probabilidade de ser falsa, conceito encapsulado na noção de *actual malice* (...). Por outro lado, se a personagem ofendida for pessoa comum, bastará a prova de que o órgão de imprensa foi negligente na cobertura do fato. A diferença se prende ao propósito de assegurar o mais amplo e robusto debate sobre a coisa pública e sua administração". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264.

[332] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

> E a mídia influencia o direito porque há uma relação entre os diversos sistemas que se dá pela chamada "interpenetração". Mais do que isto, há uma abertura entre o sistema jurídico e a sociedade. Com isto, se quer dizer que o ordenamento jurídico é permeável tanto às considerações vindas da sociedade quanto às ponderações da mídia[333].

Pierpaolo Cruz Bottini entende que o Judiciário, "como qualquer instituição composta por seres humanos, é sensível às pressões discursivas da mídia e da sociedade", algo nada mais que natural. Para ele, "a ideia de um juiz metafísico, sem contato com qualquer tipo de discurso ou pressão social está fora de questão".[334]

Esse é o primeiro cuidado, portanto, e que deve ser colocado em justa medida, quando se analisa a influência dos meios de comunicação sobre as decisões judiciais. Não é a única a que estão sujeitos os magistrados e nem é possível, salvo colocando-os numa bolha, isentá-los de todas elas.

Feitas essas observações, reconhece-se que juízes togados, notadamente os menos experientes, podem ter sua tranquilidade de julgamento turbada dependendo da pressão midiática. Ou ainda, ao se perceberem sob holofotes[335], podem ser colhidos por uma vaidade humana, até então desconhecida, apta a turvar a melhor percepção dos eventos, retirando-lhes o distanciamento necessário. Pondera Gustavo Badaró:

> *O strepitus fori* pode causar danos irreparáveis ao acusado e às vítimas. O forte sensacionalismo pode levar a um seríssimo comprometimento da serenidade do julgador que, em casos extremos, pode levar à perda da imparcialidade, por força da

---

[333] CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 394.

[334] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 248.

[335] Gianstefano Frigério, ao ensejo da operação "mãos limpas" na Itália, questiona o excessivo protagonismo midiático de juízes: "E por que essa devastadora espetacularização da Justiça, essa beatificação desprovida de crítica da atividade dos magistrados, essa cultura reducionista e meio 'à Rambo' da atividade judicial?". FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da operação mãos limpas – a Europa e as Américas após a queda do marxismo.* Trad. Claudio Maltese. São Paulo: Maltese, 1994, p. 26/27.

> sugestionabilidade e, até mesmo, porque não dizer, de verdadeira coação que a mídia pode exercer sobre o julgador.[336]

Sem dúvida, a Justiça não pode perder "seu lugar de julgadora para apenas referendar a opinião pública e publicada", expressão utilizada por Flávia Rahal em artigo já citado nesta dissertação, situação que, no entender dela, acabou acontecendo em casos emblemáticos como o da atriz Daniela Perez, do goleiro Bruno e do juiz Nicolau dos Santos Neto, entre outros.[337]

Embora evidentemente se concorde que o Poder Judiciário não pode apenas referendar a opinião pública, há que se ressaltar os equívocos de algumas inferências que, aparentemente, têm sido comuns e não se restringem apenas ao mencionado artigo.

Não existem, na verdade, elementos concretos que indiquem que nos casos citados e em tantos outros, inclusive no da menina Isabella Nardoni, o julgamento tenha tido um deslinde condenatório apenas e tão somente em razão da pressão midiática e de que a Justiça tenha apenas referendado a vontade popular. E o que se vê, com razoável habitualidade, é que no esforço de se demonstrar o enorme tamanho da influência nefasta da imprensa sobre os resultados, se acrescentam aos exemplos da Escola Base ou do célebre *affaire Dreyfus*, em um mesmo contexto, casos como o de Suzane Richthoffen, goleiro Bruno, adolescente "Champinha", Mensalão, juiz Nicolau, atriz Daniela Perez, e outros, obtendo-se no receptor da mensagem a impressão de que as exceções não são, na verdade, tão exceções assim, mas, ao contrário, muito mais comuns.

Admitir-se que essa pressão pode existir, não implica concluir que em casos específicos em que ela existiu houve efetivamente alteração decisiva no resultado do processo. Há que se ter cautela com saltos argumentativos.

---

[336] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 72.
[337] PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Processo Penal: Quando Publicidade e Sigilo Oprimem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nª 214, p. 11, Setembro 2010.

Para isso, seria necessária a demonstração de que o veredito foi contrário à prova dos autos[338]. Do contrário, e na maioria dos casos midiáticos comumente mencionados não há essa demonstração, não há como simplesmente se concluir que a "Justiça" apenas referendou a vontade popular, desprezando-se de plano a possibilidade de que tais réus simplesmente fossem mesmo culpados e que o veredito do Poder Judiciário tenha, nada mais nada menos, coincidido com a vontade popular, sem necessariamente ter se curvado a ela.

Essa digressão se faz porque, embora admitida perfeitamente a ideia da influência que a imprensa e a pressão popular *podem* exercer, algo com que de fato há que se ter preocupação, não se pode seriamente saltar para conclusões precipitadas e sem provas, com base em generalizações e impressões subjetivas as quais se mostram um tanto maniqueístas, à medida que muito frequentemente propõem, implicitamente, uma divisão entre iluminados e retrógrados.

Artur César de Souza, ao comentar a nocividade da influência da mídia sobre as decisões judiciais, sugere que um desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, após conceder ordem de *habeas corpus* quando da prisão temporária, teria negado, rendendo-se aos apelos dos meios de comunicação[339], um posterior pedido de *habeas corpus* para livrar da prisão preventiva os acusados de matarem a criança Isabella Nardoni.

---

[338]Ou que houve nulidades no processo, como cerceamentos de defesa, para as quais se fizeram "vistas grossas". Nesse caso, porém, haveríamos de concluir pela bem menos provável hipótese de desembargadores também permitirem, em grau de recurso, a sobrevivência dessas nulidades por receio da opinião pública e, depois deles, ministros de Tribunais Superiores. Não que esses juízes também não estejam sujeitos a vicissitudes, mas, normalmente, os casos lhes chegam depois de passado algum tempo, com os ânimos mais arrefecidos, são magistrados bem mais experientes e julgam de forma colegiada, dividindo, de certa forma, a responsabilidade. A esse propósito, destacamos a recente posição do desembargador Ivan Sartori, do TJSP, relator do acórdão que anulou um julgamento pelo Tribunal do Júri no caso do "Carandiru" e que posteriormente, em embargos infringentes, declarou: "Em suma, pela técnica, pelos fatos e por profunda convicção, inconcusso que a decisão desta relatoria está absolutamente correta, pouco importando a extrema pressão externa que vem sofrendo de segmentos da sociedade, mormente a chamada grande imprensa e grupos que se dizem defensores dos direitos humanos. Esquecem-se todos que, no conceito desses direitos, também se englobam, por tratado internacional, a imprescindibilidade de o cidadão ser julgado por um juiz ou tribunal independente e de acordo, exatamente, com os fatos específicos constantes dos autos, observado o devido processo legal" (TJSP, Embargos Infringentes 00338975-60.1996.8.26.0001/50001 e 0007473-49.2014.8.26.0001/50001, Declaração de Voto Vencido, Des. Ivan Sartori, julg. 11.04.2017).

[339] "O próprio desembargador Caio Eduardo Canguçu de Almeida, após prolatar sua decisão no *habeas corpus* impetrado pelo casal Alexandre e Anna Carolina, rende-se ao apelo dos meios de comunicação em massa para justificar sua decisão". SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

Cabem aqui algumas pontuações. O desembargador em questão, hoje já aposentado, era, na ocasião, um homem com mais de quarenta anos de magistratura. Já havia sido Vice-Presidente do Tribunal. Integrava também o Órgão Especial do TJSP. Em sua decisão de negar o *habeas corpus* apenas fez menção implícita ao clamor popular (expressão a rigor que ele sequer usou) como mais um elemento, entre outros, a justificar a prisão preventiva naquele momento[340].

Ainda que controversa, a consideração do clamor popular como elemento perturbador da ordem pública para fundamentar uma prisão preventiva tem sido historicamente admitida, em maior ou menor medida, por diferentes tribunais. E ela não se confunde com uma simples adesão à pressão midiática, de forma que o exemplo, com a devida vênia, se mostra mais um dos tantos em que, ao se identificar que a decisão judicial coincidiu com a vontade da maioria da população, singelamente se presume que o juiz docilmente cedeu a uma pressão.

Quando se reconhece, em caso de grande repercussão e revolta geral, esse clamor público como um elemento, normalmente não isolado, para um decreto de prisão, o magistrado não está cedendo a uma pressão, não está sendo influenciado, levado a uma decisão. Ele está apenas constatando uma situação que está a ocorrer naquela comunidade, está reconhecendo um estado de coisas. São situações, portanto, distintas.

A esse propósito, trecho de voto que concedeu ordem de *habeas corpus* a acusados no caso da "Boate Kiss"[341] em Santa Maria, no Rio Grande do Sul:

> Relativamente ao clamor público a jurisprudência é extremamente vacilante quanto à possibilidade de fundamentar, por si só, a segregação provisória, havendo inclusive precedentes do Pretório

[340] A decisão do Desembargador aludiu a informações da investigação de que estariam havendo possíveis tentativas, por parte dos pacientes, de descaracterização das provas, com risco de comprometimento da instrução e também da ordem pública, possibilidades aumentadas por todo o alarme gerado pela ocorrência. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-mai-13/mantida_prisao_preventiva_pai_madrasta_isabella, acesso em 17.05.2017.

[341] Em janeiro de 2013, 242 pessoas morreram em incêndio ocorrido dentro de uma danceteria, após um membro de uma banda que fazia apresentação no local, inadvertidamente, incendiar o teto inflamável do local, erguendo um artefato de pirotecnia. Integrantes da banda, sócios da danceteria e servidores públicos responsáveis pela fiscalização do local foram indiciados.

> Excelso que afastam essa hipótese, embora existam julgados em sentido contrário. In casu, diante da repercussão até internacional da tragédia da boate Kiss, o clamor público poderia justificar o decreto prisional no momento em que foi prolatado. Hoje, passados quatro meses daquele infausto acontecimento (...) o abalo vai se dissipando, à medida que a sociedade vai assimilando a ideia do episódio como coisa passada (...). Assim sendo, não me parece razoável a manutenção da prisão preventiva apenas em razão do clamor público (TJRS, Habeas Corpus – Primeira Câmara Criminal – Nº 70054419841/2013-29.05.2013, Comarca de Santa Maria).

Erica Marcelina Cruz reconhece que não se pode ignorar que um magistrado, "quando prolata uma decisão, especialmente no processo crime, não está alheio ao interesse da população, pois, por meio daquela, não deixa de, com ela, se comunicar".[342] Ela destaca o cuidado que o julgador deve ter ao se submeter à opinião geral no ato de julgar, devendo observar valores eleitos pelo povo quando da elaboração dos textos legais (Constituição, Código Penal e Código de Processo Penal)[343]. Adverte a autora que:

> (...) a decisão judicial não pode ser proferida se o julgador estiver sugestionado pelo fato criminoso como "um mito" divulgado pelos meios de comunicação em massa. O juiz deve ter o cuidado de não pensar na "dicotomia bem e mal" quando for decidir (...).[344]

2.7.2. *A influência positiva*.

Henri Decugis afirma que o direito sem força é uma palavra sem sentido, embora essa força não tenha que ser necessariamente a do Estado, visto que o Direito nasce antes dele, de forma que tal força pode vir de qualquer coletividade, como a família ou as tribos primitivas, por exemplo[345].

---

[342] CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar*: *A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 415.

[343] CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 420.

[344] CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 405.

[345] No original: "Le droit sans force, a dit durement Ihering, est um mot vide de sens. Mais cette force sans laquelle le Droit n'existe pas, n'est pas nécessairement celle de l'Etat, comme l'ont cru à tort Ihering et d'autres jurists du XIX siècle. En fait, le Droit a pris naissance bien avant l'Etat. La force contraignante qui donne à la règle son caractère juridique peut venir d'une colectivité, comme

O juiz é quem diz o direito no caso concreto, é quem dá concretude à norma abstrata. E se o direito precisa da força coerciva, pois é ela que dá à regra seu caráter jurídico, admissível que essa força venha também da vontade popular, do interesse da coletividade em determinado caso.

Se no caso concreto o juiz, ao decidir sobre o conflito entre a intimidade dos acusados e a publicidade dos atos processuais têm dúvidas sobre a presença do interesse público, a pressão social por notícias não pode ser simplesmente interpretada como mera curiosidade de uma sociedade sedenta por entretenimento, mas sim como um indício de que o interesse público talvez realmente exista naquela hipótese, configurando-se, portanto, em um elemento coercivo legítimo na construção do direito pelo juiz naquela hipótese concreta, o qual optará pelo sigilo ou pela publicidade à luz desse elemento e de outros que envolvam o caso.

Sob outro prisma, admissível que essa força na construção do direito concreto, vinda da efervescência popular por notícias sobre o caso, sirva não para que o magistrado julgue sem convicção sincera, apenas para agradar à opinião pública em detrimento da solução juridicamente mais correta, mas para que se evite o comodismo, a covardia.

A pressão popular, portanto, teria legítima força propulsora para um esforço da máquina judicial verdadeiramente condigno com a importância do caso para aquela comunidade ou País. Atuaria não como forma de influência no mérito, mas como garantidora de uma maior seriedade (a qual evidentemente deveria existir em rigorosamente todos os casos, mas, sob um ponto de vista realista e prático, considerando a enorme quantidade de demandas, não há se esperar que uma ação de despejo com revelia receba o mesmo nível de atenção que um homicídio qualificado ou um desvio de enorme quantidade de verba pública, não havendo nisso qualquer absurdo à medida que a diferenciação tem como norte os

---

la famille ou la tribu primitive, à laquelle on ne peut pas donner le nom d'Etat". DECUGIS, Henri. *Les Étapes du Droit: Des Origines a nos Jours. Tome I.* Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1946, p. 11.

bens jurídicos em jogo, não as pessoas dos réus). A atenção popular atuaria não para que se faça o mais, mas para garantir que não se faça o menos[346].

Nessa linha, um aspecto que chama a atenção na opção de alguns juízes, muitas vezes, em detrimento da publicidade é que na falta de parâmetros mais claros acabam aplicando, ainda que inconscientemente, uma espécie de "in dubio pro sigillum" ou, "na dúvida favoreça-se o sigilo"[347]. Talvez porque, tanto no conflito da publicidade com o interesse à preservação da intimidade, quanto no conflito entre publicidade e um suposto interesse público no sigilo, a opção pela publicidade é mais problemática, pois há maior probabilidade de uma sanção a quem desrespeitou o sigilo do que a quem restringiu a publicidade. Então, pela dúvida, algumas vezes se verifica a decretação de um sigilo pouco necessário ou até francamente incorreto, mas cuja decretação potencialmente evitará transtornos.

Há também outra faceta a ser lembrada sobre a relevância do conhecimento dos elementos do processo pela população, por intermédio dos meios de comunicação. Essa está relacionada à intimidação que a publicidade pode exercer sobre forças políticas que, protegidas pelo sigilo ou pela pouca repercussão, podem atuar sobre as decisões judiciais, principalmente nas mais altas instâncias.

É o olho da imprensa, "sempre aberto, que constantemente põe a nu os redutos secretos da política e força os homens públicos a comparecer, cada um por sua vez, perante o tribunal da opinião".[348]

---

[346] Deltan Dallagnol comenta que, com relação à operação Lava Jato, "o olhar atento da sociedade estimulou os agentes públicos que lidavam com a operação a torná-la uma prioridade, evitando que caíssem na 'vala comum'". A observação de Dallagnol, obviamente, se aplica não só a policiais, escreventes, peritos, promotores e procuradores, mas também a juízes. DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 125.

[347] Nils Funcke, um especialista na lei de transparência sueca, opina que "muitos servidores públicos têm medo de fazer alguma coisa errada ao liberar uma informação" e acabam "adotando uma posição de cautela exagerada". WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 151.

[348] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, pp. 143-148.

Dalmo de Abreu Dallari comenta:

> São inimigos da independência da magistratura os violentos, os intolerantes, os egoístas, os corruptos, os imorais de todas as espécies que, favorecidos pelo poder econômico (...) hostilizam quanto podem todos os que pretendem a prevalência da justiça. Indivíduos dessa espécie, quando dispõem de alguma forma de poder, tentam obter a submissão da magistratura mediante corrupção (...). E se não conseguem esse resultado, costumam recorrer a alguma forma de violência. (...) Os corruptores podem ser pessoas ou empresas com altos interesses econômicos dependentes de decisão judicial (...), havendo também casos em que corruptores são políticos e governantes sem escrúpulos. Neste caso, a corrupção é feita, geralmente, com certa sutileza, ou por meio de homenagens que afagam a vaidade de magistrados e tribunais ou com o disfarce de colaboração recíproca no interesse público, colocando em altos cargos de governo pessoas que possam influir para abrandar ou anular os rigores legalistas da magistratura.[349]

A noção pelo magistrado de que suas decisões terão grande repercussão na comunidade e estarão sujeitas ao crivo da opinião pública, portanto, pode representar uma influência positiva na sua atuação, tanto incentivando um cuidado maior, quanto desencorajando a adesão (medrosa ou interessada) a pressões ou interesses políticos.

A história tem demonstrado, reiteradamente, que a publicidade e a ampla divulgação dos fatos pela imprensa fortalecem os magistrados, membros do Ministério Público e das polícias para o fiel cumprimento de suas missões, bem como exercem força motriz no sentido de impedir que investigações e processos importantes sejam abafados, sejam sabotados de cima para baixo, sejam objeto de acordos escusos.

Na operação “Mãos Limpas” na Itália, o “clamor público propiciou condições para que as instituições do Judiciário enfrentassem a impunidade da corrupção”[350]. A deslegitimação do sistema político corrupto foi agravada com a

[349] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 51-52.
[350] ROIO, José Luiz Del. *Itália Operação Mãos Limpas e no Brasil? Quando?* São Paulo: Icone, 1993, p. 16.

divulgação dos casos pela imprensa e foi justamente essa deslegitimação do sistema que tornou possível a ação judicial.[351]

2.7.3. *Independência funcional*.

Muito se fala da importância da separação dos Poderes do Estado e independência entre eles, repartindo as funções estatais num sistema harmônico de freios e contrapesos[352]. Mas a independência do Poder Judiciário, o único que não obtém sua legitimidade por meio do voto direto da população, pressupõe e só pode existir efetivamente a partir da real independência dos magistrados considerados individualmente.

Para isso a Constituição Federal prevê aos juízes as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos. Ao lado dessas garantias positivas, e visando-se proteger a imparcialidade, aos juízes também não é permitido dedicar-se a atividades político-partidárias, entre outras restrições.

A independência funcional dos juízes vem contemplada também na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35 de 1979, a qual dispõe nos artigos 40 e 41 que a atividade censória sobre magistrados é exercida com respeito à independência e limitada a casos de improbidade ou excesso de linguagem, não podendo o juiz ser punido por opiniões ou pelo teor das decisões que proferir.

---

[351] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

[352] "Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura". MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 374. "A divisão dos Poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função (...); (b) independência orgânica, significando que, além de especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder". SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

Os juízes não podem temer proferir decisões em um determinado sentido, não se podem ver engessados, robotizados, vítimas de patrulhamento ideológico.

E é na força da independência funcional, na força da independência da magistratura, que reside a melhor fonte de serenidade para os juízes não cederem às pressões midiáticas, não cederem às influências negativas que mencionamos acima[353].

Se é criticável a influência que o sensacionalismo midiático pode gerar nos juízes, o melhor remédio não é a censura aos órgãos de imprensa, o dirigismo deles, ou a imposição de sigilos. A chave para o fortalecimento dos juízes contra a adesão fácil a pressões ou ao desejo de fama está no fortalecimento da independência funcional e da magistratura, fortalecimento da consciência da missão que os juízes devem desempenhar, algo quiçá um pouco nebuloso atualmente, mas que está diretamente atrelado à imparcialidade. Edgard de Moura Bittencourt ensina que "é a independência que gera a imparcialidade; esta é aquela em ação".[354]

A independência funcional não pode, porém, servir de escudo para a defesa de magistrados arbitrários, que em decisões totalmente descompromissadas com a lei, buscam impor suas respectivas idiossincrasias, *per fas et per nefas*, gerando insegurança jurídica em atuações que, a despeito de cercadas das melhores intenções, são contrárias aos valores democráticos.

Os salutares incentivos a uma magistratura não desconectada da realidade, atenta às consequências de suas decisões, que não se fecha em atitudes excessivamente circunspectas e distanciadas da população, parecem por vezes estar sendo confundidos com a exigência de um protagonismo que periclita a imparcialidade e, pior, transforma juízes em instrumentos, cientes ou não, de agendas cujas conquistas deveriam ser democraticamente obtidas no parlamento.

---

[353] "(...) a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos". DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

[354] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 122.

Essa distorção de percepção por parte dos próprios magistrados que, na busca de uma suposta vanguarda, avançam sobre territórios que deveriam ser evitados, em verdade em nada contribui para a independência funcional, para o fortalecimento da magistratura.

> Atualmente, o protagonismo judicial, sobretudo das cortes constitucionais, nas questões sociais, é notável: uma gama cada vez maior dos mais variados conflitos – problemas políticos, econômicos e culturais – tem sido submetidos aos tribunais, como se essa judicialização fosse a melhor resposta para a resolução de todos aqueles problemas. (...) a judicialização das pautas de uma sociedade acaba por gerar um perigoso governo de juízes e, ao cabo, uma série de interrogantes sobre o papel institucional do Poder Judiciário[355].

Esse protagonismo que vem sendo incentivado tem trazido confusões quanto aos limites. O ativismo judicial é uma distorção, é o arbítrio tomado por independência. Uma falsa independência, vulgar. E que, em última análise, contribui para, misturando-se joio e trigo, perderem os magistrados a exata noção de até onde podem ir na escuta aos anseios populares.

Todos os magistrados possuem, evidentemente, suas preferências, simpatias, idiossincrasias. De um maneira ou outra, "o julgador não escapa do impulso de colocar um pouco de si na apreciação das proposições jurídicas e das versões do fato"[356], mas há uma diferença entre colocar um pouco de si na decisão - ciente de que não se é um rei absolutista e atento à necessidade de buscar distanciamento, isenção, objetividade - e, ao contrário, se permitir um relaxamento de todos os freios e se querer impor uma visão pessoal de mundo, contrária à lei, baseada no que subjetivamente se entende como o justo, arrogando-se de um papel "salomônico".

A verdadeira independência, nesse sentido, é a independência de si mesmo, das próprias certezas sobre o caminho para o "mundo melhor". Afinal, é a

[355] FERNANDES, André Gonçalves. *Ensinando e aprendendo o Direito com o método do caso: Bases epistemológicas e metodológicas.* 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2018, p. 114.
[356] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 164.

"independência contra os próprios reflexos que precede a firmeza do magistrado, no cumprimento de seu ministério"[357].

> O dever e o propósito de independência, mesmo com a segurança do livre exercício da função, precisam estar presentes ao juiz, para que não venha a ceder a injunções, com que foge do caminho da imparcialidade. Não porque seja impelido por força irresistível de outrem, mas porque ele se submete às fraquezas de sua estrutura moral ou psicológica. Daí a lapidar síntese de Picard: a independência perante influências e solicitações é admirável, mas o que convém admirar altivamente é a independência perante si próprio[358].

> O juiz livre não é aquele a quem se garante a liberdade; é aquele que vence a si próprio para usá-la. As pressões do meio são, muita vez, inexpressivas em confronto com as de suas fraquezas; nascem do receio infundido, do interesse, da vaidade, do ódio e da simpatia. Com essas distorções do caráter e do sentimento de que a lei torna livre para ser juiz, este se escravizará até o ponto de aviltar a função que deveria dignificar[359].

O combate ao ativismo judicial é importante, portanto, também para o fortalecimento da verdadeira e benéfica independência funcional. Essa é uma consequência nociva, indireta, a nosso ver pouco explorada do ativismo.

2.7.4. *Ativismo judic*ial.

Entende-se por ativismo judicial, nas palavras de Elival da Silva Ramos, "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar". [360] Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, por seu turno, considera ativismo a "desconsideração por parte do juiz constitucional de escolhas razoáveis feitas tanto pelo legislador como por gestores".[361] Nessa mesma linha, Thiago Teraoka

[357] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 122.
[358] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 121.
[359] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 123..
[360] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.
[361] CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: KIM, Richard Pae; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 151.

vê na essência do ativismo a desconsideração de uma "decisão de um outro Poder, havendo solução legislada, teoricamente possível e razoável"[362]

Muito se criticam os juízes positivistas dogmáticos, que em leituras literais dos textos legais não extraem deles a intepretação mais consentânea com a Constituição, com o espírito da lei.

> O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos, de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a *mens legis* no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no sentido jurídico imanente, que se transforma com o avanço da civilização.[363]

Para além desta justa crítica, surgem, como já colocado acima, os incentivos a uma postura mais audaciosa, mais moderna:

> Entre os inimigos da independência da magistratura estão os próprios magistrados que, por ações e omissões, renunciam à sua independência. (...) Há magistrados que invocam fundamentos teóricos para o acobertamento que dão às injustiças, alegando que o magistrado deve ser um aplicador estrito da lei (...). Dizem que o magistrado não é legislador, e que se não obedecerem rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados. (...) Com argumentos dessa ordem, afirmando-se 'escravos da lei', procuram ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da extraordinária relevância de sua função social[364].

E prossegue Dalmo Dallari:

> É evidente que, por sua própria natureza, a magistratura não pode assumir o papel de uma vanguarda revolucionária, mas, sem dúvida, pelo significado social de suas funções e pelo alcance que

[362] TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação Constitucional e ativismo judicial. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – Direito Constitucional, ano 16, nº40, abril/junho 2015, p. 117.
[363] HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Vol. I, Tomo I.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.88.
[364] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53-54.

> podem ter suas decisões, a magistratura pode e deve assumir a condição de participante ativa do processo de mudança social[365].

A dificuldade reside justamente em se identificarem esses limites.

> Como parte da resistência ao absolutismo, muitos teóricos denunciaram as distorções cometidas pelos juízes, que, julgando por delegação do chefe do Executivo e pretextando a necessidade de interpretação das disposições legais, mudavam completamente o sentido e o alcance das leis aprovadas pelo Parlamento, praticamente fazendo uma lei nova. (...) No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante (...) o que se poderia chamar de 'culto da legislação', reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária (...)[366].

Com entusiasmo por essa nova forma de judicar, Dalmo Dallari[367] elogia movimentos organizados de juízes, os quais possuem delicado viés político-ideológico e cuja linha de ação, sob outras roupagens, outrora foi bastante criticada por Miguel Reale[368] e Goffredo Telles Júnior[369].

---

[365] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

[366] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99-100.

[367] "Na Itália, um grupo de juízes decidiu, corajosamente, rebelar-se contra os excessos de conservadorismo, formalismo e oportunismo da magistratura, que, protegida por um manto de solenidade, procurava abafar suas falhas e deficiências e ocultar sob uma máscara de respeitabilidade sua colaboração para as injustiças sociais. E assim surgiu o movimento 'Magistratura Democrática'. (...) em pouco tempo apareceram movimentos semelhantes em vários países europeus e hoje eles existem também na América Latina, inclusive no Brasil. É o caso, por exemplo, da associação 'Juízes para a Democracia' (...). Serena e corajosamente, mantendo e defendendo o respeito essencial à magistratura, essa entidade vem influindo para que se faça uma revisão de concepções". (...) "Como exemplos do novo tipo de associação pode ser mencionada a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, com seu núcleo de defesa do direito alternativo, que pode ser questionado por algumas posições extremadas, como quando parece pretender que cada juiz faça o "seu direito" (...). De qualquer forma, merecem registro suas posições corajosas e seu esforço para conseguir que o Judiciário saia da acomodação (...). Essas iniciativas inovadoras abrem caminho para a valorização do Poder Judiciário. Sendo mais do que simples guardião e executor de meras formalidades legais, assegurando os direitos de todos e não os privilégios de alguns, ele será realmente útil na implantação e preservação de uma sociedade democrática". DALLARI, Dalmo de Abreu. 3ª ed. *O Poder dos Juízes.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58-59 e 83.

[368] Hermann Kantorowicz em 1906 publicou "A Luta pela Ciência do Direito", segundo a qual, nas palavras de Miguel Reale, o que deve prevalecer "é o direito justo, quer na falta de previsão legal (*praeter legem*) quer contra a própria lei (*contra legem*). (...) Segundo os adeptos do Direito Livre, o juiz é como que um legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete. (...) A Ciência do Direito contemporânea não se deixou seduzir pelo canto da sereia do Direito Livre, continuando, em linhas gerais, a preferir as

Nota-se que, comumente, são autores identificados com os assim chamados setores "progressistas"[370] que mais incentivam essa atitude audaciosa nos juízes, rotulando como conservadores, ou até covardes, os que não cedem ao afã de relativizar a lei com interpretações cada vez mais heterodoxas, e efetivamente incentivando, como sendo a atitude mais justa, um certo desapego à letra da lei, criticando, para isso, o positivismo tacanho.

É fácil a qualquer juiz se sentir envaidecido com exortações, como a de Fábio Konder Comparato, à busca do justo e do alinhamento à própria consciência, da mesma forma que seduzido com a possibilidade de ter mais poder. É até esperado, sobretudo nos mais jovens, que conclamados à coragem e imbuídos das melhores intenções, encampem um espírito de "cruzado" na luta pela Justiça. Ou pelo que entendem que é o justo. E aí temos o problema de onde se riscar o limite, à medida que se podem ter, só no Estado de São Paulo, mais de dois mil e quinhentos diferentes critérios individuais do que é o justo, julgando em desacordo com a lei e de acordo com suas consciências.

A independência funcional precisa ser defendida, por todos e pelos próprios juízes. Mas os juízes, ufanados com mais poder, não podem esticar essa independência funcional a limites, em verdade, antidemocráticos e que violam a separação de poderes, tudo sob a justificativa de se buscar a justiça, o bem, a equidade, em atitudes que geram a substituição da discricionariedade do Executivo (eleito pelo povo) e do Parlamento (eleito pelo povo) pela discricionariedade do magistrado e da sua consciência[371].

---

imperfeições de um Direito predeterminado ao risco de um Direito determinável, em cada caso, pelo juiz". REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 285-289.

[369] "(...) o apelidado Direito Alternativo não é mais do que uma quimera. Constitui, em verdade, um contra-senso. Fruto de uma lamentável confusão de ideias, a teoria dos "juízes orgânicos" é uma heresia". TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 364.

[370] "Quando penso nos meus tempos de estudante, lembro-me como os professores procuravam sempre fugir desse debate ético, tal como os juízes, que, ao julgarem contra a sua consciência, refugiam-se no fato de que são meros servidores da lei. O juiz diz que não é legislador e, portanto, decide injustamente e tem consciência dessa injustiça". COMPARATO, Fábio Konder. O Direito como parte da Ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, 2004, p. 6.

[371] "O princípio da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. (...) A discricionariedade judicial se distingue, nitidamente, das

Richard Pae Kim observa que, realmente, parece haver hoje a "necessidade de que alguns membros do Judiciário reavaliem os pressupostos que dão sustentação à separação das funções dos poderes instituídos a fim de que o equilíbrio previsto na Constituição Federal seja efetivamente respeitado".[372]

Há que se questionar se a defesa da independência funcional dos magistrados não é feita por alguns apenas como forma de instrumentalizá-la para o uso dos juízes na implementação de uma determinada visão ideológica. Essa defesa entusiasmada da liberdade de juízes julgarem *contra legem* (o que não é dito claramente) ou se utilizarem de interpretações extravagantes para extrair da lei o que nela não há[373], a fim de que se faça "justiça", pouco tem a ver, verdadeiramente, com a defesa da independência funcional dos juízes.

Esse incentivo a um suposto progressismo não protege a independência dos juízes no longo prazo. Ao contrário. A finalidade é o ativismo, a justificativa de independência é o meio apenas.

Há uma contradição em tanto se defender a democracia ao mesmo tempo em que se defende uma certa desconsideração das leis, ou sua relativização, leis estas feitas justamente pelos representantes eleitos pelo povo[374]. E quase sempre com argumentos que, no fundo, trazem com eles traços da visão de matriz

---

discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar". RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 307-308.

[372] KIM, Richard Pae. Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. In: _____; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 518.

[373] "A presença constante de normas-princípio nos textos constitucionais, normas essas dotadas de maior abrangência, porém de menor precisão (...), fizeram premente uma elaboração mais consistente em torno dos limites da função jurisdicional, cujo potencial criativo experimentou notável expansão". RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

[374] "Não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário. O ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência 'progressista' a proclamar a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas, quanto na resistência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista, no período do 'governo dos juízes'". RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316.

marxista, no sentido da interpretação da história como luta de classes[375], da infraestrutura econômica determinando a superestrutura, etc.

Exemplificando, trazemos algumas decisões que parecem flertar com toda essa situação cuja preocupação foi manifestada acima:

Recentemente uma magistrada do Pará, nos autos nº 0003023-49.2014.8.14.0049, rejeitou uma denúncia em um caso no qual houve flagrante do crime do art. 349-A do CP[376], sob o argumento de inexistência de potencialidade lesiva na tentativa de se adentrar estabelecimento prisional, no dia de visitas, com um telefone celular escondido na vagina[377].

No âmbito dos Tribunais Superiores, consideramos que uma decisão que desconsiderou uma escolha razoável e ao mesmo tempo clara do legislador foi a interpretação do STF quanto à vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista no §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, proferida inicialmente no HC nº 97.256/RS em 01.09.2010, de relatoria do Ministro Ayres Britto. A escolha legislativa era razoável, a mensagem que se extraia do texto, singelamente, era de que "caso alguém seja condenado por tráfico, ainda que primário e que não se engaje em atividades criminosas, terá que passar

---

375 "A lei que prevalece no Estado contemporâneo e de que falam hoje os teóricos do direito, quando se referem ao direito positivo, nada tem a ver com a natureza das coisas e é o produto, tão-somente, da vontade de indivíduos ou grupos sociais que predominam na sociedade". DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

376 "Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional".

377 Trecho da decisão: "Para Guilherme de Souza Nucci, trata-se de crime formal e de perigo abstrato, cuja objetividade jurídica é proteger a sociedade, que *"pode ser vítima da prática de outros delitos, caso exista comunicação dos presos com o mundo exterior".* Porém, a criminalização da conduta de quem ingressa, promove, intermedia, auxilia ou facilita *"a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional"* sem que o efetivo uso de tais equipamentos pelo preso, condenado ou provisório, seja crime, revela não a pretensão de tutelar um bem jurídico, mas a adoção de uma nova modalidade de delito, quer seja o crime de perigo imaginário, já que que tal conduta, por si só, não pode ser considerada potencialmente lesiva sem que nela interfira a crença fundamentalista do intérprete de que há uma classe de pessoas, chamada "bandidos", que não tem laços familiares, de amizade e tampouco afetividade, portanto deles somente o que se espera é que cometam delitos". Vide https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/noticias/265163765/celular-na-cavidade-vaginal-para-entrada-em-presidio-nao-e-crime-diz-juiza-ao-rejeitar-denuncia-oferecida-pelo-ministerio-publico, acesso em 25.05.2017.

algum tempo atrás das grades"[378]. A ideia inicial legislativa nitidamente era de atenuar um pouco a extensão da pena, mas não a de conceder tamanha leniência.

Mas há consequências, as quais se espraiam pelo sistema:

Há pouco tempo, a 3ª Câmara Criminal do TJRS manteve sentença absolutória do crime de porte ilegal de arma de fogo em favor de um réu condenado, nas mesmas circunstâncias, por tráfico de drogas, sob o entendimento de que a conduta de porte era atípica, visto que destinada à proteção pessoal do traficante. A despeito do recurso do Ministério Público, o acórdão manteve o entendimento da sentença de que não caberia a condenação por porte ilegal de arma de fogo em concurso com o crime de tráfico, em razão da previsão na Lei 11.343/2006 da majorante do art. 40, inciso IV[379]. Deixou-se de aplicar o art. 383 do CPP[380]. Na mesma decisão, apesar do crime ter ocorrido nas imediações de uma escola, se afastou a causa de aumento do art. 40, inciso III, sob o argumento de que a prisão em flagrante nas imediações da escola foi "meramente ocasional"[381].

---

[378] CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: KIM, Richard Pae; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 155.

[379] Independentemente da denúncia do Ministério Público ter pedido a condenação pelo crime de tráfico em concurso com o crime de porte de arma, sem, portanto, a majorante do art. 40, IV, da Lei 11.343/06, era perfeitamente possível a aplicação do art. 383 do CPP, tanto em primeira instância, quanto em segunda: "(...) pode o Tribunal, ao julgar um recurso do réu, aplicar pena mais grave, desde que o fato esteja devidamente descrito na denúncia ou queixa." Nesse sentido, vide HC 10.105-SP, Rel. Min. Edson Vidigal. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 812.

[380] "Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que em consequência tenha de aplicar pena mais grave".

[381] Trecho do voto: "(...) quanto à majorante do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, entendo não mereça ser mantida. Embora o local do fato seja próximo à Escola Estadual de Ensino Fundamental Espírito Santo, nada nos autos indicou que a prática do tráfico naquela área mantivesse alguma espécie de vinculação com a atividade educacional desenrolada no mesmo ambiente. Isto é, em que pese não se ignore os entendimentos no sentido de que se trata de majorante objetiva, não parece adequado majorar uma pena pela circunstância meramente *ocasional* de a prisão em flagrante ter ocorrido próxima a instituições de ensino. (...) Embora evidenciado que o réu portava a arma de fogo, as circunstâncias da apreensão não permitem a manutenção da condenação. Isso porque, conforme ficou claro no curso do processo, a arma destinava-se ao guarnecimento da atividade de traficância. (...) A consequência que decorre de a denúncia estar em desacordo com a previsão do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, é a absolvição do acusado pelo segundo fato delituoso descrito na denúncia, a saber, posse ilegal de arma de fogo de uso permitido" (TJRS, Apelação Criminal Processo nº 0460895-

O resultado foi a condenação do réu, preso em flagrante, armado e com mais de 90 pedras de "crack" praticando tráfico nas proximidades de uma escola, a uma pena de um ano e oito meses de reclusão em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade.

Argumentando com base no trauma de um réu, por já ter sido assaltado e baleado na vida, sentença proferida em Goiás, Comarca de Fazenda Nova, em 21.03.2017, absolveu o acusado dos crimes do art. 16, parágrafo único, inciso IV, e art. 14, caput, ambos da Lei nº 10.826/2003, por inexigibilidade de conduta diversa. Extrai-se da decisão, após se reconhecer que a arma tinha numeração suprimida e fora adquirida ilegalmente: "No entanto, é preciso se considerar três elementos: o estado mental do acusado, a insegurança pública e a burocracia escorchante do país quanto à aquisição de armas e seu respectivo porte".[382]

Fora da esfera penal, cabe lembrar que no início de 2016, um magistrado de São Paulo, corregedor da central de mandados das Varas da Fazenda Pública da Capital, determinou que o Secretário de Segurança Pública estivesse presente para o cumprimento de uma reintegração de posse e que a Polícia Militar não estivesse armada.[383]

95.2013.8.21.7000. Rel. Des. Diógenes Hassan Ribeiro, julg. 02.07.2015). Disponível em http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/informativos/INF_337_TJRS_70057362683.pdf, acesso em 25.05.2017.

[382] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/juiz-absolve-homem-detido-arma-ilegal.pdf, acesso em 25.05.2017.

[383] Foi concedida liminar em mandado de segurança contra a decisão. Segue trecho: "A decisão proferida pela Central de Mandados possui natureza administrativa com mero conteúdo executório, não podendo, em hipótese alguma, restringir ou condicionar decisão emanada de órgão jurisdicional, cujo conteúdo não estabeleceu condições, tal como a presença física e comando direto do titular da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo. Essa restrição não foi definida pelos órgãos jurisdicionais. Em outros termos, um setor administrativo não pode e nem deve impor balizas não previstas nas decisões de Primeiro e Segundo Graus. No presente caso, tanto o digno Magistrado Titular da 14ª Vara de Fazenda Pública, quanto este Relator não impuseram a limitação estabelecida. A exigência da presença física do Senhor Secretário de Segurança Pública extrapolou, em muito, o que fora anteriormente estabelecido. Ademais, nos moldes como proferida, a decisão administrativa resvala em ingerência em outro Poder do Estado, o que deve ser evitado. Assim, deve prevalecer a decisão jurisdicional da 14ª Vara de Fazenda Pública, devidamente confirmada por este Relator, ficando dispensada a presença do Senhor Secretário de Segurança Pública. Fica o comandante da operação, por óbvio, responsável pelo cumprimento da medida. Caberá exclusivamente a ele analisar a conveniência ou não do uso da força e dos recursos necessários, na proporção adequada para o cumprimento da liminar, tendo-se em vista, sempre, a preservação do patrimônio e a integridade física dos envolvidos, tais como policiais militares, alunos, transeuntes, dentre outros" (TJSP, MS 2091154-12.2016.8.26, 1ª Câmera de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, julg. 05.05.2016).

Em outro caso, ao derrubar liminarmente uma decisão que, também em sede liminar, havia impedido o aumento da velocidade nas marginais no início de 2017 pela Prefeitura Municipal de São Paulo, a Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva asseverou:

> (...) em consonância com os ensinamentos supramencionados, não é admissível que o controle jurisdicional do ato administrativo em questão ultrapasse a análise da legalidade do ato e passe a se prestar a analisar eventual eficácia da política pública em questão, antes mesmo de implantada, como é o caso em relação à suposta correlação entre a diminuição do número de mortes no trânsito paulista com a redução da velocidade das vias marginais. Isto porque não é papel do Poder Judiciário aferir acerca do mérito administrativo, nesta fase de implantação do programa Marginal Segura, mas tão somente analisar o ato em questão no que diz respeito à observância do que dispõe a Constituição Federal e legislação pertinente, notadamente a legalidade[384].

Richard Pae Kim cita como exemplo de decisão que desconsiderou a razoabilidade da escolha feita pelo legislador a decisão do STF de declarar inconstitucional a "vaquejada", proferida no julgamento da ADI nº 4983 em face de uma lei do estado do Ceará, e que acabou "por eliminar uma atividade esportiva já regulamentada e reconhecida pelos historiadores como uma prática cultural enraizada na vida do nordestino, e de astronômica importância econômica", sem que houvesse o devido debate no Congresso[385].

São apenas alguns exemplos de formas de decidir que, mais que simplesmente controversas, parecem trazer nelas excessiva dose de subjetivismo, revelando falta daquele esforço em se libertar das próprias idiossincrasias em busca de decisões mais imparciais.

Ives Gandra Martins, em artigo no qual comenta justamente as maneiras de se fortalecer o Judiciário, e não por acaso intitulado "Por um Judiciário mais

---

Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/juiz-extrapolou-poderes-obrigar-ida.pdf, acesso em 25.05.2017.

[384] TJSP, Agravo de Instrumento, Processo 2006999-42.2017.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, julg. 24.01.2017. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/velocidade-marginais.pdf, acesso em 26.05.2017.

[385] KIM, Richard Pae. Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. In: _____; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 518.

forte", comenta que os juízes não foram eleitos pelo povo e, portanto, devem ter cuidado ao se tornarem "ouvidores" da vontade popular, visto que não "têm qualificação política, mas exclusivamente técnica, não podendo auscultar os desejos da comunidade como os representantes".

Ele defende, assim, que seja inserida na Constituição uma menção expressa de ser o Judiciário um poder técnico, não político, "não lhe cabendo nunca ser legislador positivo, substituir o Parlamento". Como exemplos do que entende como ativismo judicial a ser evitado, cita a criação pelo STF de uma terceira hipótese "não punível de tirar a vida do feto no ventre materno, ao adotar o aborto eugênico (anencefalia)" e o caso da "união de pares do mesmo sexo, como hipótese acrescida ao artigo 226, §§1º a 5º" da CF/88[386].

À medida que o ativismo vai se tornando normal no exercício da judicatura - e muitos exemplos vêm de cima, dos tribunais superiores –, isso acaba turvando o senso de dever de alguns magistrados[387]. A normalização da ideia de que se pode ir um pouco além do limite do poder, ainda que para "fazer o bem", é perigosa. E essa normalização da extensão da amplitude de possibilidades interpretativas, valendo-se por vezes tão somente de princípios abertos, e abarcando as mais extravagantes possíveis, é ótima para os que porventura, grande minoria, atuem de má-fé, de forma deliberada e premeditadamente parcial. As apurações desses desvios pelas corregedorias tornam-se mais difíceis, pois eles se destacam menos quando os balizamentos do que é aceitável e do que é esdrúxulo já estão misturados e a alegação de independência funcional pode ser invocada como uma panaceia para tudo justificar.

O aumento da pressão social que se verifica no direcionamento dos magistrados a serem mais proativos e se colocarem com mais humildade no trato

[386] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Por um Judiciário mais forte. In: LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Juiz Constitucional – Estado e Poder no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 260-261.

[387] Esse senso do dever também inclui a noção de que os holofotes, a fama, não fazem parte da natureza do magistrado. O juiz que pega gosto por aparecer, pega desgosto de desagradar a mídia. Não quer só aparecer, quer ser também elogiado. E pode tornar-se presa fácil não só da tentação de julgar os crimes com a força condenatória desproporcional que por vezes a imprensa sensacionalista pede, tão criticada pela maioria da doutrina penal (vide capítulo 2), mas também de atender todo o tipo de anseio politicamente correto.

com partes e com as comunidades nas quais atuam - cientes de que por trás dos debates técnicos dos processos há pessoas de carne e osso -, inclusive tornando-se mais acessíveis até no linguajar, menos bacharelesco, é muito salutar[388], mas tem, como sói acontecer, todo esse outro lado que é negativo.

Juízes não devem ser casmurros ou temidos. Mas é preciso que o amor a qualquer vento moderno ou a preocupação excessiva em ser sempre vanguardista, a qualquer custo, não representem, na ânsia de se passar uma imagem simpática ao grande público, a rejeição da prudência e a rejeição a tradições e liturgias do cargo, cujas razões, muitas vezes invisíveis na superfície, têm importante relação com a respeitabilidade e a independência.

Mesmo que indiretamente, alguns estímulos exagerados podem contribuir para a fácil influenciabilidade de quem sempre necessita aderir de pronto ao suposto espírito do tempo[389]. A trama entre justiça e respeito às tradições se encontra traduzida nas palavras de Rui Barbosa, em placa afixada na entrada do Largo de São Francisco: "Debaixo destes tetos duas evidências há que nos consolam, e chegam a desconvencer-nos da morte: a continuidade da tradição e a continuidade da justiça".

Não se advoga aqui um retorno ao positivismo clássico ou dependente de juízes autômatos que interpretem a lei pela sua expressão gramatical literal

---

[388] Quer se acreditar que o uso das famosas "carteiradas" vai se tornando fenômeno cada vez mais raro, assim como posturas que revelam arrogância, distanciamento ou falta de percepção da realidade social do entorno. Tanto que, quando algum episódio do tipo ocorre, ganha grande repercussão, como no caso em que um juiz deixou de realizar uma audiência porque uma das partes, um lavrador, compareceu de chinelos (porque considerou velho o único par de sapatos que possuía). O próprio magistrado, um mês depois, lucidamente reconheceu ter agido com excesso, o que pouco suavizou a repercussão negativa Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u309248.shtml, acesso em 15.07.2017.

[389] "Duas tradições engendraram dois amores. Esses amores, como diz a célebre passagem agostiniana, fundaram duas cidades, irredutivelmente antinômicas. Antiquíssimas e quase simultâneas no tempo, essas duas tradições primordiais seguem ainda agora a contrapor seus legados, seus amores, suas cidades. A trajetória humana – a biografia de cada homem e a história de cada povo – é irresistivelmente plasmada por esse conflito. Uma dessas tradições é, por antonomásia, a tradição; a outra, por adversar-lhe, a revolução; aquela, está chamada a observar a *ordo creatoris*, ordem amorável – *ordo amoris* – e, sendo objetiva e cognoscível dos homens em certa medida, intima-lhes as leis de sua natureza, *leges naturale*. (...) Selo misterioso de todas as instâncias da vida humana, o conflito entre essas tradições permanece, *está de novo*, em nossos tempos de pós-modernidade". DIP, Ricardo Henri Marques. *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. Campinas: Millenium, 2001, p. XI-XII.

simples, nem também a adoção acrítica da vontade popular como parâmetro único e absoluto. Há um equilíbrio a ser encontrado, uma ponderação a ser prudentemente feita.

Nelson Hungria, citado no início deste item criticando o positivismo dogmático, pondera, logo na sequência daquela crítica, que não pode o juiz "fazer *tabula rasa* da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, devia ordenar"[390]. Uma boa conclusão talvez seja que:

> Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo. Já no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto da exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado[391].

Richard Pae Kim sugere como parâmetro interpretativo o respeito, sempre que possível, ao aforismo "in dubio pro legislatore" e sem a desconsideração dos elementos tradicionais de interpretação como os de ordem gramatical, histórica, sistemática e teleológica[392].

Alexandre da Cunha Filho propõe também que, na dúvida, deve prevalecer o texto legal. Acrescenta que, além disso, o aplicador tem o "ônus argumentativo de enfrentar suficientemente as razões dadas pelo legislador" quando for deixar de aplicar, não podendo simplesmente lançar mão de "princípios vagos".[393]

---

[390] HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Vol. I, Tomo I.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.88.
[391] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.
[392] KIM, Richard Pae. Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. In: _____; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 518.
[393] CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: KIM, Richard Pae; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 152.

É muito valiosa a lição de Sócrates, citado por Miguel Reale, de que "é preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os maus não aprendam a desrespeitar as leis boas".[394]

Em suma, a solução para o problema posto no início deste item 2.7 não depende, ao que se vê, de mais sigilo processual.

CAPÍTULO 3 - A publicidade na apuração de crimes envolvendo agentes públicos como corolário da democracia e como instrumento de combate à corrupção política.

3.1. Corrupção: um dos mais prementes problemas nacionais.

3.1.1. *Conceito de corrupção, características fundamentais e práticas correlatas*.

Corrupção, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, vem do ato ou efeito de corromper, decompor, perverter, adulterar, depravar, subornar[395]. A corrupção moral, como perversão das virtudes, está na essência do pecado original da tradição judaico-cristã[396]. A corrupção como decomposição de um estado de virtude ou saúde para um estado de vício ou doença, no ser humano e nas formas de governo, também foi tratada por Aristóteles[397]. Esses, portanto, alguns dos antecedentes do termo que hoje designa a famigerada corrupção em matéria política e suas consequências, da corrupção como suborno direto ou indireto, velado ou materializado em outros interesses que não diretamente o dinheiro, temas fundamentais deste capítulo.

---

[394] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
[395] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 390.
[396] BARROS JUNIOR, Mario. *A fantástica corrupção no Brasil*. São Paulo: Edição do autor, 1982, p. 19.
[397] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 27-28.

Sem prejuízo de outros crimes nos quais o sujeito passivo primordial seja o Estado ou a Sociedade, é no Título XI da Parte Especial do Código Penal, "Dos Crimes Contra a Administração Pública" que se encontram, ressalvados uns poucos tipos penais[398], os delitos que a população identifica como relacionados à "corrupção".

Os termos "corrupção" e "corrupto" são usados de forma elástica, diariamente, inclusive por meios de comunicação, para designar, grosso modo, delitos que de alguma forma lesam o erário e envolvem algum servidor público ou agente político. Indissociável desses crimes é o juízo de valor quanto à desonestidade do sujeito ativo. A percepção geral, ao contrário do que pode eventualmente acontecer em outros crimes, não é a de que o agente é destemperado, violento, cruel ou irresponsável, mas de que é mesmo desonesto.

É claro que essa percepção do que configura exatamente um ato desonesto é em si mutável, varia de época para época, de sociedade para sociedade e, dentro dela, varia dentro de seus grupos, de forma que o que é considerado corrupção hoje pode não ter sido há séculos, ou ainda que fosse, poderia ser menos grave[399]. Glauco Costa Leite exemplifica a diferença sutil que pode haver entre o momento antecedente ou posterior em que se paga uma gorjeta a um garçom. Depois do serviço prestado, o pagamento é agradecimento. Antes da prestação se iniciar, pode parecer tentativa de levar vantagem no atendimento em relação aos demais clientes do estabelecimento, ou em relação ao próprio estabelecimento.[400]

De qualquer maneira, rejeitamos as perspectivas que enxergam na corrupção, de maneira deturpada, um meio inevitável de se obter governabilidade, de superar limitações do setor público e a insuficiência dos serviços ou uma consequência das "regras do jogo" que os particulares são obrigados a jogar[401].

---

[398] Crimes, por exemplo, de resistência, desobediência, desacato, exercício arbitrário das próprias razões.

[399] FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 86.

[400] LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 11.

[401] "A percepção exata do problema também é influenciada por uma crença distorcida e generalizada de que a corrupção é algo que possa ser justificado como mais uma regra implícita

Dentro da convicção de que os fins não podem justificar os meios, a corrução é inaceitável mesmo quando o objetivo final de sua prática é nobre. Glauco Costa Leite cita o exemplo da famosa compra de votos no parlamento por Abraham Lincoln para acabar com a escravidão nos EUA, sem dúvida um fim muito nobre. Entretanto, embora seja hoje fácil, em retrospecto, julgar o quão nobre era a causa, a valer a lógica outras situações haverão em que essa linha divisória será muito mais tênue. E perigosa. Valendo a lógica, imagine-se um outro Presidente que, julgando que um determinado projeto de lei qualquer é também fundamental, importante, nobre e vai ajudar as pessoas, resolva também comprar votos do legislativo[402]. Ou um partido político qualquer que, crendo que só o seu grupo pode fazer o bem para o povo, delibere que, para isso, para o bem do povo, deve ficar muito tempo no poder, chegando para isso a ter membros que, sinceramente, não praticarão corrupção para enriquecimento próprio, orgulhando-se disso, ao mesmo tempo em que a praticarão para o bem do partido, isto é, do povo (na concepção deles). Não é uma lógica, portanto, que pode ser replicada. Os fins não devem justificar os meios.

Aliás, sob o ponto de vista de quem pratica e de para que pratica a corrupção, ela pode ser dividida, conforme Pierre-Antoine Lorenzi, em "pessoal", na qual a ação normalmente é fortuita e o benefício é individual, para os próprios corruptos envolvidos; em corrupção "de clã", na qual o beneficiário é o grupo (o partido, por exemplo) e o caráter fortuito é diminuído, visto haver nos integrantes a consciência da necessidade de ajudar o "clã"; e em corrupção "identidade", ou *identitaire*, na qual o caráter fortuito se esvai e ela cria um "clima geral de negociatas", em que os valores do serviço público se perdem completamente.[403]

Para os fins deste trabalho, podemos tomar a corrupção pela fórmula consensual da literatura especializada nos apresentada por Guilherme Cunha Werner como sendo "a improbidade ou decadência do processo de decisão

---

do jogo econômico (...), algo que por falta de opção seja determinante de uma conduta objetivando algum benefício específico (...), trata-se de uma percepção completamente equivocada do tema". WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 27.

[402] LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 25.

[403] LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.18.

política onde quem deve decidir se desvia dos critérios legais em troca de determinada vantagem ilícita, o uso do poder público para alcançar objetivos privados".[404]

Além dos delitos dos artigos 317 e 333 do CP, respectivamente corrupção passiva e ativa, inserem-se nesse contexto amplo os crimes[405] de peculato; de concussão; de prevaricação; condescendência criminosa; advocacia administrativa; tráfico de influência; impedimento, perturbação ou fraude de concorrência; sonegação de contribuição previdenciária; exploração de prestígio, entre vários outros.

O delito de lavagem de dinheiro[406] é consequente, à medida que visa a dar aparência de legalidade aos recursos obtidos ilicitamente. Os crimes de associação criminosa e organização criminosa[407] podem ser antecedentes ou concomitantes, pois visam a viabilizar as demais práticas. São crimes que mantém íntima relação com a corrupção, embora possam estar conectados a outros delitos não *necessariamente* ligados a ela, como o tráfico de drogas, crime no qual, aliás, se encontra a origem das tipificações da lavagem de dinheiro no mundo, a qual possui seu marco inicial, justamente, na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988.

Quanto a suas causas e soluções, é possível analisar a corrupção sob três ângulos fundamentais, ou dimensões como define Werner, a sociocultural, a político-econômica e a neoinstitucional.

---

[404] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 29.

[405] Respectivamente artigos 312, 316, 319, 320, 321, 332, 335, 337-A do CP.

[406] Artigo 1º da Lei 9.613/1998. "Trata-se, nas palavras de Jean Larguier e Philippe Conte, de uma *infração de consequência*, e não de um comportamento anterior ou contemporâneo ao ato principal ou a essa tentativa". DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 173.

[407] Respectivamente artigo 288 do CP e artigo 2º da Lei 12.850/2013.

A dimensão sociocultural ilumina a importância das tradições e valores internalizados no povo. Ela explica a maior ou menor suscetibilidade dos indivíduos praticarem atos de corrupção de acordo com os padrões éticos, cultura e tradições cívicas vigentes, bem como o custo moral imposto pela sociedade aos desviantes[408].

A político-econômica enfatiza a tomada de decisão do corrupto como escolha racional, lógica, baseada na análise da possibilidade de ganho decorrente da atividade ilícita em oposição à possibilidade de ser levado à justiça e condenado a uma pena relevante[409]. Encontra respaldo em Gary Becker[410] e Susan Rose-Ackerman[411], entre outros. Baseando-se nas equações oferecidas por Robert Klitgaard, Donatella Della Porta e Alberto Vannucci, propõe Werner a seguinte correlação: C = (M + D) – (T + A), onde C representa o nível de corrupção, M representa o grau de posição monopolista do agente político como único formulador da decisão, D o poder discricionário do agente político na escolha das alocações de recursos públicos, T o grau de transparência das instituições e A representa a possibilidade de controle e responsabilização dos funcionários públicos[412]. Na dimensão político-econômica, avulta o problema da impunidade, visto que ela exerce um peso fundamental na escolha racional de custo benefício do corrupto.

A abordagem neoinstitucional une aspectos das duas outras dimensões e acrescenta a consideração dos fatores estruturais que possibilitam a criação de

---

[408] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 30.

[409] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 33.

[410] BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy,* Vol. 76, 1968.

[411] ROSE-ACKERMAN, Susan. The political economy of corruption. In: ELLIOT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy*. Washington, DC: Institute for international economics, 1996, pp. 31-60, disponível em https://vdocuments.site/a-economia-politica-da-corrupcao.html, acesso em 13.11.2018.

[412] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 34.

redes difusas e fluídas para a corrupção, com características mais impessoais, que culminam na corrupção sistêmica. Esta pressupõe interdependência entre agentes públicos e agentes privados, uma interdependência que pode ser intermediada a fim de se diminuir riscos. Esse estágio sistêmico da corrupção apresenta como características a possiblidade de a iniciativa ser do agente público ou do privado, a ausência de hierarquia entre eles, maleabilidade do arranjo, possibilidade de diferimento das prestações, mas tudo, entretanto, dentro de um pacto, de uma relação de amarras recíprocas na qual cada parte tem expectativas em face da outra.[413]

Quanto mais institucionalizada a corrupção, mais fácil para os corruptores identificarem e se aproximarem dos corruptos, cenário no qual a colheita de provas contra os criminosos também se torna mais difícil.[414]

A corrupção sistêmica aos poucos invade e decompõe as estruturas do Estado, o que eventualmente deteriora a forma de governo para a chamada cleptocracia. É a captura do Estado pela corrupção. Nela a "atividade criminosa e a atividade oficial estão amalgamadas" e os "agentes corruptos agem em nome do Estado para fins escusos", embora o façam de forma não explícita, mas com aparência de atuação legítima[415]. Na corrupção sistêmica estão presentes e atuam em conjunto, além do suborno puro e simples, quatro práticas políticas que são utilizadas como instrumentos da corrupção, o clientelismo, a patronagem, o particularismo e o assistencialismo.

O clientelismo distribui seletivamente os benefícios, empréstimos, facilidades e determinados recursos públicos a pessoas ou grupos determinados em troca de apoio político ou em retribuição. Detecta-se clientelismo, por exemplo, na forma como os recursos do BNDES foram distribuídos nos últimos

[413] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 35-38.
[414] LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 19.
[415] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 52.

anos para o Grupo X, de Eike Batista, e para o Grupo JBS[416]. O mesmo se diga quanto a casos de distribuição de recursos a "amigos do rei" por meio da Lei Rouanet para projetos que não deveriam ter recebido o dinheiro dos contribuintes, seja pela insignificância em termos culturais, seja pela capacidade do captador obter o investimento na iniciativa privada.

A patronagem ocorre com a distribuição de cargos e empregos públicos, na maioria das vezes gerando um aumento da estrutura estatal, com seu consequente aparelhamento. Os cargos oferecidos na maioria das vezes são comissionados. O grupo político responsável pela distribuição passa a ter controle ideológico da instituição aparelhada. Novos eleitores acabam também sendo atraídos e fidelizados[417].

O particularismo "obriga a retribuição por parte do escolhido da benesse recebida, criando um dever de contribuir para a manutenção do sistema político" Muito utilizado nas concessões, licenças de uso. É a inversão da meritocracia na escolha pública.[418]

O assistencialismo é uma ferramenta populista e "consiste no uso de políticas públicas de caráter redistributivo de forma parcial" para a compra do eleitorado[419]. É o desvio de função de políticas de outra forma necessárias.

Assim é que, confluindo todos esses fatores, instaura-se a cleptocracia e "a ideologia política cede passo à homogeneização de agendas"[420] como forma

[416] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 43.
[417] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 44.
[418] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 46.
[419] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 46.

de todos os interesses escusos serem atendidos, com o decaimento da democracia, mantida apenas sob seus aspectos formais, e a total subversão da ideia de ser ela o governo do povo, pelo povo, para o povo:

> É possível observar que o Estado corrompido lança mão dos instrumentos legítimos da política pública em uma lógica deturpada onde os mais ricos recebem as benesses do clientelismo, aos mais pobres o resgate do assistencialismo, e aos amigos o afago do particularismo, e finalmente para os reticentes a esperança da patronagem (...).[421]

A cleptocracia instaura um quadro de tirania, de governo ilegítimo. John Locke já advertia, no século XVII, que quando alguém faz uso do poder para sua vantagem pessoal e não para o bem daqueles em nome dos quais ele o exerce; quando um governante, mesmo autorizado, governa segundo sua vontade, e não segundo as leis, e suas ações não são dirigidas à preservação das propriedades do povo, mas à satisfação de sua própria ambição, o que se tem é a tirania. E Locke lembra, afastando-nos da ideia convencional que associa a tirania apenas a reis absolutistas ou imperadores da antiguidade, que é um erro acreditar que esse vício, essa usurpação do poder que emana do povo, é exclusivo das monarquias. Outras formas de governo podem estar propensas também[422]. Inclusive a democracia.

É situação que a sociedade brasileira não se mostra mais disposta a suportar, aumentando que vem a consciência do atraso que a corrução gera para a nação. E independentemente dessa crescente intolerância da população para com a corrupção, aspecto esse subjetivo, inegáveis são os dados objetivos que indicam de forma irrefutável os prejuízos acarretados pela corrupção, os quais se

---

[420] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 47-60.

[421] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 47.

[422] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.* Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, pp. 206-207.

verificam tanto em termos de riqueza absoluta para o país quanto em distribuição de renda. Não se trata, é verdade, de problema exclusivamente brasileiro. Nem novo.

3.1.2. *Dimensão histórica mundial, prejuízos e percepção social.*

A corrupção, ainda que não sistêmica, sempre existiu. Esteve presente em todos os grupos, todas as nações, por todos os séculos. Deparamo-nos com o vício nas tradições de todos os povos e todas as religiões.[423] Na Bíblia, por exemplo, se encontram repreensões à corrupção e ao suborno no Êxodo[424], no Deuteronômio[425], nos Provérbios[426], em Isaías[427], em Miquéias[428], em Lucas[429], entre outras passagens.

Práticas de corrupção possuem relatos na China e Egito antigos.[430] Na Grécia, séculos mais tarde, em sua oração fúnebre aos mortos da Guerra do Peloponeso, Péricles, ao exaltar a democracia ateniense, ataca os corruptos e lembra o quanto todos os cidadãos são juízes e vigias das questões públicas, bem como que o solene e estrito respeito às leis deve permear a todas as ações políticas[431]. Naquela época, já se puniam entre os gregos os crimes de peculato,

---

[423] BARROS JUNIOR, Mario. *A fantástica corrupção no Brasil*. São Paulo: Edição do autor, 1982, p. 19.
[424] "Também suborno não aceitarás, porque o suborno cega até o perspicaz e perverte as palavras dos justos". Êxodo, 23:8.
[425] "Não torcerás a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno; porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos". Deuteronômio, 16:19.
[426] "O perverso aceita suborno secretamente, para perverter as veredas da justiça". Provérbios, 17:23.
[427] "Os teus príncipes são rebeldes e companheiros de ladrões; cada um deles ama o suborno e corre atrás de recompensas. Não defendem o direito do órfão, e não chega perante eles a causa das viúvas". Isaías, 1:23.
[428] "As suas mãos estão sobre o mal e o fazem diligentemente; o príncipe exige condenação, o juiz aceita suborno, o grande fala dos maus desejos de sua alma, e, assim, todos eles juntamente urdem a trama". Miquéias, 7:3.
[429] "Foram também publicanos para serem batizados e perguntaram-lhe: Mestre, que havemos de fazer? Respondeu-lhes: Não cobreis mais do que o estipulado. Também soldados lhe perguntaram: E nós, que faremos? E ele lhes disse: A ninguém maltrateis, não deis denúncia falsa e contentai-vos com o vosso soldo". Lucas, 3:12-13.
[430] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 29.
[431] Péricles não escrevia seus discursos, de forma que o texto que chegou aos nossos dias deriva da lembrança do historiador Tucídides registrada em sua *História da Guerra do Peloponeso*,

corrupção e abuso de autoridade, todos rigorosamente, até com a pena de morte dependendo do caso.[432]

Em Roma as eleições para os principais cargos eram caríssimas e era comum que os eleitos depois recuperassem, ilicitamente, os desembolsos da campanha[433]. No primeiro ano de mandato, dizia Cícero, locupletava-se para saldar as dívidas de campanha, no segundo para enriquecer, no terceiro para subornar os tribunais e safar-se das acusações. O renomado orador e político fez do combate à corrupção, grassante nos estertores da república romana, tema frequente dos eloquentes discursos que contribuíram para sua fama. Coincidência ou não, o patrício Lúcio Sérgio Catilina estava falido, após seguidas campanhas mal sucedidas ao cargo de cônsul, quando teve sua conspiração denunciada ao senado nas célebres "catilinárias", até hoje lembradas[434].

Na China do imperador Tai Zhong, século XII d.C., a corrupção era problema que o incomodava a ponto de ter criado um dos primeiros sistemas de transparência governamental de que se tem notícia, consistente num grupo de oficiais qualificados que tinha a incumbência de registrar as correspondências oficiais e fazer críticas à atuação governamental e do próprio imperador, da mesma forma que assessorava pessoas do povo a exporem suas queixas.[435]

Alguns séculos adiante e a malversação do dinheiro público mantinha-se presente e escancarada na Toscana renascentista. Tanto que em sua comédia Dante imagina os corruptos sofrendo eternamente mergulhados em betume fervente no oitavo dos nove círculos do inferno. Na percepção do poeta a cidade de Lucca era especialmente repleta desse tipo de pecador, a ponto dos demônios comentarem, entre espetadas nos que tentavam escapar, o quanto em tal urbe,

---

conflito militar do qual foi testemunha e participante. VOEGELIN, Eric. *Ordem e história. Vol. II.* Trad. Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 449.

[432] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 29.

[433] BEARD, Mary. *SPQR: uma história da Roma antiga*. Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: Planeta, 2017, pp. 29-30.

[434] *"Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?"*

[435] ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015, p. 6.

pela propina, "do não se fazia sim"[436]. Mais fundo, no segundo giro do nono e último círculo, Dante encontra o local apropriado para os traidores de suas pátrias.

Shakespeare, na Inglaterra quase trezentos anos depois, também não deixou de expor em suas peças a inerente fraqueza humana pelo vil metal e suas incríveis capacidades de convencimento:

> "Que vejo? Ouro faiscante, ouro amarelo, o precioso metal. (...) Só com isto eu deixaria o negro, branco; o repelente, belo; o injusto, justo; o baixo, com nobreza; o novo, velho, e o corajoso, o pulha. (...) Este escravo amarelo os sacrossantos votos anula e quebra, lança a benção nos malditos, amável deixa a lepra, dá estado aos ladrões e lhes concede títulos e homenagens lado a lado dos senadores, faz que novamente se case a viúva idosa" [437].

Assim, tal como uma Hidra da mitologia grega, monstro com várias cabeças que ao serem cortadas davam lugar a mais duas, a corrupção prosseguiu ao longo dos tempos e no século XX era vicissitude que afetava, como ainda hoje afeta no século XXI, a rigorosamente todos os países, encontrando-se escândalos da Rússia ao Japão na Ásia, dos EUA ao México na América do Norte, da Polônia à França na Europa[438], da Namíbia à Líbia na África, e mesmo na Austrália ou Nova Zelândia na Oceania. Em países ricos e em países pobres, em novos ou antigos, em culturas cristãs ou não. Em maior ou menor medida.

No Brasil recente – sem sequer considerarmos, portanto, as negociatas da República Velha e da era Vargas, as acusações quanto a Adhemar de Barros[439] ou as suspeitas quanto aos desvios na construção de Brasília -, Mario Barros Junior cita mais de cem casos de corrupção que, só entre 1970 e o início da década seguinte, ganharam as manchetes dos principais veículos impressos

---

[436] Inferno, Canto XXI. ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia.* Trad. Cristiano Martins. 8ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 2006, p. 227.
[437] SHAKESPEARE, William. *Timão em Atenas.* Ato IV, Cena III. Disponível na íntegra em https://shakespearebrasileiro.org/pecas/timon-of-athens/, acesso em 12.11.2018.
[438] BARROS JUNIOR, Mario. *A fantástica corrupção no Brasil*. São Paulo: Edição do autor, 1982, pp. 23-50.
[439] Suposto pioneiro do slogan folclórico e não assumido "rouba, mas faz", décadas depois adotado por parte do eleitorado de Paulo Maluf.

envolvendo Incra, Sudam, Sudene, universidades, Detran, Fepasa, bancos públicos, prefeituras, governos estaduais, governo federal[440].

E tudo isso bem antes de PC Farias e Fernando Collor de Mello, dos "anões do orçamento", do "Frangogate" durante o mandato do prefeito Celso Pitta, das suspeitas de compra de votos de parlamentares para a aprovação da "emenda da reeleição" em 1997, da "Máfia dos Fiscais" da capital paulista, do prédio do TRT do juiz Nicolau dos Santos Neto, do caso do Banestado, do caso do Banco Marka de Salvatore Cacciola, dos desvios na prefeitura de Santo André e da morte de Celso Daniel em 2002, do escândalo dos "sanguessugas" em 2006, do "Mensalinho" em Minas Gerais, do "Mensalão", da operação "Satiagraha", da "Castelo de Areia", da "Lava Jato", e de tantos outros casos menores Brasil afora[441].

No mundo, as estimativas mais conservadoras dão conta de que corrupção causa perdas anuais diretas estimadas entre 1.5 e 2 trilhões de dólares, ou o equivalente a 2% de toda a riqueza gerada de acordo com o FMI[442]. Perdas diretas. No Brasil, estudo da FIESP de 2010 estimou que o custo poderia ser de até 2,3% do PIB todo ano, o que em 2018 representaria mais de 150 bilhões de reais[443]. Há estimativas que vão além. Segundo a ONU, o Banco Mundial e o Fórum Econômico Mundial a corrupção custaria ao mundo 5% do PIB, o que no caso brasileiro atualmente representaria mais de 300 bilhões anuais[444]. O valor pode ser ainda maior, visto que esses 5% de perdas no PIB do planeta são estimados sem a ponderação de diferenças nos níveis de corrupção entre os países, sendo certo que em países mais desenvolvidos esses níveis são

---

[440] BARROS JUNIOR, Mario. *A fantástica corrupção no Brasil*. São Paulo: Edição do autor, 1982, pp. 52-187.

[441] De 1987 até 2014 houve pelo menos 65 grandes escândalos, bem documentados pela imprensa no Brasil, o que não inclui as centenas de casos menores de corrupção em pequenas cidades. RIBEIRO, Haroldo V. et al. The dynamical structure of political corruption networks. *Journal of Complex Networks*, Oxford, p. 1-15, jan. 2018.

[442] Disponível em http://www.reuters.com/article/us-imf-corruption-idUSKCN0Y22B7, acesso dia 17.07.2017.

[443] Disponível em http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/, acesso em 13.11.2018.

[444] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 41.

menores, conforme indicam os índices dos institutos internacionais de transparência.

Pense-se no que se poderia fazer com esse dinheiro. O problema, contudo, evidentemente é bem mais complexo do que um raciocínio matemático poderia indicar para a alocação desses valores, pois não existe terrorismo, tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, sem subornos[445]. Além disso, há uma série de prejuízos humanos - principalmente para as populações mais pobres - e financeiros que a corrupção gera em cascata. Prejuízos indiretos. Ela é um "serial killer que mata em silêncio", diz Deltan Dallagnol, pois "se disfarça de buracos em estradas, falta de medicamentos, crimes de rua, miséria"[446]. Nessa senda, Janaina Paschoal observa que não há como não se reconhecer "que a corrupção está diretamente relacionada aos prédios que desabam, aos estabelecimentos que queimam, às instituições que funcionam sem equipe técnica adequada"[447]. Há uma correlação inversa e direta, segundo a ONU, entre corrupção e o Índice de Desenvolvimento Humano de cada país[448].

A corrupção é contribuinte da inflação monetária, visto que o valor dos subornos exigidos aos empresários gera pressão inflacionária decorrente do repasse nos preços, o que é agravado ainda pelo aumento dos tributos pelo Estado como forma de repor as perdas causadas pelos superfaturamentos[449]. Nesse sentido, considerando-se os valores anuais exclusivamente nominais perdidos com a corrupção no Brasil, estima-se que uma carga de quase 10% poderia ser aliviada da tributação embutida em produtos e serviços[450]. Em suma, do ponto de vista econômico a corrupção reduz o incentivo ao investimento produtivo, provoca queda nas receitas do governo, gera ineficiência na

---

[445] Disponível em http://foreignpolicy.com/2016/12/01/global-bribery-corruption-scandal-worldwide-index-infographic/, acesso em 17.07.2017.
[446] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 40.
[447] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Corrupção mata.* Folha de São Paulo, p. 3, 26.12.2013.
[448] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 43.
[449] NAHAT, Ricardo. *Anatomia da corrupção*. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1991, p. 88.
[450] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 43.

administração pública, distorce a composição dos gastos públicos, prejudica a livre concorrência e pune as melhores empresas.[451]

A corrupção no mundo segue crescendo, apesar dos esforços em contrário. Pesquisa da organização *Trace International* de análise de corrução apontou que ela aumentou entre 2014 e 2016 em 60% dos 199 países pesquisados[452].

O Brasil se encontrava na 79ª posição no ranking de 2016 de percepção da corrupção da organização *Transparência Internacional,* que pesquisa 176 países. Estava ao lado de Bielorrússia, Índia e China. Atrás de países como Turquia, Grécia, Bulgária, Kuwait, Gana, África do Sul, Senegal, Romênia, Namíbia, Ruanda, Costa Rica, Botswana, Qatar, Chile, Uruguai. À frente de Espanha – único país desenvolvido abaixo do Brasil -, Bósnia, Zâmbia, El Salvador, Nigéria, Líbia, Síria, Gabão, Costa do Marfim, Somália. No ranking de 2017 nossa posição piorou, caiu para o 96º lugar, não mais à frente da Espanha e imediatamente atrás de Timor-Leste, Sri Lanka, Guiana, Bósnia, Albânia, Suazilândia, Ilhas Salomão, Kuwait, Kosovo, Benin, Argentina, Turquia. Ao lado de Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia e Zâmbia. À frente de Bahrein, Costa do Marfim, Mongólia, Tanzânia, Armênia, Etiopia[453].

A lista de 2016 da *Trace International* colocava o Brasil em posição ainda mais baixa que a da *Transparência Internacional*. Dos 199 países analisados, o Brasil estava na 167ª posição. Em 2017, notadamente por conta de desdobramentos da operação Lava-jato, subimos para a 129ª posição, ainda atrás, no ranking da *Trace*, de Zâmbia, Benin, Mali, Lesoto, México, Nigéria, Guatemala, Marrocos, Mauritânia, Bósnia, Servia, El Salvador, Uruguai. Um pouco à frente de Argentina, Paraguai, Honduras, Bielorrússia, Suriname, Rússia, mas não melhor colocado que qualquer país desenvolvido.

---

[451] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 44.
[452] Disponível em https://www.traceinternational.org/trace-matrix, acesso em 12.11.2018.
[453] Vide https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table, acesso em 12.11.2018.

É justo que se pondere que esses rankings internacionais de corrupção não aferem exatamente a corrupção real de cada país. Fosse isso possível, as cifras seriam certamente bem maiores. Chama a atenção também que a posição brasileira melhorou no ranking da *Trace* ao mesmo tempo em que piorou no ranking da *Transparência*. Tais rankings medem, em grande medida, a percepção quanto à corrupção, a qual logicamente é influenciada pelas notícias (o ranking da *Trace International* tenta ajustar esse viés incluindo vários outros parâmetros como transparência governamental, capacidade de observação da sociedade, nível de intervenção estatal e aplicação efetiva das leis). Um país com menos notícias sobre corrupção, ainda que dominado por ela, poderá apresentar uma população com menos percepção acerca do problema, e consequentemente menos indignação, que um país que, embora menos corrupto, tenha uma imprensa mais livre e que noticie mais esse tipo de mazela.

Feita a ressalva, há que se observar que, independentemente dessa possibilidade de viés, há muitos países nos rankings mencionados com índices próximos de liberdade de imprensa e com amplo acesso à internet e mídias sociais. De se notar também que há muitos países com menor liberdade de imprensa e menor universalização de acesso à internet e que, não obstante, estão entre os piores colocados nos rankings de corrupção, como Síria, Costa do Marfim, Líbia. Logo, as más colocações do Brasil nos rankings internacionais de corrupção não podem ser desacreditadas pelo argumento, utilizado por alguns, de que o problema é apenas o fato de, aqui, a imprensa estar noticiando demais os escândalos.

Independentemente do apego ou desapego a posições específicas que ocupemos nesses rankings, fica evidenciado que, embora não se trate de mazela só brasileira, há uma gravidade especial por aqui. Notadamente se queremos nos espelhar nos melhores exemplos em termos de transparência e respeito à coisa pública, em detrimento de uma acomodação que não vê problemas em seguirmos lado a lado, nesses assuntos, com outros países qualificados, um tanto eufemisticamente, como “em desenvolvimento”.

Ainda quanto à relativização da magnitude do problema no Brasil, chama a atenção o fato de que ela hoje parta, muitas vezes, de simpatizantes de grupos político-ideológicos que durante as décadas de 80 e 90 do século passado, quando longe do poder, denunciavam a corrupção com enorme virulência e tinham no seu combate implacável uma de suas maiores bandeiras. Alguns desses simpatizantes agora, depois de terem tais grupos chegado ao poder e de terem sido dele apeados, em boa medida, por conta de condenações por corrupção, esforçam-se em culpar os exageros da mídia ou até ridículas forças ocultas[454] pela indignação popular gerada pela vinda à tona de tantos delitos contra o erário.

Em face da extraordinariedade da situação brasileira no que concerne ao problema é que, considerando a legitimidade com que cada povo, em cada fase de sua história, pode eleger sua "constelação de bens soberanos"[455], justificam-se medidas mais rigorosas e diferenciadas no combate à corrupção.

> (...) os fatos que dão origem ao direito positivo, não são mutáveis apenas de povo a povo, mas, também, dentro de cada povo, como manifestações das sucessivas fases de sua vida social.[456]

A atual indignação popular com a corrupção se dá, portanto, não apenas pela percepção dela ser maior no Brasil que na maioria absoluta dos outros países com produção de riqueza semelhante ou maior que a nossa, mas pela constatação de uma tradicional impunidade aos corruptos, hodiernamente estampada nos jornais e nas mídias sociais em tempo real, ao contrário do que ocorria em outros tempos. O problema da corrupção no Brasil precisa ser atacado de forma diferenciada, contundente. Não se trata, afinal, de uma mazela nova.

---

[454] "Moro é agente da CIA". Disponível em https://www.oantagonista.com/brasil/moro-e-agente-da-cia/, acesso em 12.11.2018.
[455] TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 220
[456] RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 103-104.

3.1.3. *Aspectos socioculturais da corrupção no Brasil.*

A corrupção sistêmica que em face de episódios recentes[457] da República fez com que alguns analistas passassem a denominar nosso regime efetivamente como uma "cleptocracia", tem origens e causas variadas. Nesse sentido, convém analisar nossa situação sob a perspectiva sociocultural.

O historiador Paulo Prado, em ensaio do início do século passado sobre as causas de algumas dificuldades nacionais, pondera sobre a relação delas com a forma de ocupação primitiva do território. A crítica de Prado não tem como alvo o fato da colonização ter sido portuguesa, mas é focada na vinda quase que exclusiva de homens solteiros[458] ou que deixavam a família na Europa, em detrimento da vinda de famílias inteiras para povoamento. Homens, em suma, que não se fixavam à terra[459]. Especificamente quanto à corrupção, Prado lembra da percepção de Padre Antônio Vieira, já no século XVII:

> O Padre Vieira dizia que a palavra 'furtar' se conjugava de todos os modos na Índia Portuguesa. No Brasil, avaliavam-se os méritos dos governadores pelas rendas que enviavam à metrópole, e esta se opunha a qualquer aumento de despesa, mesmo produtiva. Os funcionários superiores, por um abuso tolerado, monopolizavam quase todo o comércio: o próprio clero mercadejava. Daí

[457] Principalmente o "Mensalão" e a "Operação Lava Jato", que se somam a uma quantidade infindável e reiterada de escândalos menores, há tempos, nos âmbitos da União, dos Estados e Municípios. "A Lava Jato comprovou a existência de uma corrupção generalizada, infiltrada em diversos órgãos públicos como parte de um modo de governar que envolvia vários partidos políticos". DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 48.

[458] "Havia, porém, falta completa de mulheres brancas. Das diferentes expedições que percorreram no primeiro quartel do século XVI o litoral da Colônia, em nenhuma se assinala a presença de casais ou de mulheres solteiras". PRADO, Paulo. Retrato do Brasil: Ensaio sobre a tristeza brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.71.

[459] "Em novembro de 1620, 102 peregrinos ingleses, vindos de Southhampton, avistaram do pequeno navio Mayflower as costas arenosas de Cape Cod. (...) O frio era intenso nesse sombrio inverso de país do Norte. (...) Cada homem teve de construir a própria casa, arrostando as mais duras intempéries, que apenas permitiam o trabalho duas ou três vezes por semana. Nessas condições, em quatro meses quase metade da pequena expedição tinha sucumbido à doença e ao frio; o resto teve de se fortificar às pressas contra os assaltos do gentio. Estava, porém, criada uma das células iniciais da nação americana. (...) O quase lendário John Smith já ensinara aos companheiros, quando primeiro desembarcaram em terras americanas, o segredo do êxito para o colono recém-chegado: 'Aqui nada se obtém senão pelo trabalho'. (...) ao se instalarem, submetiam-se à rigidez da lei puritana que os forçava, como impunha Samuel Argall sob pena de morte, a aceitar a doutrina da trindade, o respeito à autoridade da Bíblia e o comparecimento obrigatório à igreja". PRADO, Paulo. Retrato do Brasil: Ensaio sobre a tristeza brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, pp.130-131.

> desordens e conflitos que atrasaram sensivelmente o desenvolvimento colonial[460].

Nos séculos que se seguiram ao início da colonização e à advertência de Padre Vieira, deu-se a sedimentação do clientelismo e da tolerância com pequenos desvios traduzida na expressão "jeitinho brasileiro".

Diferenciando-se de Paulo Prado por identificar um traço típico do caráter lusitano como dificultador de uma colonização mais responsável e ordenada[461], Sergio Buarque de Holanda caracteriza o homem de Portugal como possuidor de um espírito marcadamente aventureiro[462]. Buarque se aproxima de Prado quanto aos resultados. O fato é que, seja por conta da característica do povo ou por qualquer outro motivo, a colonização recebeu poucas famílias inteiras e muitos homens desprendidos, de forma que os "elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes"[463].

Não só aos portugueses Buarque atribui essas feições aventureiras, mas também aos espanhóis. Com consequências:

> Pode dizer-se, realmente, que pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, a autonomia de

[460] PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: Ensaio sobre a tristeza brasileira.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.135.
[461] "Essa exploração dos trópicos não se processou, em verdade, por um empreendimento metódico e racional, não emanou de uma vontade construtora e energética: fez-se antes com desleixo e certo abandono". HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 61.
[462] "Nas formas de vida coletiva podem assinalar-se dois princípios que se combatem e regulam diversamente as atividades dos homens. Esses dois princípios encarnam-se nos tipos do aventureiro e do trabalhador. Entre esses dois tipos não há, em verdade, tanto uma oposição absoluta como uma incompreensão radical. Ambos participam, em maior ou menor grau, de múltiplas combinações e é claro que, em estado puro, nem o aventureiro, nem o trabalhador possuem existência real fora do mundo das ideias. Mas também não há duvida que os dois conceitos nos ajudam a situar e a melhor ordenar nosso conhecimento dos homens e dos conjuntos sociais. E é precisamente nessa extensão superindividual que eles assumem importância inestimável para o estudo da formação e evolução das sociedades. Na obra da conquista e colonização dos novos mundos coube ao "trabalhador", no sentido aqui compreendido, papel muito limitado, quase nulo. (...) E não foi fortuita a circunstância de se terem encontrado neste continente, empenhadas nessa obra, principalmente as nações onde o tipo do trabalhador, tal como acaba de ser discriminado, encontrou ambiente menos propicio". HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 62-64.
[463] HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.42.

> cada um dos homens em relação aos semelhantes no tempo e no espaço, devem os espanhóis e portugueses muito de sua originalidade nacional. Para eles, o índice do valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste. (...) Uma digna ociosidade sempre pareceu mais excelente, e ate mais nobilitante, a um bom português, ou a um espanhol, do que a luta insana pelo pão de cada dia. (...) Efetivamente o esforço humilde, anônimo e desinteressado é agente poderoso da solidariedade dos interesses e, como tal, estimula a organização racional dos homens e sustenta a coesão entre eles. (...) O certo é que, entre espanhóis e portugueses, a moral do trabalho representou sempre fruto exótico. Não admira que fossem precárias, nessa gente, as ideias de solidariedade. A bem dizer, essa solidariedade, entre eles, existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse — no recinto domestico ou entre amigos. [464]

Controversa a visão do respeitado historiador, à medida que contrapõe esse traço aventureiro à pouca afeição ao labor sistemático. Vemos com dificuldade a correção do diagnóstico, nesse ponto, ante à palpável verificação de tantos imigrantes portugueses e espanhóis em nosso país durante o século XX com uma seríssima ética de trabalho[465].

O brasilianista Jacques Lambert acrescenta um outro ponto de vista quanto à nossa colonização e as dificuldades dela resultantes, no sentido de que a dispersão muito precoce do povoamento, com uma penetração profunda muito rápida, contribuiu para imprimir em nosso povo alguns de seus traços peculiares. Atribui o fato tanto ao espírito pioneiro do português quanto à pequena hostilidade do território brasileiro, em oposição ao da América do Norte, com frio intenso e tribos indígenas guerreiras.[466] A consequência dessa rápida penetração territorial,

---

[464] HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 41, 53 e 54.

[465] Nessa linha, vide a opinião de Jacques Lambert sobre os imigrantes portugueses do século XX, fazendo-lhes justiça: "(...) pelo fato de se estabelecerem nas cidades, ocupam, também frequentemente, desde a chegada, posições subalternas no pequeno comércio, em empregos domésticos, de jardinagem e, apesar de seu grande sucesso individual, não têm a seu crédito o grande prestígio coletivo dos italianos de São Paulo". LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis*. 7ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 60.

[466] "Em 1776, século e meio depois do desembarque do Mayflower em 1620, os colonos anglo-saxões ainda não se haviam estabelecido senão em uma pequena superfície igual á da França. A existência de uma raça de índios guerreiros obrigou os colonos dos EUA a avançar muito lentamente pelo interior; (...) A América do Norte venera o mito do pioneiro, mas, felizmente para os EUA, os colonos americanos não eram pioneiros por índole e, em todo caso, não o foram por

para o autor, se encontraria na constatação de que em 1960 a população brasileira seguia ainda sendo majoritariamente rural e arcaica, muito suscetível ao coronelismo e ao populismo, "lenta em se revoltar e fácil de governar"[467], vez que, "constituída por indivíduos isolados, organizados em comunidades muito homogêneas, que não participam diretamente, nem da vida econômica, nem da vida política nacional"[468].

Gilberto Freyre vê a facilidade de penetração territorial no Brasil não como consequência da pouca hostilidade da terra colonizada, mas, ao contrário, como mérito da adaptabilidade e da miscibilidade do colonizador português, povo forjado pela guerra e pela amálgama das culturas europeia e africana.[469]

Para Freyre o nosso território era, sim, hostil, como de regra as terras tropicais da América, independentemente da ausência de tantos povos guerreiros como havia na zona temperada. Prova disso foi a dificuldade de europeus do norte de se estabelecerem de forma definitiva, e com o sucesso alcançado na Nova Inglaterra, nas áreas mais quentes e de vegetação mais densa da

---

muito tempo; foram os pequenos proprietários agrícolas (*fermiers*), tipo social muito diferente do pioneiro, que fizeram os EUA. (...) Os portugueses descobriram o Brasil muito cedo e ocuparam-no muito depressa. À procura de escravos ou de ouro, os bandeirantes paulistas percorreram territórios imensos; como só encontraram em seu caminho raças pacíficas, incapazes de lhes opor grande resistência, a colonização brasileira espraiou-se por um território excessivamente vasto. (...) Pioneiros em demasia, incapazes de manter os contatos indispensáveis à manutenção de uma civilização evoluída em virtude de seu completo isolamento, só devastavam o território que não conseguiam explorar. Grande parte do Brasil foi assim apropriada antes de ter podido ser explorada; hoje esse território tem que ser reconquistado de uma população meio indígena, meio europeia, empobrecida e ignorante". LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis*. 7ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, pp. 111-112.

[467] LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis*. 7ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 222.

[468] LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis*. 7ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, pp. 111-112.

[469] "A singular predisposição do português para a colonização híbrida e escravocrata dos trópicos, explica-a em grande parte o seu passado étnico, ou antes, cultural, e povo indefinido entre a Europa e a África. (...) o ar da África, um ar quente, oleoso, amolecendo nas instituições e nas formas de cultura as durezas germânicas; corrompendo a rigidez doutrinaria e moral da Igreja medieval; tirando os ossos ao cristianismo, ao feudalismo, à arquitetura gótica, à disciplina canônica, ao direito visigótico, ao latim, ao próprio caráter do povo. A Europa reinando, mas sem governar: governando antes a África". FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954, pp. 96-97. Sérgio Buarque de Holanda também reconhece que, entre os portugueses, a mistura com "gente de cor tinha começado amplamente na própria metrópole", já antes de 1500. HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 79.

América[470]. Os portugueses, elogia Freyre, triunfaram onde outros europeus falharam, formando aqui a "primeira sociedade moderna constituída nos trópicos com características nacionais e qualidades de permanência"[471].

Em aparente oposição a Paulo Prado, a Lambert e mesmo, nesse ponto, a Sérgio Buarque, Freyre relativiza a importância da colonização inicial por indivíduos e não por famílias na formação do nosso país. Não nega o apelo edênico[472] e a possibilidade da colonização inaugural por homens desprendidos ter deixado marcas[473], embora apenas superficiais. E assevera:

> A partir de 1532, a colonização portuguesa do Brasil, do mesmo modo que a inglesa da América do Norte e ao contrário da espanhola e da Francesa nas duas Américas, caracteriza-se pelo domínio quase exclusivo da família rural ou semirrural. (...) A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma

[470] "Outros europeus, estes brancos puros, dolicolouros habitantes de clima frio, ao primeiro contato com a América equatorial sucumbiriam ou perderiam a energia colonizadora, a tensão moral, a própria saúde física, mesmo a mais rija, como os Puritanos colonizadores de Old Providence, os quais, da mesma fibra que os pioneiros da Nova Inglaterra, na ilha tropical se deixaram espapaçar nuns dissolutos e moleirões. Não foi outro o resultado da emigração de *loyolists* ingleses da Georgia e de outros Estados da União Americana para as ilhas das Bahamas – duros ingleses que o meio tropical em menos de cem anos amolegou em 'poor white trash'. O mesmo teria provavelmente acontecido aos calvinistas franceses que no século XVI tentaram muito anchos e triunfantes estabelecer no Brasil uma colônia exclusivamente branca e daqui se retiraram quase sem deixar traços de sua ação colonizadora. (...) Foi dentro de condições físicas assim adversas que se exerceu o esforço civilizador dos portugueses nos trópicos. Tivessem sido aquelas condições as fáceis e doces de que falam os panegiristas da nossa natureza e teriam razão os sociólogos e economistas que, contrastando o difícil triunfo lusitano no Brasil com o rápido e sensacional dos ingleses naquela parte da América de clima estimulante flora equilibrada, fauna antes auxiliar que inimiga do homem, condições agrológicas e geológicas favoráveis, onde hoje esplende a formidável civilização dos Estados Unidos, concluem pela superioridade do colonizador louro sobre o moreno". FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954, pp. 107-108, 114.

[471] FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954, pp. 107.

[472] "Quanto à miscibilidade, nenhum povo colonizador, dos modernos, excedeu ou sequer igualou nesse ponto aos portugueses. Foi misturando-se gostosamente com mulheres de cor logo ao primeiro contato e multiplicando-se em filhos mestiços que uns milhares apenas de machos atrevidos conseguiram firmar-se na posse de terras vastíssimas (...)". FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954, pp. 103.

[473] "A colonização por indivíduos – soldados de fortuna, aventureiros, degradados, cristãos-novos fugidos á perseguição religiosa, náufragos, traficantes de escravos, de papagaios e de madeira – quase que não deixou traço na plástica econômica do Brasil. Ficou tão no raso, tão à superfície e durou tão pouco que política e economicamente esse povoamento irregular e à-toa não chegou a definir-se em sistema colonizador. O seu aspecto puramente genético não deve entretanto ser perdido de vista pelo historiador da sociedade brasileira". FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954, pp. 118.

> companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador do Brasil.[474]

Não se perca de vista, contudo, que a família mencionada por Freyre é já a família miscigenada, majoritariamente formada pela união dos portugueses com as índias e caboclas e em menor medida formada por gente casada vinda de Portugal o que, portanto, não desautoriza, por si só, o diagnóstico de Paulo Prado quanto às benesses das famílias puritanas para a colonização da Nova Inglaterra.

Sem associar "espírito intrépido" ao "desamor ao trabalho", Raymundo Faoro reforça, pelas origens de Portugal, a ideia do tal caráter aventureiro que a Buarque se afigura tão marcante (mais pelo ângulo negativo) e que a Freyre deu ao povo português sua adaptabilidade:

> A Península Ibérica formou, plasmou e constituiu a sociedade sob o império da guerra. (...) Do longo predomínio da espada, marcado de cicatrizes gloriosas, nasceu, em direção às praias do Atlântico, o reino de Portugal, filho da revolução da independência e da conquista. Dos fins do século XI ao XIII, as batalhas, todos os dias empreendidas, sustentadas ao mesmo tempo contra o sarraceno e o espanhol, garantiram a existência do condado convertido em reino, tenazmente. A amálgama dos dois fragmentos — o leonês e o sarraceno —, ambos conquistados com esforçada temeridade, criou a nova monarquia, arrancada, pedaço a pedaço, do caos[475].

Para Faoro, a exagerada visão edênica da terra descoberta acabou servindo como válvula de escape demográfico em um momento em que Portugal, assim como outros reinos da Europa, já começava a acumular um contingente preocupante de marginalizados. Daí, dessa visão edênica, a pouca vinda de famílias dispostas a trabalhar, plantar e aqui ficar, em detrimento de uma maioria de homens em busca de riquezas fáceis[476].

---

[474] FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954, pp. 117.

[475] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 17.

[476] "Para esta gente, desprezada, faminta, esfarrapada, expulsa dos campos, não aquinhoada pelos nobres altivos ou pelos comerciantes retirados das navegações, desajustada nas cidades, para ela era necessário, em favor da tranquilidade de todos, um escoadouro. A visão paradisíaca, criada pelo grupo dominante, filtrada da imaginação dos letrados, servia para calar os ódios guardados. (...) Atração afidalgadora, atração contra o peso da autoridade, atração contra a

Nas palavras de Paulo Prado, mais duro que Faoro:

> O clima, o homem livre na solidão, o índio sensual, encorajavam e multiplicavam as uniões de pura animalidade. A impressão edênica que assaltava a imaginação dos recém-chegados exaltava-se pelo encanto da nudez total das mulheres indígenas. (...) Como da Europa do Renascimento nos viera o colono primitivo, individualista e anárquico, ávido de gozo e vida livre – veio-nos em seguida o português da governança e da fradaria. Foi o colonizador. Foi o nosso antepassado europeu. (...) Dominavam-no dois sentimentos tirânicos: sensualismo e paixão do ouro. A história do Brasil é o desenvolvimento desordenado dessas obsessões subjugando o espírito e o corpo de suas vítimas. (...) A melancolia dos abusos venéreos e a melancolia dos que vivem na ideia fixa do enriquecimento – no absorto sem finalidade dessas paixões insaciáveis – são vincos fundos na nossa psique racial (...)"[477].

A propósito desse "português da governança" citado por Prado, o qual teria sucedido ao colono primitivo, oportuna é a lembrança do conceito de "estamento burocrático" de Faoro, algo que também nos ajuda a entender um pouco da corrupção no Brasil.

Segundo Raymundo Faoro, Portugal não teria conhecido o feudalismo[478]. Do feudalismo não ocorrido em Portugal, contudo, é que teria nascido o

---

repressão sexual — tudo indicava, no mundo novo, o chamado anárquico da sociedade sem restrições. A nota mais ardente, de tantos apelos, seria a da índia nua: 'o europeu saltava em terra escorregando em índia nua; os próprios padres da Companhia precisavam descer com cuidado, senão atolavam o pé em carne'. Com o curso do tempo, a imagem do paraíso se esvairá, perdida, com a assimilação do novo mundo pelo velho, na embriaguez mercantil. Uma rápida expansão demográfica, iniciada nos meados do século XV, irrompe em todos os países, na França e na Espanha, na Itália e nos Bálcãs. A revolução biológica cria, de súbito, um problema social, que atordoa os reis, inquieta os proprietários rurais e ameaça os habitantes das cidades. O homem, cujo trabalho facilmente recrutável acelera as atividades econômicas, torna-se, de golpe, uma carga, anunciando, ainda no curso do século, a horda de vagabundos, mendigos e bandidos que vagueiam sem emprego nos campos e nas vilas". FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 119, 121-122.

[477] PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: Ensaio sobre a tristeza brasileira.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008, pp. 72, 138-140.

[478] "No topo da sociedade, um rei, o chefe da guerra, general em campanha, conduz um povo de guerreiros, soldados obedientes a uma missão e em busca de um destino. Ao príncipe, afirma-o prematuramente um documento de 1098, incumbe reinar (*regnare*), ao tempo que os senhores, sem a auréola feudal, apenas exercem o *dominare*, assenhoreando a terra sem governá-la. (...) Guerra, ascendência do rei com a rede de seus agentes cobrindo o país, controlando-o e dirigindo-o, domesticação sem aniquilamento da nobreza — são os traços que imprimem o caráter à sociedade nascente. O chamado feudalismo português e brasileiro não é, na verdade, outra coisa do que a valorização autônoma, truncada, de reminiscências históricas, colhidas, por falsa

capitalismo industrial[479]. Em Portugal, ao contrário, se viu surgir um Estado patrimonial, um capitalismo fundamentalmente mercantil e conduzido pelo rei em todos os empreendimentos. A consequência foi o afidalgamento até da burguesia[480] e um Estado interventor em todas as áreas:

> O Estado organiza o comércio, incrementa a indústria, assegura a apropriação da terra, estabiliza preços, determina salários, tudo para o enriquecimento da nação e o proveito do grupo que a dirige. O mercantilismo opera, sob tal constelação, como agente unificatório e centralizador, versado contra o disperso e universal mundo da Idade Média. O Estado, desta forma elevado a uma posição prevalente, ganha poder, internamente, contra as instituições e classes particularistas, e, externamente, se estrutura como nação em confronto com outras nações (...). O capitalismo comercial, politicamente orientado, só ele compatível com a organização política estamental, sempre gradativamente burocrática, ajusta a si o direito, limita a ideologia econômica, expande-se em monopólios, privilégios e concessões. (...) O Brasil, de terra a explorar, converte-se, em três séculos de

---

analogia, de nações de outra índole, sujeitas a outros acontecimentos, teatro de outras lutas e diferentes tradições. (...) A terra obedecia a um regime patrimonial, doada sem obrigação de serviço ao rei, não raro concedida com a expressa faculdade de aliená-la. O serviço militar, prestado em favor do rei, era pago. O domínio não compreendia, no seu titular, autoridade pública, monopólio real ou eminente do soberano. Estado patrimonial, portanto, e não feudal, o de Portugal medievo". FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, pp. 18, 23, 37.

[479] "Idade Média e feudalismo, reduzido este, fundamentalmente, a uma forma de trabalho, se confundem. Dela — e só dela, imperativamente — brota o capitalismo (...). Daí se geram consequências econômicas e efeitos políticos, que se prolongam no século XX, nos nossos dias. Os países revolvidos pelo feudalismo, só eles, na Europa e na Ásia, expandiram uma economia capitalista, de molde industrial. A Península Ibérica, com suas florações coloniais, os demais países desprovidos de raízes feudais, inclusive os do mundo antigo, não conheceram as relações capitalistas, na sua expressão industrial, íntegra. A coincidência é flagrante e, vista da perspectiva desta última metade do século XX, será capaz de provocar a revisão da tese de Max Weber, que vinculou o espírito capitalista à ética calvinista". FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, pp. 34, 40-41.

[480] "A burguesia comercial, dependente do rei, continuou presa aos vínculos tradicionais, subjugada ao papel de órgão delegado do supremo mercador, o rei em pessoa. (...) Não foi a burguesia que renegou sua posição: ela apenas se acomodou ao estado-maior dirigente, que a cerca, tritura e lhe cunha interiormente o estilo de vida". FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 78. Sérgio Buarque também detecta esse caráter fidalgo da burguesia portuguesa: "(...) porque não teve excessivas dificuldades de vencer, por lhe faltar apoio econômico onde se assentasse de modo exclusivo, a burguesia mercantil não precisou adotar um modo de agir e pensar absolutamente novo, ou instituir uma nova escala de valores, sobre os quais firmasse permanentemente seu predomínio. Procurou, antes de associar-se às antigas classes dirigentes, assimilar muitos dos seus princípios, guiar-se pela tradição, mais do que pela razão fria e calculista". HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 49.

> assimilação, no herdeiro de uma longa história, em cujo seio pulsa a Revolução de Avis e a corte de dom Manuel[481].

Assim nasce o estamento luso-brasileiro, uma camada burocrática que não se confunde com uma mera classe[482] e que, excessivamente inflada e onipresente, mais do que exercer o necessário papel técnico ou político de implementação e gerenciamento das funções estatais, acaba se transformando em "um fim em si mesma", muitas vezes "criando dificuldades para vender facilidades":

> Há não apenas tributos a colher, onde quer que haja movimento de bens, senão receitas a arrecadar, como participação do príncipe em todos os negócios, senhor ele próprio de todas as transações, lucros e vantagens. (...) Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas. Esta corporação de poder se estrutura numa comunidade: o estamento. (...) O conglomerado de direitos e privilégios, enquistados no estamento, obriga o rei, depois de suscitá-lo e de nele se amparar, a lhe sofrer o influxo: a ação real se fará por meio de pactos, acordos, negociações.[483]

Nesse contexto histórico de confusão entre o público e o privado[484] e de um permanentemente inflado estamento burocrático, a corrupção encontra campo especialmente fértil para florescer:

---

[481] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 81.

[482] "A classe e seus membros, por mais poderosa que seja, pode não dispor de poder político — pode até ocorrer o contrário, uma classe rica é repelida pela sociedade, marcada de prestígio negativo, como os usurários e banqueiros judeus dos séculos XV e XVI de Portugal (...). O estamento político — de que aqui se cogita, abandonado o estamento profissional, por alheio ao assunto — constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. Há estamentos que se transformam em classes e classes que evolvem para o estamento — sem negar seu conteúdo diverso. Os estamentos governam, as classes negociam". FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, pp. 61-62.

[483] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, pp. 60-62.

[484] "No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação pessoal". HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 253.

> A voracidade comercial, a conquista ao serviço do trato das especiarias, a artilharia encobrindo a avareza culminam numa corrente burocrática, presidida pelo rei. O funcionário está por toda parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação. Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha. A expressão completa desta comédia se revela numa arte, cultivada às escondidas: a arte de furtar (...). Onde há comércio há governo: a administração segue a economia, organizando-a para proveito do rei, senhor e regente do tráfico. Desta confusão de águas não resulta apenas a peita, a corrupção, senão a enxurrada de servidores e pretendentes a servidores, de soldados e dependentes, de reivindicadores de pensões para a velhice[485].

Também crítico desse Estado ocupado por um estamento corrupto, pontua Sérgio Buarque que o funcionário "patrimonial" difere essencialmente do puro burocrata, pois para ele a gestão pública se apresenta como assunto de seu interesse particular e os benefícios que dela aufere se relacionam a seus direitos pessoais e não a interesses objetivos, ao contrário do que sucede onde prevalecem a especialização das funções e as escolhas impessoais e técnicas.

Essa aversão à impessoalidade e as dificuldades de distanciamento e objetividade necessárias ao burocrata na separação do público e do privado encontram, de certa forma, explicação e incentivo no chamado "jeitinho brasileiro". Tão elogiado no que toca à espontaneidade, à simpatia, à adaptabilidade e à capacidade diplomática, o "jeitinho" tem o seu inevitável reverso nos aspectos negativos da leniência para com os ilícitos dos amigos ou mesmo daqueles por quem sentimos simpatia ou com os quais nos compadecemos por alguma questão pessoal, dos favorecimentos em geral, do uso, em suma, de dois pesos e duas medidas como forma de se flexibilizarem as normas por conta não só de interesses financeiros, mas de sentimentos pessoais[486]. Aos amigos tudo, aos

---

[485] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, pp. 100-101.

[486] Padre Vieira alertava, em 1655: "Muitos ministros há no mundo, e em Portugal mais que muitos, que por nenhum caso os peitareis com dinheiro. Mas estes mesmos deixam-se peitar da amizade, deixam-se peitar da recomendação, deixam-se peitar da dependência, deixam-se peitar do respeito. E não sendo nada disto ouro nem prata, são os porquês de toda a injustiça do mundo. A maior sem-justiça que se cometeu foi a que fez Pilatos a Cristo condenando à morte mesma Inocência. E qual foi o porquê desta grande injustiça? Peitaram-no? Deram-lhe grandes somas de dinheiro os príncipes dos sacerdotes? Não. Um respeito, uma dependência foi o que condenou a Cristo. Se não condenais a este não sois amigo de César. E por não arriscar a amizade e a graça

inimigos a lei. Esse homem "do coração" é o brasileiro "cordial" de que nos fala Sérgio Buarque[487], avesso a formalismos e ritualismos sociais, bem como a quaisquer fórmulas de reverência que suprimam a possibilidade de laços mais "familiares"; que se esforça para apressar ou fingir intimidades, chegando para isso a infantilmente abusar do uso de diminutivos como recurso de linguagem:

> O desconhecimento de qualquer forma de convívio que não seja ditada por uma ética de fundo emotivo representa um aspecto da vida brasileira que raros estrangeiros chegam a penetrar com facilidade. E é tão característica, entre nós, essa maneira de ser, que não desaparece sequer nos tipos de atividade que devem alimentar-se normalmente da concorrência. Um negociante de Filadélfia manifestou certa vez a André Siegfried seu espanto ao verificar que, no Brasil como na Argentina, para conquistar um freguês tinha necessidade de fazer dele um amigo.[488]

A propósito desse "homem cordial" e da nossa exagerada simpatia pelos diminutivos como recurso de comunicação que torna tudo mais leve e mais informal, Guilherme Werner menciona alguns exemplos de sua utilização cotidiana para minimizar comportamentos inadequados e burlar normas de conduta, como "é só um pouquinho" ou "é só um minutinho".

Ainda a respeito da nossa cordialidade, Sérgio Buarque explica que nossa vida íntima não é bastante coesa ou disciplinada para envolver e dominar toda nossa personalidade, integrando-a conscientemente no conjunto social. Somos livres para nos abandonarmos a todo repertório de ideias, gestos e formas que encontramos no caminho, assimilando-os sem dificuldades[489]. A cordialidade de que trata Sérgio Buarque certamente não se confunde pura e simplesmente com o "jeitinho". Antes, o antecede e parece ser dele um componente, uma das causas.

---

de César perdeu a graça e a amizade de Deus, não reparando em lhe tirar a vida. Isto fez por este respeito Pilatos; e no mesmo tempo: pediu água e lavou as mãos". NAHAT, Ricardo. *Anatomia da Corrupção.* São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1991, pp. 66-67.

[487] HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 254-263.

[488] HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 257.

[489] HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 263.

Assim é que, seja pela cultura do estamento inevitavelmente para cá transportada, seja pelas características da colonização introdutória, seja pela impunidade ou seja pelos traços de "cordialidade" ressaltados por Sérgio Buarque de Holanda, a corrupção foi prolífica entre nós desde os primeiros tempos que se seguiram ao descobrimento. Nosso primeiro governador-geral, Tomé de Souza, foi nomeado em 1549 e aqui chegou constatando logo a existência de uma "pública ladroagem e grande malícia"[490], problemas que evidentemente não conseguiu resolver e que seguiram aumentando até a chegada da família real em 1808, com uma corte dez vezes maior que a máquina burocrática norte-americana da recém construída Washington, corte essa perdulária e ociosa.[491] É da época de D. João VI, por exemplo, o incremento da prática da "caixinha", nos deixada depois como herança perene para as concorrências públicas. Cobrava-se uma comissão de 17% sobre todos os pagamentos ou saques no tesouro. Se o interessado não pagasse, os processos não andavam.[492] Desde então, a corrupção só fez crescer, à medida que o estamento seguiu também, ele próprio, aumentando e as punições efetivas aos corruptos não ocorrendo.

A dimensão sociocultural da corrupção no Brasil não pode, como ocorre por vezes a alguns, ser utilizada como justificativa para nossa corrupção, o que se vê, por vezes, em discursos que, adotando os critérios histórico-culturais dentro de uma lógica determinista, acabam construindo uma atitude geral de conformação, de aceitação[493]. Afinal, "somos assim, mas, apesar disso...". Rejeita-se, portanto, a utilização da perspectiva sociocultural como justificativa. Ela explica, ou melhor, é uma das explicações, mas não justifica. E ela se

[490] "O primeiro governador gastou no seu triênio a quantia considerada excessiva na época, 300 mil cruzados, em soldos, ordenados de ministros, edifícios da Sé, casa dos padres da Companhia, ornamentos, sinos, artilharia, gado, roupas etc. O dinheiro rolou solto. Afinal, o rei ordenara que seu enviado ao longínquo Brasil poderia fazer 'algumas dádivas a quaisquer pessoas'. E assim foi feito". MOREL, Marco. *Corrupção: mostra a sua cara*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012, p. 17.

[491] GOMES, Laurentino. *1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Planeta, 2010, p. 169.

[492] GOMES, Laurentino. *1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Planeta, 2010, p. 172.

[493] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 53-54.

entranha, por conta do desenho do estamento burocrático explicado por Faoro, nas outras duas destacadas por Werner. Confundem-se, retroalimentam-se.

As causas e as soluções da corrupção, no Brasil ou em qualquer lugar, não são, portanto, apenas socioculturais. Evidentemente. A corrupção tem características culturais, mas não é culturalmente determinada. Tanto assim que a Suécia já foi um país no passado marcado por corrupção, privilégios e imoralidade, embora hoje seja exemplo de nação transparente. Nesse sentido, ainda, constata-se que Hong Kong e Cingapura são países muito menos corruptos, de acordo com o ranking da *Transparência Internacional*, que China ou Indonésia, países com culturas semelhantes e próximos regionalmente.[494] Hong Kong, aliás, era um país fortemente marcado pela corrupção até meados da década de 1970. Conseguiu, como se vê, reverter o problema. O fez com base em três pilares: combate à impunidade, campanhas de conscientização e investimento em prevenção[495]. Note-se, nos três pilares que reverteram a situação de Hong Kong, o ataque às três dimensões da corrupção mencionadas por Werner. O combate à impunidade atrelado à dimensão político-econômica, as campanhas de conscientização como abordagem sociocultural e a transparência acompanhada de fiscalização como enfrentamento da questão institucional das redes difusas. Bo Rothstein, professor de Ciência Política na Universidade de Gotemburgo lembra, a propósito, que as mudanças na Suécia se deram, a partir do século XIX, necessariamente por meio de uma estratégia drástica de reforma das instituições, algo como um "Big Bang" institucional.[496]

A identificação dos traços culturais e históricos que contribuíram e contribuem para determinadas situações de atraso não podem ser olvidadas, sob pena de não se atacar o problema com a completude que ele demanda, como se mal passageiro fosse, pouco arraigado, com parcas forças dispostas a lutar pela manutenção do *status quo.* A corrupção há de ser atacada em suas três perspectivas, por todos os seus ângulos.

---

[494] WALLIN, Claudia. *Um país sem mordomias ou excelências*. São Paulo: Geração, 2014, p. 268.
[495] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 288.
[496] WALLIN, Claudia. *Um país sem mordomias ou excelências*. São Paulo: Geração, 2014, p. 262.

Há mudanças em aspectos culturais que podem ser promovidas gradativamente[497], como as campanhas de conscientização que foram bem sucedidas em Hong Kong. O fim da glamourização da malandragem[498] por certos setores da indústria do entretenimento e da *intelligentsia* nacional, embora haja quem negue esse culto ao malandro, seria um passo importante. Da mesma forma que a investida contra o relativismo moral e de valores, o qual tende a rapidamente reduzir tudo sempre a uma questão de opinião, negando a busca pela verdade[499].

3.1.4. *Aspecto político-econômico: impunidade*.

São Tomás de Aquino nos lembra, sabiamente, que "nem sempre alguém obedece à lei em razão da bondade inerente a uma virtude perfeita, mas por vezes em razão do temor da pena"[500].

---

[497] Temos como extremamente perniciosa, nesse sentido, a crescente e já comentada tendência à relativização da responsabilidade individual em favor da culpabilização de entes abstratos como a sociedade, o modelo econômico, os diversos "ismos", pelas escolhas que seres humanos adultos tomam.

[498] "Entre as causas do banditismo carioca, há uma que todo mundo conhece, mas que jamais é mencionada, porque já se tornou tabu: há sessenta anos os nossos escritores e artistas produzem uma cultura de idealização da malandragem, do vício e do crime. Como isto poderia deixar de contribuir, ao menos a longo prazo, para criar uma atmosfera favorável à propagação do banditismo? De Capitães da areia até a novela Guerra sem fim, passando por obras de Amando Fontes, Marques Rebelo, João Antonio, Lêdo Ivo, pelo teatro de Nelson Rodrigues e Chico Buarque, pelos filmes de Roberto Farias, Nelson Pereira dos Santos, Carlos Diegues, Rogério Sganzerla e não-sei-mais-quantos, a palavra de ordem é uma só, repetida em coro de geração em geração: ladrões e assassinos são essencialmente bons ou pelo menos neutros, a polícia e as classes superiores a que ela serve são essencialmente más. (...) Humanizar a imagem do delinquente, deformar, caricaturar até os limites do grotesco e da animalidade o cidadão de classe média e alta, ou mesmo o homem pobre quando religioso e cumpridor de seus deveres – que neste caso aparece como conformista desprezível e virtual traidor de classe -, eis o mandamento que uma parcela significativa dos nossos artistas tem seguido fielmente, e, a que um exército de sociólogos, psicólogos e cientistas políticos dá discretamente, na retaguarda, um simulacro de respaldo 'científico'". CARVALHO, Olavo de. *O Imbecil Coletivo I.* São Paulo: É Realizações, 2006, p. 161.

[499] "(...) o postulado da confusão entre justo e injusto, certo e errado, reto e torto, bem e mal, não é meramente um equívoco teórico, mas corrosiva negação da sublimação ética sem a qual a Civilização é progresso tecnológico e nada mais" (DIP, Ricardo; MORAES JR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. São Paulo: Lepanto, 2018, p. 33). Não por acaso, um dos relativistas mais célebres da história foi o sofista Protágoras, que em seu tempo encarnou o oposto de Sócrates e foi autor da frase "o homem é a medida de todas as coisas". A dificuldade absolutamente humana de se encontrar a verdade, de se descobrir a verdade, não torna válida a ideia relativista de que ela não existe, afirmação essa por si só contraditória.

[500] AQUINO, Santo Tomás de. Suma Teológica. Questão 92, artigo I. In: *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 59-60.

Nesse diapasão, o relatório da Transparência Internacional sobre percepção de corrupção no setor público em 2013 apontou como medidas para combate à corrupção "a priorização de reformas anticorrupção nos órgãos encarregados da investigação e punição dessas condutas, como a polícia, o Poder Judiciário e o Ministério Público, bem como o fim da impunidade".[501]

A impunidade é causa concorrente da corrupção e, ao mesmo tempo, efeito inexorável desse caldo cultural brasileiro tratado no item anterior. Trata-se da variável político-econômica da escolha criminosa. Por certo, corrupção não se combate apenas e tão somente com maior efetividade do processo penal. Dentro da ideia de abordagem completa de todas as perspectivas da corrupção, há que se reconhecer que leis severas não bastam, é verdade. Vide o exemplo das Ordenações Filipinas, em vigor a partir de 1582 e que puniam duramente os crimes de "lesa-majestade". Tal vigência jamais conseguiu evitar o avanço da corrupção no Brasil. As punições precisam ser efetivamente aplicadas, acima de tudo. A punição aplicada, ainda que leve, é melhor que a pena dura em abstrato que não é aplicada.

O ideal, contudo, é que haja a convergência dos dois elementos, certeza e firmeza da punição, isto é, que as punições sejam aplicadas e não sejam leves. Embora a severidade das punições não seja o fator mais importante, ela não pode ser simplesmente desprezada ou subestimada como instrumento de combate. As penas não devem ser draconianas, mas precisam ser minimamente rígidas para que gerem resultados, para que sejam realmente sanções com impactos indesejáveis na vida prática das pessoas sancionadas, não meramente símbolos. Elas precisam exercer o papel retributivo. E precisam, ainda que não como função precípua, do caráter preventivo geral[502], servindo de exemplo para potenciais criminosos e como reafirmação do império das leis para a sociedade.

---

[501] LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.1.

[502] Em outubro de 2016, "ao acatar o indulto ao ex-ministro da Casa Civil, José Dirceu, extinguindo a pena imposta a ele no Mensalão, o ministro do STF Luís Roberto Barroso admitiu que 'o excesso de leniência privou o direito penal no Brasil de um dos principais papéis que lhe cabem, que é o da prevenção geral". DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 57.

Janaina Paschoal constata que, de fato, a maior parte dos autores adota em relação às funções da pena (para qualquer crime) o posicionamento de que elas se prestam à finalidade retributiva e também preventiva no que, recorda a Professora, atende-se ao disposto na lei brasileira, conforme prevê o artigo 59 do CP que a pena deverá ser estabelecida conforme seja "suficiente para a reprovação e prevenção do crime".[503]

No que concerne especificamente à função retributiva, Paschoal enxerga dois grandes méritos na teoria que lhe dá fundamento:

> "O primeiro deles diz respeito à coragem de reconhecer que a pena é um mal, pode até ser um mal necessário, mas é um mal. A teoria retribucionista não comunga da hipocrisia de outras teorias que tentam "vender" a pena como um bem para o apenado (...). Um outro grande benefício, inerente à teoria da retribuição, diz respeito à consagração da ideia da proporcionalidade entre o mal praticado (crime e consequente lesão a um bem jurídico protegido) e o mal impingido ao agente (pena). Tendo a pena função retribuidora, necessariamente, o tipo e a quantidade da pena a ser aplicada ficam diretamente relacionados à culpabilidade do agente, ou seja, à reprovabilidade da conduta por ele praticada.[504]

O caráter retributivo parece encontrar amparo no próprio conceito de justiça, enquanto o que é devido a cada um, o *suum cuique* da clássica definição de Ulpiano, como lembra José Pedro Galvão de Sousa. O conceito de justiça implica necessariamente uma relação de alteridade, de homem para homem, de homem para com a sociedade e da sociedade para com ele. Por isso mesmo é, por excelência, uma virtude social[505].

Ainda a respeito das penas, Miguel Reale Júnior enaltece variedade de suas funções, notadamente, o aspecto preventivo geral:

---

[503] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 98.
[504] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri, SP: Manole, 2003, pp. 98-99.
[505] SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de Política*. São Paulo: Queiroz Editores, 1998, pp. 298-299.

> A pena, sob o viés de sua finalidade, é multifacetada, tem uma fisiologia complexa, pois se apresenta como coação psicológica dotada de objetivo intimidativo, sendo assim visualizada pelos indivíduos e pela sociedade, visto ser inegável que a ameaça da aplicação da sanção conduz a que se não pratique uma infração ou um delito. (...) Não se objete que o fim intimidativo, de prevenção geral, instrumentaliza o homem, pois é punido para que os outros não delinquam. A punição não deve ser imposta para dar exemplo, mas aplicada de forma justa pode ter força intimidativa[506].

Gary Becker, Prêmio Nobel de Economia[507] em 1992, visando a propor políticas públicas para combater comportamentos ilegais, demonstrou por rigoroso estudo econômico calcado em algoritmos e equações matemáticas, que quanto mais se gasta com repressão criminal, mais crimes são descobertos e punidos. A maior atividade repressiva não descobre mais crimes porque os cria, mas soluciona mais crimes, já existentes. Se mais crimes são solucionados e punidos com uma maior atividade judicial, daí deriva, por lógica, que menos impunidade e maior efetividade na persecução penal, mantidas as demais condições, reduz a criminalidade[508].

Becker vai além e demonstra que a maioria das pessoas faz um cálculo de custo/benefício ao praticar qualquer ilegalidade. A abordagem faz uma relação matemática entre a quantidade de "ofensas" praticadas por uma pessoa (termo que o autor usa de forma bastante elástica para ilegalidades, não só crimes), e fatores como a probabilidade de condenação, a pena, a renda disponível para essa pessoa em atividades legais e ilegais. Mantidas as demais variáveis constantes, um aumento na probabilidade de condenação e punição tem relação inversa com o número de "ofensas" que uma pessoa comete.[509]

---

[506] REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 54.

[507] Oficialmente, "Prêmio do Banco da Suécia para as Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel".

[508] BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy,* Chicago, Vol. 76, 1968, p. 174 e 207.

[509] "*Theories about the determinants of the number of offenses differ greatly, from emphasis on skull types and biological inheritance to family upbringing and disenchantment with society. Practically all the diverse theories agree, however, that when other variables are held constant, an increase in a person's probability of conviction or punishment if convicted would generally decrease, perhaps substantially, perhaps negligibly, the number of offenses he commits. (...) The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time*

A escolha do criminoso, portanto, é uma decisão racional na maioria dos crimes. Isso é absolutamente evidente e tão mais verdadeiro no caso do criminoso do "colarinho branco", o qual sempre comete delito calculado, preparado, estudado[510].

No já mencionado caso de Hong Kong, que conseguiu reduzir drasticamente a corrupção no país em um período relativamente curto, a impunidade foi atacada com penas rigorosas e, inclusive, com a controversa possibilidade de inversão do ônus da prova quando o patrimônio do réu era substancialmente incompatível com a renda.

É importante lembrar que à decisão racional de custo/benefício tomada pelo potencial criminoso, analisada aqui primordialmente dentro da concepção político-econômica, entrelaça-se também a questão sociocultural, à medida que no cálculo dos riscos e custos do delito o agente também pondera sobre o nível de reprovabilidade social, de reprovabilidade moral do ato perante os pares e família[511]. Ademais, a racionalidade dos agentes também é influenciada (embora não determinada) pela educação que tiveram, pela cultura de onde cresceram e vivem, por suas experiências de vida, suas crenças. Tudo isso influenciará e poderá explicar a decisão, que ainda assim se mantém racional.

E, conquanto essas influências possam ajudar a explicar a decisão delitiva, o incentivo ao criminoso para que tome a decisão honesta há de vir também pelo incremento do risco e da sanção criminal. Especialmente porque ainda há muito a melhorarmos nos aspectos sociocultural e neoinstitucional, de forma que aqui não se pode singelamente aplicar a atual regra sueca de penas

---

and other resources at other activities. Some persons become 'criminals', therefore, not because their basic motivations differ from that of other persons, but because their benefits and costs differ". BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy,* Chicago, Vol. 76, 1968, p. 176-177.

[510] "A corrupção é um crime racional. Empresas, pessoas físicas e funcionários públicos a praticam porque entendem que os benefícios são maiores do que os custos". DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 55.

[511] Fausto De Sanctis lembra que os criminosos do "colarinho branco" têm mais a perder em termos de *status* do que os infratores dos crimes comuns. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12.

levíssimas[512] como se as demais dimensões que interferem na corrupção nos fossem amplamente satisfatórias.

Na dissuasão do potencial criminoso e como resposta à sociedade, portanto, importa a certeza da pena e sua força, como elementos que contribuirão para tornar menos atrativa a relação custo/benefício[513] da prática delituosa e demonstrarão retribuição justa à população, contribuindo para a paz social dentro de um quadro em que o Estado retira das pessoas o direito e o poder de fazer justiça com as próprias mãos e assume ele próprio essa responsabilidade no contrato social. Susan Rose-Ackerman, uma das maiores estudiosas do assunto na atualidade, concorda que o necessário aumento dos riscos e custos da escolha pela corrupção implica obrigatoriamente aumento da probabilidade de punição e aumento das penas[514]. E defende, ainda, uma relação da pena com o tamanho do prejuízo ao erário, tentado ou consumado. Essa correlação é perfeitamente possível na legislação brasileira pelo art. 59 do CP, embora nem sempre seja observada.

Fausto Martin de Sanctis, também reconhecendo o nítido caráter racional nesse tipo de criminalidade, afirma que o potencial delinquente, ao efetuar um cálculo utilitarista, conclui que, no Brasil, mesmo que descoberto "pouca ou nenhuma consequência sofrerá, dado nosso sistema criminal tolerante e pouco rigoroso". E adverte que, dentro da necessidade de aumento das penas, há que se contemplar também o efeito intimidatório das sanções pecuniárias, pois elas também ingressam na análise dos custos da atividade ilegal, de forma que "uma

[512] Nas palavras do promotor-chefe da Agência Nacional Anticorrupção sueca, Gunnar Stetler: "Na Suécia, em geral, toda punição é leniente. No sistema penal sueco, o princípio básico não é a punição, e sim a reintegração do indivíduo à sociedade". WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014, p. 222.

[513] Como, aliás, é intuitivo para qualquer aluno ginasiano que é capaz de perceber que há menos "cola" entre os colegas durante as provas aplicadas pelo professor atento e que dará zero ao aluno desonesto que nas provas aplicadas pelo professor desatento e que, ainda que detecte a fraude, se limitará a uma repreensão educada.

[514] ROSE-ACKERMAN, Susan. The political economy of corruption. In: ELLIOT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy*. Washington, DC: Institute for international economics, 1996, p. 47, disponível em https://vdocuments.site/a-economia-politica-da-corrupcao.html, acesso em 13.11.2018.

pessoa somente cometerá um fato típico se, e somente se, a sanção esperada for inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato".[515]

Evidentemente, a eficácia das sanções pecuniárias depende diretamente da possibilidade de se atingir, com ou sem colaboração do condenado, o seu patrimônio, o que por vezes pode ser bastante complicado. Uma das etapas da atividade de lavagem de dinheiro, conhecida como "dissimulação" ou "layering", consiste justamente em afastar o dinheiro da sua origem ilícita, apagando os vestígios de sua obtenção. A expressão "layering" vem do "layer" que significa "camada". Nessa dissimulação da origem ilícita dos valores, eles são movimentados inúmeras vezes, por pessoas físicas, jurídicas, "laranjas", criando várias camadas de operações e tornando o rastreamento da fonte inicial bastante difícil, assim também como a prova de autoria[516].

Deltan Dallagnol lembra outro aspecto importante a justificar o incremento das penas. Nos casos de corrupção, a ferramenta da colaboração premiada como incentivo ao acusado é fundamental para se estabelecer conexões, produzir provas, chegar a condenações seguras e que se mantenham nas instâncias mais altas. E a colaboração, uma vez que implica admissão de culpa, só é útil ao acusado se puder reduzir significativamente a pena a que está sujeito. Afinal, "o réu faz acordo para melhorar a própria situação, não para piorá-la"[517]. Nem para torná-la quase igual, apenas um pouquinho melhor. O instituto, portanto, tem sua utilidade atrelada a penas que façam o acusado temer, a ponto da confissão e da delação se tornarem atrativas. Fora do âmbito da Lei de Organização Criminosa, nº 12. 850/13, a confissão na legislação atual é aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, como atenuante genérica, e em percentuais tais que poucas vezes representam incentivo ao réu.

---

[515] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 13-15.
[516] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 177.
[517] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 187.

Ricardo Nahat, entendendo que a criminalidade tem suas raízes na certeza geral da impunidade, afirma que um Poder Judiciário mais rápido é o que mais eficazmente pode atacar esse descrédito. Assim, para Nahat, o problema da Justiça brasileira não seria só de legislação, mas principalmente de falta de estrutura[518].

Pensamos que os dois pontos podem ser melhorados, tanto a legislação quanto a estrutura da Justiça.

Em termos de estrutura, não é incomum no Estado de São Paulo a existência de Varas Criminais com mais de cinco mil feitos, havendo aquelas com dez ou até dezoito mil para um único Juiz.

Há que se melhor equipar as Varas, que muitas vezes funcionam em ambientes que beiram a insalubridade, em prédios antigos, espaços apertados e com escassez de funcionários. É certo que o aumento dos cargos no funcionalismo público é algo a ser feito muito criteriosamente, vez que vai na contramão da diminuição do tamanho do Estado e do estamento burocrático, os quais dão sua parcela de contribuição para a ineficiência e para a corrupção como analisamos no item referente à sua dimensão sociocultural. Entretanto, em face do volume de processos judiciais no Brasil, o funcionalismo da Justiça de primeiro grau não nos parece hoje inflado. A estrutura retratada por parte da imprensa quanto aos Tribunais Superiores, muitas vezes tida como exagerada, está muito longe da realidade da enorme maioria das Varas no Brasil afora. Independentemente, poder-se-ia também estudar a possibilidade de novas contratações sem a estabilidade atual do funcionalismo, mais ágeis e com menos custos de aposentadoria. Em alguns Estados há cartórios terceirizados, por exemplo[519]. Sem que aqui se afirme peremptoriamente ser esta uma solução, a questão pode ser ao menos pensada, sem preconceitos.

---

[518] NAHAT, Ricardo. *Anatomia da Corrupção.* São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1991, p. 70.

[519] Vladimir Passos de Freitas lembra de um outro problema, pouco conhecido e impensável na iniciativa privada, que afeta os cartórios judiciais e que causa enormes dificuldades para administração dos tribunais na alocação dos recursos: "(...) os aprovados no concurso nem sempre são do local. Meses depois, querem retornar à origem. Isto desfalca a Vara e prejudica a população. Ao assumir, o servidor deve pesar as consequências de seu ato e não procurar resolver o problema a que deu causa através de pedido político ou ação semelhante." Disponível

Fausto Martin de Sanctis compartilha da visão de necessidade de melhor estruturação da Justiça de primeiro grau, notadamente quanto à questão do funcionalismo:

> Importa, ainda, citar que o quadro de servidores originalmente previsto para as Varas Criminais comuns, por sua vez, não tem se mostrado suficiente (...), havendo, ainda, necessidade de apropriado espaço físico (...).[520]

Talvez a informatização dos tribunais, ainda com muito campo para avanço, e a melhoria dos atuais softwares responsáveis pela tramitação dos processos digitais, com a capacitação adequada de todos (inclusive magistrados) para a utilização otimizada das ferramentas, torne essa questão da escassez de funcionários obsoleta. A ver.

Pensando em termos de legislação, há propostas a serem pensadas tanto no sentido de acelerar a velocidade dos trâmites processuais até o eventual trânsito em julgado (com reflexos na sensação de impunidade), quanto para atacar direta e efetivamente a impunidade.

Nessa linha, a alteração da progressão de regime, hoje fixada em apenas 1/6 para crimes não hediondos; manutenção da possibilidade de prisão já a partir de segunda instância, além dos casos de preventiva, tal como decidido pelo STF no HC 126292 em 02.09.2016 (execução provisória da pena); ajuste da legislação no que concerne às nulidades processuais, tal como previsto nas famosas "dez medidas contra a corrupção"[521], objetivando que a anulação dos processos e exclusão das provas só ocorram nas hipóteses de comprovado prejuízo concreto e violação de direitos do réu, devendo-se levar em conta, ainda, a análise quanto

---

em https://www.conjur.com.br/2011-fev-20/segunda-leitura-papel-servidores-cartorio-judiciario, acesso em 14.11.2018.

[520] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 271.

[521] Disponível em http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=6193, acesso em 13.11.2018.

à boa-fé dos agentes públicos responsáveis pela persecução penal e as consequências, para a sociedade, de se deixarem culpados livres[522].

Além disso, a fim de se liberarem recursos dos tribunais, inclusive escreventes e Juízes, para a atuação mais concentrada nos casos mais importantes, redistribuindo-se prioridades, poderiam ser estudadas: a eventual adoção de métodos alternativos como o "plea bargain" dos EUA em casos menos graves; a ampliação do rol dos delitos abarcados pela competência dos JECRIMs; a descriminalização de alguns delitos que encontram suficiente proteção em outras áreas do Direito e não causam danos a bens jurídicos de maior importância, como a vida, nem financiam outros crimes[523]. O menor tempo despendido em casos criminais pouco graves liberaria tempo para empenho em casos mais graves.

Pensando na estrutura da Justiça e no volume de processos, um dos motivos do sucesso da "Operação Lava Jato" - reconhecidos aqui o mérito, o esforço e a enorme capacidade do Juiz Sérgio Moro e demais servidores que com ele trabalharam, da Polícia Federal e do Ministério Público - se deve ao fato de que por longo período magistrado e equipe tiveram como se dedicar exclusivamente aos feitos ligados à operação. Daí porque também há que se ter cautela, do ponto de vista prático, em defender o fim do foro por prerrogativa de função esperando a generalização de resultados semelhantes, sem o fornecimento de estrutura semelhante.

A criação de Varas com competência especializada se mostra muito importante, pois os crimes econômicos, financeiros e ligados à corrupção em amplo sentido são extremamente complexos, com *iter criminis* em várias etapas, atuação de diversas pessoas. A produção probatória é difícil, os fatos de difícil apuração, às vezes abafados por autoridades coniventes, exigindo assessoria técnica especializada nas diversas áreas[524]. A persecução a esses crimes

[522] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 87.
[523] A injúria, por exemplo.
[524] BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 20.

demanda conhecimentos não só jurídicos, mas relacionados à economia, finanças, contabilidade.

Nas palavras de Fausto De Sanctis, tal criminalidade, do "colarinho branco", implica tratamento diferenciado e os extensos processos devem ser tratados como verdadeiros "casos artesanais que exigem, a um, uma correta manipulação; a dois, criteriosa classificação; a três, condições de interpretação e, finalmente, exata compreensão e dimensão da dificuldade inerente ao delito".[525] E não há se falar em discriminação da Justiça penal, com prejuízo à apuração dos crimes praticados por pessoas de classes sociais mais pobres, pois discriminação implica tratamento desigual e injustificado de situações equivalentes[526], hipótese que a dificuldade média na produção de uma prova sólida nos crimes ligados à corrupção e as consequências desse tipo de delito, afasta.

Ainda dentro da ideia de estruturação do Poder Judiciário, uma contribuição fundamental para o enfrentamento da corrupção reside na efetiva autonomia orçamentária, evitando que tribunais tenham que constantemente bater às portas do Executivo solicitando recursos, garantindo-se assim maior independência na prestação jurisdicional.

A propósito dessa real independência, saindo do âmbito do Judiciário, necessária e fundamental também se mostram a garantia de independência e a estruturação das Polícias Civis e da Polícia Federal. Guilherme Cunha Werner observa que em uma democracia "é inadmissível que determinados grupos, ao arrepio da lei, possam influir e definir o que será investigado, por quem, quando, de qual maneira", promovendo um ambiente propício à imoralidade[527]. Nesse sentido, Werner propõe, ainda que por meio de Emenda Constitucional que altere a disciplina do art. 144 da CF/88, que a autonomia das polícias, notadamente a Federal, se dê nos aspectos administrativo, funcional e orçamentário, visto ser

[525] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 267.
[526] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 269.
[527] WERNER, Guilherme Cunha. Isenção política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. In*: Revista Brasileira de Ciências Políticas*. Brasília, V.6, nº 2, jul/dez 2015, p. 34.

necessário “conferir a seus integrantes garantias específicas para o exercício pleno de suas funções constitucionais (...)”.[528]

De fato, não há se falar em independência funcional, de um modo geral, se não se tem estrutura para trabalho e aprimoramento, se é preciso implorar por recursos por eles.

Fazem-se também indispensáveis os investimentos em tecnologia, com a implantação e a disseminação do uso dos *softwares* e demais instrumentos de vanguarda disponíveis no mundo atualmente para captação, análise e cruzamento de dados nas investigações[529]. Além da tecnologia, a atenção às perícias em geral é algo que deve ser prestigiado em ambas as Polícias, Federal e Civil dos Estados, com aumento dos quadros, capacitação, fornecimento de estrutura.

3.1.5. *Desmonte das redes difusas*.

A abordagem neoinstitucional ilumina o enfrentamento às redes difusas e fluídas da corrupção sistêmica arraigada às instituições em uma cleptrocracia ou pré-cleptocracia. É essa abordagem que melhor explica esse estágio avançado da corrupção e que apresenta os melhores instrumentos para enfraquecê-la, ainda que não dispense aqueles das outras perspectivas já analisadas.

Destacam-se como principais medidas a *accountability* política*,* a transparência, a liberdade de imprensa e a internet livre, a *responsiveness* e a fidedigna representatividade do sistema político-eleitoral, o insulamento

---

[528] WERNER, Guilherme Cunha. Isenção política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. In*: Revista Brasileira de Ciências Políticas*. Brasília, V.6, nº 2, jul/dez 2015, p. 20.

[529] Sobre a importância da tecnologia, Deltan Dallagnol comenta sobre parte do trabalho na operação Lava Jato: “A tecnologia também foi colocada a serviço do exame de outras informações. Ao lado da sala de reuniões da força-tarefa, atrás de uma parede de vidro que a separa do corredor, está uma equipe técnica discreta, mas essencial para os trabalhos. Ela analisa mais de 18 milhões de operações bancárias que se aproximam, juntas, de 1,2 trilhão de reais. Seria impossível examinar tudo isso em papel. (...) Os programas que usamos são capazes de fazer conexões entre diferentes bases de dados ou constroem gráficos sobre relacionamentos empresariais, fiscais e bancários”. DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 124.

burocrático (despolitização da Administração) e a desburocratização, a possibilidade de anonimato aos denunciantes, a participação de todos os setores da sociedade, com a utilização de diferentes campos de conhecimento. Tais ferramentas se interligam, se suportam umas nas outras.

3.1.5.1. Accountability.

O termo *accountability* não possui tradução exata na língua portuguesa. Para Werner "configura-se na obrigação dos integrantes dos órgãos públicos e representantes políticos prestarem contas às instâncias controladoras bem como à população sobre suas atividades"[530]. Expressa as noções, portanto, de prestação de contas, de compromisso, de causa e consequência, de responsabilidade por atos e decisões.

Andreas Schedler delineia essas ideias bifurcando a *accountability* em dois outros conceitos que ela simultaneamente abarca, a *answerability* (que vem do verbo "to answer", responder) e o *enforcement* (que vem de "to enforce", aplicar, impor, executar). Assim, a *answerability* seria a "necessidade de autoridades públicas informarem sobre e explicarem o que estão fazendo". *Enforcement* seria a "capacidade de agentes fiscalizadores imporem sanções aos detentores do poder que violaram suas responsabilidades públicas"[531].

O ângulo do *enforcement* da *accountability,* portanto, é aquele da consequência real, da consequência prática, da existência de sanções. Tais incluem a punição criminal, objeto primordial da análise de custo benefício da dimensão político-econômica da escolha criminosa, mas não se limitam a ela. As sanções da *accountability* englobam também a possibilidade de afastamento do

[530] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 70.

[531] SCHEDLER, Andreas. Por um conceito de accountability. In: DIAMOND, Larry (org). *2º Coletânea da democracia.* Trad. Patrícia Helena Rubens Pally, Vitor Adriano Liebel, Marcelo Oliveira da Silva, Zora Morgenthaler. Curitiba: Ed. Atuação, 2017, p. 363.

cargo, de impeachment, de não reeleição, de desgraça política, de perda de emprego, de desmoronamento da reputação por meio da exposição[532].

Podemos exemplificar o conceito com o seguinte esquema: "A tem uma relação de *accountability* com B quando A é obrigado a informar a B suas ações e decisões (passadas e futuras), justificá-las e sofrer punições em caso de eventual má conduta".[533]

Lindita Camaj esclarece que há uma diferença entre a *accountability* política vertical e a horizontal. A vertical descreve o relacionamento entre atores desiguais em termos de poder. É nessa categoria que se encaixa a relação eleitorado/político, imprensa/político. A horizontal descreve o relacionamento entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e seus membros. É a *accountability* dentro do sistema de freios e contrapesos, entre iguais[534].

3.1.5.2. Transparência.

Transparência e *accountabillity* estão umbilicalmente conectadas, pois a primeira, em boa medida, possibilita a segunda. A transparência é um instrumento da *accountabillity*. Sem a obrigação de transparência, a *accountabillity* resta sumamente prejudicada, eis que o agente público só prestará contas se quiser e do que quiser, como bem esclareceu à nação o antigo Ministro da Fazenda Rubens Ricupero que em 1994, incauto, deixou escapar a seguinte admissão às câmeras de televisão que pensou estarem desligadas: "O que é bom a gente fatura, o que é ruim a gente esconde"[535].

---

[532] SCHEDLER, Andreas. Por um conceito de accountability. In: DIAMOND, Larry (org). *2º Coletânea da democracia.* Trad. Patrícia Helena Rubens Pally, Vitor Adriano Liebel, Marcelo Oliveira da Silva, Zora Morgenthaler. Curitiba: Ed. Atuação, 2017, p. 367.

[533] SCHEDLER, Andreas. Por um conceito de accountability. In: DIAMOND, Larry (org). *2º Coletânea da democracia.* Trad. Patrícia Helena Rubens Pally, Vitor Adriano Liebel, Marcelo Oliveira da Silva, Zora Morgenthaler. Curitiba: Ed. Atuação, 2017, p. 368.

[534] CAMAJ, Lindita. The midia's role in fighting corruption: media effects on governamental accountability. *The international jornal of press/politics*, 18, 2013, p. 24.

[535] Disponível em https://acervo.oglobo.globo.com/frases/eu-nao-tenho-escrupulos-que-bom-gente-fatura-que-ruim-esconde-18904449, acesso em 14.11.2018.

Andreas Schedler, por outro lado, acredita que é a *accountability* que gera transparência. Ele assevera que "se o exercício do poder fosse transparente, não haveria a necessidade de exigir ou prestar contas". A exigência de *accountability*, segundo ele, se origina, justamente, da opacidade do poder. No *panóptico* de Jeremy Bentham, nula seria a necessidade de *accountability*[536]. A observação de Schedler é verdadeira, sobretudo sob o aspecto da *answerability*. Todos saberiam de tudo automaticamente no *panóptico*. O mesmo não se diga quanto ao aspecto do *enforcement.*

Arriscamos dizer que é de mão dupla essa via da instrumentalidade entre *accountability* e transparência. Assim como as redes difusas e fluidas da corrupção sistêmica para cujo pretendido desmantelamento a abordagem neoinstitucional tenta apresentar respostas, também suas ferramentas de combate atuam estruturadas em rede, trançadas.

No mais, ratifica-se com relação à transparência tudo o que já foi dito nos primeiros capítulos desta dissertação, lembrando-se apenas, a fim de se evitarem repetições enfadonhas, que o acesso à informação pública é direito fundamental, faceta do próprio direito à liberdade de pensamento, mas, a despeito disso, e conforme o Ministro Rubens Ricupero nos deixou avisado, não há que se esperar que os agentes públicos se rendam espontaneamente, "em ato de iluminação divina, aos imperativos da transparência".[537]

Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação já mencionada no final do primeiro capítulo deste trabalho representa importante avanço, à medida que se consubstancia em mecanismo que permite a qualquer um, sem dar explicações, exigir transparência, exigir e obter informações públicas. Ela veio, nos dizeres de Weida Zancaner, "impedir que os chefetes ou tiranetes que pululam na

[536] SCHEDLER, Andreas. Por um conceito de accountability. In: DIAMOND, Larry (org). *2º Coletânea da democracia.* Trad. Patrícia Helena Rubens Pally, Vitor Adriano Liebel, Marcelo Oliveira da Silva, Zora Morgenthaler. Curitiba: Ed. Atuação, 2017, p. 373.
[537] VALIM, Rafael. O direito fundamental de acesso à informação pública. In: *Acesso à informação pública*. _____; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 43.

Administração Pública brasileira amesquinhem o princípio da publicidade, emprestando-lhe contornos tão exíguos que o descaracterizem".[538]

A sociedade há de estar atenta e cobrar, exigir, não aceitar docilmente as falsas narrativas que deem crédito a supostos e nebulosos interesses maiores para justificar a imposição de sigilos, os quais devem ser sempre excepcionais. A interpretação das restrições à publicidade deve ser restritiva, à luz do vetor principiológico do art. 37 da CF/88 e demais dispositivos constitucionais (como o art. 93 da CF/88 na redação dada pela EC 45/2004) e legais que vêm sendo incorporados ao ordenamento jurídico em favor dessa cultura de publicidade e transparência. O poder há de ser exercido às claras, à vista de todos, pois governo democrático é "governo do público, em público"[539].

3.1.5.3. *Liberdade de imprensa*.

Também em acréscimo ao que já foi analisado nos capítulos 1 e 2, releva notarmos o estudo que Lindita Camaj realizou buscando aferir o nível de importância de tal liberdade no combate à corrupção. Camaj pesquisou, cruzou e analisou dados de 133 países para concluir que, quando se trata de bons resultados em termos de *accountability* horizontal, a liberdade de imprensa é significativamente o que mais importa. Nesse tipo de *accountability*, observe-se, incluem-se as relações entre os políticos e os juízes[540].

Camaj também observou em sua pesquisa que quanto mais forte o Judiciário, maior a correlação inversa entre liberdade de imprensa e corrupção. Isto é, com um Judiciário forte, mais liberdade de imprensa significa menos corrupção. Com um Judiciário fraco, o mesmíssimo nível de liberdade de imprensa não resulta necessariamente em menos corrupção. Da mesma forma, o impacto da liberdade de imprensa na corrupção será tanto maior quanto mais competitividade eleitoral houver no país. Nesse sentido, a liberdade de imprensa

[538] ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a Lei de Acesso à Informação. In: *Acesso à informação pública*. VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 27.
[539] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1997, p. 84.
[540] CAMAJ, Lindita. The midia's role in fighting corruption: media effects on governamental accountability. *The international jornal of press/politics*, 18, 2013, p. 35.

e os veículos de *mass media* possuem influência sobre o cidadão, desde o processo pré-eleitoral, de acordo com a maneira como o informam e de acordo com o peso que colocam nos diferentes assuntos e matérias[541].

É de se fazer referência ao mérito do jornalismo investigativo como gatilho inicial denunciante de inúmeros casos gravíssimos de corrupção e malversação de recursos públicos em geral no Brasil e no mundo livre, os quais só depois, a partir das denúncias ventiladas na imprensa, passaram a ser investigados oficialmente, como o "escândalo Watergate" nos EUA, o "esquema PC Farias", o "Mensalão", para ficar em alguns dos casos com maior repercussão.

Ratifica-se, portanto, a importância da liberdade de imprensa para a democracia, associada à imprescindível pluralidade de veículos, de visões de mundo, de abordagens, representando os diversos setores da sociedade, seus diversos anseios, crenças e valores, o que implica a necessidade de verdadeira competição, de pulverização, de ausência de patrulhamentos e de sinceridade com o público, ainda que ele opte por "trocar de jornal".

A internet livre e as mídias sociais se tornam, nesse cenário, um relevante e fundamental instrumento de comunicação entre as pessoas, havendo que se ter muito cuidado para que essas modernas formas de troca de informação não sejam manietadas ou controladas com parcialidade por censores, com quaisquer nomes que se lhes queiram dar, sob justificativa de combate às "fake news" (das quais a grande mídia nunca esteve de todo livre).

3.1.5.4. Representatividade política e responsiveness.

Premente também na construção de um ambiente apto a debelar a corrupção é o ajuste acurado e racionalizado da representatividade política dos cidadãos, o que há de ser feito por meio da devida reforma constitucional que há anos vem sendo protelada. Não é razoável, por exemplo, que o estado do Amapá, com cerca de 506 mil eleitores, tenha oito cadeiras na Câmara dos Deputados,

[541] CAMAJ, Lindita. The midia's role in fighting corruption: media effects on governamental accountability. *The international jornal of press/politics*, 18, 2013, pp. 25-27.

enquanto que São Paulo, com mais de 33 milhões de eleitores, tenha setenta cadeiras. O resultado disso é que, na média, cada Deputado eleito pelo Amapá representa aproximadamente 63 mil eleitores, ao passo que um eleito por São Paulo representa mais de 475 mil[542]. O voto de um eleitor do Amapá vale proporcionalmente sete vezes mais que o de um eleitor de São Paulo. Essa diferença não é justificável, até porque o Senado, que é casa legislativa que representa os estados, já possui para cada um deles Senadores em número igual. A Câmara dos Deputados é a casa legislativa que representa o povo.

Essas distorções se verificam também em outros estados[543] e afetam diretamente a chamada *responsiveness*, que é a capacidade de respostas ajustadas do governo aos anseios da população, a habilidade para atender às demandas formuladas e as propostas estabelecidas na agenda política de forma efetiva, definindo as prioridades orçamentárias. A *responsiveness* representa a necessária entrega de uma "resposta democrática no tocante à forma como políticos priorizam as diferentes agendas e o grau de correspondência destas com as preferências públicas"[544]. Isso não é possível com uma representatividade parlamentar tão distorcida.

Essa situação de representatividade desajustada, ademais, ajuda a perpetuar a dicotomia dos "dois Brasis" de que nos fala Jacques Lambert - de um Brasil moderno e de um Brasil arcaico, de um Brasil democrático e de um Brasil inescapavelmente ligado ao coronelismo - pois favorece ainda mais o fisiologismo nas decisões legislativas, o uso do voto no Congresso não para atendimento da demanda específica da população que o elegeu, mas para barganha, para as composições.

---

[542] Vide https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Eleitorado-2018.pdf, acesso em 17.11.2018.

[543] Para citar apenas alguns outros exemplos, o voto de um eleitor de São Paulo para deputado federal vale, proporcionalmente, menos de 2/3 do voto de um eleitor de Minas Gerais, pouco mais da metade do voto de um eleitor da Bahia, menos da metade do voto de um eleitor do Maranhão, quase sete vezes menos que o voto de um eleitor do Acre.

[544] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p 71.

A implantação do chamado voto distrital pode ser uma saída. Além de melhorar a representatividade em função direta de uma imediata melhor distribuição territorial dos eleitores e candidatos, resolvendo as distorções de proporcionalidade mencionadas acima, o sistema tenderia a manter o eleito mais conectado com quem o elegeu à medida que a base territorial de captação de votos seria necessariamente menor, mais limitada, o que facilitaria também fiscalização pelo eleitor de seu representante.

Outra possível benesse viria do barateamento das campanhas, visto que os candidatos não estariam mais disputando votos do estado inteiro (no caso do voto para Deputado Federal). A disputa se resumiria à base distrital, sensivelmente menor. Altíssimos gastos com campanhas sempre foram, desde a Roma antiga como já se viu, ensejadores de corrupção. Lá ela ocorria para o eleito se compensar dos próprios gastos. Hoje ela ocorre majoritariamente para que o financiador se compense do investimento feito no eleito, numa relação de clientelismo.

Nesse cenário, várias propostas surgem para tentar minorar o problema, como financiamento público das campanhas ou a proibição de doações por empresas, por pessoas jurídicas. Tais propostas visam não só a remediar a corrupção, mas também a melhorar a representatividade eleitoral, afastando do processo potências econômicas. Temos dúvidas sobre a eficácia dessas medidas para a saúde do processo eleitoral. Até porque o maior problema é o que não é declarado, é o “caixa dois”. No que concerne à corrupção, e evitando-se que os contribuintes gastem mais dinheiro com os Partidos e seus candidatos, talvez uma possibilidade de solução intermediária fosse permitir que empresas doassem para campanhas, ressalvada a proibição de licitarem contratos públicos nos anos subsequentes.

Com relação ao desvirtuamento da representatividade popular a partir da ingerência de grupos econômicos, interessante a abordagem de David Horowitz e John Perazzo, para os quais isso não é necessariamente evitado com a proibição de empresas fazerem grandes doações. No livro “Do partido das sombras ao governo clandestino” os autores relatam o processo de tomada do Partido

Democrata nos EUA pelo bilionário George Soros, a partir do McCain-Feingold Act, lei que por lá engessou as doações para campanhas eleitorais e depois da qual Soros teria se tornado o principal *player* dentro do Partido, guinando-o mais para a esquerda, esmagando gradativamente os movimentos intra-partidários mais moderados.

3.1.5.5. Insulamento burocrático e desburocratização.

Trata-se de evitar a excessiva politização da burocracia estatal e ocupação de cargos que deveriam ser técnicos por pessoas que tenham como qualificação primordial sua relação com padrinhos políticos ou intermediários. O insulamento burocrático é incentivado pela Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção), internalizada em nosso ordenamento pelo Decreto 5.687/06.

A politização da burocracia se mostra sensível no excessivo número de cargos comissionados, principalmente naqueles com maior poder e maior remuneração, que na Administração Pública federal recebem a denominação DAS 6, os quais aumentaram consideravelmente nos últimos anos. É resultado da patronagem, já abordada no início deste capítulo.

A existência de excessivo número de cargos em comissão e de nomeações de natureza livre mostra-se perniciosa à República, fazendo-se imperiosa a valorização da coisa pública por meio da valorização do burocrata ligado à Administração Pública, não aos interesses do administrador do momento[545].

O insulamento burocrático pode ser encontrado atualmente no Brasil na Comissão de Valores Monetária e nas agências de regulação, por exemplo. Constitui-se na tentativa de garantir que decisões de ordem técnica sejam tomadas de forma técnica e imparcial, sem intervenções indevidas que

[545] LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.174.

comprometam a independência frente a pressões ou interesses políticos que não se coadunam com o verdadeiro interesse público[546].

Para Werner, a "corrupção apenas será superada com a criação de condições de insulamento das instituições de Estado baseadas na legalidade, impessoalidade e meritocracia", protegendo-se, assim, a Administração Pública de ingerências dos detentores do poder e evitando-se o loteamento do governo e da coisa pública[547].

A propósito do insulamento, estima-se que um corpo burocrático mais técnico, mais capaz, tende também a permitir a própria diminuição da estrutura burocrática. A burocracia em certa medida é necessária, mas não pode se tornar um fim em si mesma. O excesso de burocracia, ainda que o estamento não esteja dominado pela patronagem e pelo loteamento político, naturalmente cria dificuldades que, ao se mostrarem sem sentido lógico à população, não estimulam sua observância estrita. A diminuição da intervenção estatal quando ela não se faz absolutamente necessária é algo desejável. Fala-se aqui tanto do tamanho da estrutura, do estamento em si, quanto da atuação, do nível de interferência. Não favorece o combate à corrupção a criação de leis draconianas, de dificílimo cumprimento pelos particulares, as quais se somam a um emaranhado legislativo. Há que se ter cuidado em criar dificuldades, para que não se dê ensejo à venda de facilidades, com fiscalizações que se destinam mais ao achaque que qualquer outra coisa. São "normas claras, feitas realmente para serem observadas, fiscalização séria e alteridade" que ajudam a prevenir a corrupção[548]. O aspecto da alteridade, da relação com o outro, há de ser ressaltado. A respeito da Lei 12.846/13, chamada Lei Anticorrupção, Janaina Paschoal destaca alguns perigos, dentro desse ponto de vista de que estamos tratando:

---

[546] WERNER, Guilherme Cunha. Isenção política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. In*: Revista Brasileira de Ciências Políticas*. Brasília, V.6, nº 2, jul/dez 2015, p. 40.

[547] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 67.

[548] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Corrupção mata.* Folha de São Paulo, p. 3, 26.12.2013

> (...) a lei estabelece um rol bastante amplo de atos lesivos à administração, sendo certo que quaisquer deles poderão ensejar punições severas como o pagamento de multa de até 20% do faturamento da empresa ou, na impossibilidade de aferi-lo, de até R$ 60 milhões. (...) referido diploma legal não concatena o ato à punição, conferindo grande arbítrio à autoridade que decidirá acerca da ocorrência do ilícito e a resposta estatal. (...) O verdadeiro antídoto contra a corrupção é a adoção de normas claras, qualidade ausente na nova Lei Anticorrupção, que vem sendo inocentemente aplaudida nos meios de comunicação. O quadro fica mais grave quando se constata que o legislador não estabeleceu qual será a autoridade competente para apurar e punir as supostas infrações. Fala-se, genericamente, na autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos três Poderes, sendo possível a delegação. Ora, se não houver regulamentação restringindo essa competência, qualquer secretaria municipal poderá instaurar procedimento para aplicar multa passível de aniquilar uma empresa, prejudicando empregados e consumidores. Pense no poder que terá um funcionário público corrupto diante de um leque tão amplo de condutas tidas como ilícitas e, pior, frente a tantas possibilidades de duras sanções[549].

3.1.5.6. *Proteção e garantia de anonimato aos denunciantes*.

Denunciantes no cenário de que estamos cuidando equivalem ao que a doutrina estrangeira se refere como *whistleblowers*.

Os delitos de corrupção evidentemente ocorrem às escondidas e os vestígios são relativamente mais fáceis de serem despistados, pelo menos do ponto de vista das evidências físicas de um "corpo de delito". Não há testemunhas oculares e um corpo de delito único e bastante, ao contrário do que pode ocorrer em um homicídio, por exemplo.

Não fossem essas dificuldades, o poder econômico, político ou repressivo dos agentes da corrupção naturalmente intimidam e amedrontam as poucas testemunhas que possam eventualmente saber de alguma coisa, o que as desestimula a denunciar.

[549] PASCHOAL, Janaina Conceição. *A lei que pode aumentar a corrupção*. Folha de São Paulo, p. 3, 04.02.2014.

Nesse cenário, torna-se prudente, visando-se a estimular esses possíveis denunciantes e a intimidar os corruptos, que aqueles sejam protegidos por meio da possibilidade de que a denúncia possa ser feita de forma anônima e de forma a não ser possível rastrear o seu autor.

Não quer isso significar que todas as denúncias anônimas tenham que obrigatoriamente ensejar investigações e providências. Investigações são caras, demandam tempo e recursos. O anonimato tem como revés da moeda a possibilidade facilitar um denuncismo irresponsável, vazio, caluniador ou desviado de seus méritos verdadeiros. A Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, por exemplo, recebe muitas denúncias, anônimas ou não, desprovidas de qualquer lastro, algumas das quais denotando nítida confusão mental por parte do denunciante, assim como certamente todos os órgãos públicos na era da informática, com ouvidorias à distância de uma tecla de computador.

A denúncia anônima, porém, deve poder ser considerada para início de investigações e diligências, as quais deverão ser as necessárias para a apuração, sejam quais forem, se a necessidade se apresentar. Mormente quando coerente sua narrativa, quando lógica, quando contendo elementos que indiquem probabilidade do fato denunciado ser verdadeiro ou quando em consonância com outros fatos que por acaso sejam do conhecimento do agente público recebedor da denúncia e que despertem nele, por isso, dúvida razoável. Não faz sentido e se mostra imprudente que uma investigação deixe de ser realizada nesses casos apenas por conta do caráter anônimo da denúncia inicial que a está a ensejar.

Temos como equivocado, com a devida vênia, o atual posicionamento do STF, que no julgamento do HC 100042-MC/RO, relatado pelo Ministro Celso de Mello, decidiu pela impossibilidade de se iniciar a persecução penal com base em denúncia anônima. Note-se que a decisão não diz respeito apenas à impossibilidade de o Ministério Público iniciar um processo lastreado apenas na denúncia anônima, mas mata na raiz a própria possibilidade de a polícia investigar:

> (...) As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de *persecutio criminis*.

Pensamos não ser a melhor solução. Mesmo que isoladamente considerada, se coerente e se razoável com o que o receptor da denúncia por sua experiência entende possível, temos que nada deveria impedir a possibilidade de se instaurar investigação. Assim, não sendo obrigatória a instauração de investigação em face de toda e qualquer denúncia anônima, se uma autoridade policial, diante de uma determinada denúncia, julgando-a plausível de ser verdadeira ante sua experiência e julgando-se com recursos para a apuração, instaura um inquérito, investiga a denúncia, colhe mais elementos que, combinados, depois dão ensejo a um processo criminal, tal processo não pode estar sujeito à anulação singelamente em razão de sua origem.

O posicionamento do STF acerca do tema foi específica e expressamente criticado na reunião de cúpula do G20 realizada em Cannes em 2011 e constou do documento denominado "Anti-Corruption Action Plan - Protection of Whistleblowers", evidentemente com a recomendação contrária.[550]

Glauco Costa Leite, concordando com a necessidade de se mitigar o princípio que veda o anonimato, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público, cita o exemplo do Reino Unido, no qual o anonimato do denunciante é garantido e válido se ele apresentar fundamento para acreditar que possa ser vítima de represália ou que as provas seriam ocultadas ou destruídas, bem como se o problema já tiver sido, sem solução, apontado *interna corporis*, ou se o denunciante comprovar alguma preocupação excepcionalmente séria.

[550] Disponível em https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf, acesso em 17.11.2018.

3.1.5.7. *Multidisciplinariedade e envolvimento de diferentes setores da sociedade*.

Não só a História, o Direito, a Economia, a Ciência Política, a Sociologia podem contribuir para os estudos de diminuição da corrupção. Um estudo publicado pela Universidade de Oxford, promovido por pesquisadores nas áreas da Física e da Matemática identificou padrões na corrupção brasileira nos últimos anos, propondo-se a ajudar na prevenção de escândalos futuros.

O estudo demonstrou que os níveis de corrupção, a quantidade de casos e de pessoas envolvidas, bem como os valores, tendem a crescer progressivamente em intervalos de quatro em quatro anos, atingindo platôs aos finais desses períodos, para, em seguida, após arrefecimentos ligados ao início de novos governos, tornarem a subir. Ciclicamente.

Utilizando-se de algoritmos e de tecnologia para compilar e processar dados, os pesquisadores conseguiram analisar 65 escândalos de corrupção entre 1987 e 2014, englobando 404 pessoas envolvidas, entre políticos, burocratas, empresários e intermediários. Mapearam os escândalos de corrução ligando-os uns com os outros sempre que pelo menos duas pessoas estavam envolvidas em ambos, conforme tenham sido mencionadas nas investigações ou pela grande imprensa, não necessitando terem sido indiciadas. O método revelou relações, por exemplo, entre os desvios de verba do TRT, o “Dossiê Cayman”, o “Frangogate”, o “escândalo dos Precatórios”, a “Máfia dos Fiscais”, a CPI do Banestado. Em outra linha de relações, o método indicou a ligação do “caso Waldomiro Diniz”, com o “caso G-Tech”, de ambos com o “caso Celso Daniel”, e deste com a “Operação Anaconda”. E assim por diante.

A identificação dessas pessoas e o estudo do padrão de comportamento delas nos escândalos em determinado período de quatro anos, poderia ajudar a combater a corrupção por meio da maior atenção a determinados atores fundamentais quando seus grupos retornassem ao poder para novos quadriênios[551].

[551] RIBEIRO, Haroldo V. et al. The dynamical structure of political corruption networks. *Journal of Complex Networks*, Oxford, p. 1-15, jan. 2018.

A otimização da utilização desse tipo de mapeamento inovador, contudo, depende do envolvimento de toda a sociedade. De todos os Poderes, das Polícias, da imprensa, dos Tribunais de Contas, das ONGs e do empresariado, este, por exemplo, por meio do incentivo e implementação de *compliance*. A ideia está presente no NIS, "National Integrity System", ou sistema nacional de integridade, modelo de abordagem neoinstitucional por meio do estudo de todos os pilares da sociedade e iluminação dos pontos fracos, desenvolvido pela Transparência Internacional. Um sistema integrado de combate à corrupção será tanto mais eficaz quanto maior a força resultante da soma dos esforços de todas as instituições e leis[552].

3.2. As organizações criminosas.

3.2.1. *Avanço da sofisticação criminal e Lei 12.850/13.*

Não se confundem as organizações criminosas com a mera associação criminosa do atual art. 288 do CP, que exige apenas três pessoas ou mais combinadas para o fim de cometer crimes, desde que apresentando mínima estabilidade e ainda que organizada de forma rudimentar e sem hierarquia[553].

A figura da associação criminosa veio a substituir, no mesmo artigo, a antiga figura da quadrilha ou bando, introduzida no nosso ordenamento no início da década de 1940 e precursora no Brasil da possibilidade de punição autônoma de uma união de criminosos gerando perigo abstrato, mas que exigia, para sua configuração, mais de três pessoas associadas, não apenas três.

A Lei 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa, mudou o desenho jurídico desse tipo de criminalidade, alterando o nome da quadrilha ou bando para associação criminosa, reduzindo a exigência para sua configuração a somente três membros e, mais importante, tipificando em seu art. 2º, com pena substancialmente mais alta que a do art. 288 do CP, o crime consistente em

[552] Disponível em https://www.transparency.ie/resources/NIS, acesso em 26.11.2018.
[553] PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1202.

promover, constituir, financiar ou integrar, por si ou interposta pessoa, a organização criminosa.

No seu art. 1º a Lei definiu esse tipo de organização como a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou sejam de caráter transnacional.

A nova legislação veio a adequadamente ocupar o lugar da criticada Lei 9.034/95, a qual pretendeu regular os meios operacionais para prevenção das ações das organizações criminosas – como ação controlada, captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, infiltração de agentes – mas sem, contudo, definir o que era uma organização criminosa e sem que houvesse no Brasil o crime autônomo de pertencer a uma organização criminosa, o que levou alguns a entenderem que a lacuna derivada da falta de definição poderia ser suprida pelo conceito da Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado – Convenção de Palermo – reconhecida pelo nosso Decreto 5.015/2004 e pela qual uma organização criminosa se definiria como um grupo estruturado com três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves, com a intenção de obter direta ou indiretamente benefício econômico ou outro benefício material[554].

Em 2012 sobreveio a Lei 12.694, ainda em vigor, que dispôs sobre a possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas, definindo-as como a associação de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima

[554] Nesse sentido, HC 138.058-RJ do STJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues. Em sentido contrário, entendendo que tomar o conceito da Convenção de Palermo sem uma lei em sentido estrito em vigor no País definindo organização criminosa feriria o princípio da legalidade, voto do Min. Marco Aurélio Mello no HC 96.007/12 do STF.

seja superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. Tal definição, especificamente, restou revogada pela Lei 12.850/13, a qual exige o concurso mínimo de quatro pessoas para a configuração da organização.

Antes tarde do que nunca, a atual legislação surgiu em nosso ordenamento com alguns anos de atraso em relação à Convenção de Palermo, de 2000, quando esse tipo de criminalidade já se apresentava como uma crescente preocupação mundial dado seu caráter internacional e forte poderio econômico apto a constituir verdadeiro poder paralelo. Crimes como tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, crimes contra a ordem econômica, crimes contra a administração pública, lavagem de dinheiro, praticados por verdadeiras empresas criminosas e com infiltrações nos órgãos de Estado.[555]

Essa criminalidade contemporânea, transnacional, apresenta dificuldades para o Direito Penal tradicional, a ponto de Vicente Greco Filho, intencionalmente se afastando da polêmica sobre o chamado "Direito Penal do Inimigo", parecer não se opor à necessidade de legitimamente se adotarem medidas especiais no combate ao terrorismo e a toda criminalidade que se coloca como um poder paralelo ao Estado como, por exemplo, aquela constatada pela operação "Mãos Limpas" na Itália.

Greco acredita que essas medidas especiais constituiriam um "Direito Penal de criminalidade diferenciada", congruente com a democracia e tendente a preservar seus valores. Como exemplos, cita o "Patriotic Act" nos EUA; a figura da "entrega" do acusado ao Tribunal Penal Internacional prevista no Estatuto de Roma para crimes contra a humanidade, independentemente do procedimento clássico de extradição; a Lei Antiterrorismo da Alemanha que permite, por exemplo, o controle das correspondências dos presos. Embora terrorismo e crime organizado não se confundam, a Convenção de Palermo se insere nesse contexto, de busca de soluções para uma criminalidade moderna, transnacional,

[555] GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

difícil de ser combatida, com muito poder econômico, mais planejada, mais estruturada, mais astuta[556].

É importante ressaltar que criminalidade organizada também não se confunde necessariamente com máfia. Nas máfias destacam-se, além da organização, o papel central da família em sentido amplo, a especial referência à honra, a cultura de morte[557]. As máfias são organizações criminosas, mas o conceito de organização criminosa abarca também as não mafiosas.

A Lei 12.850/13, conquanto orientada pela Convenção de Palermo, teria sido tímida e ficado longe de efetivamente adotar as medidas mais drásticas do "Direito Penal de criminalidade diferenciada", limitando-se a algumas medidas especiais[558] descritas em seu art. 3º como a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos, ou acústicos, a ação controlada, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas e a bancos de dados públicos e privados, as interceptações telefônicas e telemáticas, afastamento de sigilos financeiro, bancário e fiscal, infiltração por policiais em atividade de investigação.

Como observa Fausto Martin De Sanctis, as técnicas especiais de investigação da Lei 12.850/13, em perfeita sintonia com o que recomenda o Grupo de Ação Financeira Internacional em Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF), têm como razão de ser "a percepção de que a prática delituosa evoluiu para a adoção de complexos comportamentos visando ludibriar a administração da

---

[556] GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 11.
[557] GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 10.
[558] Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
I - colaboração premiada;
II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
III - ação controlada;
IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Justiça", de maneira que elas se fazem necessárias ao efetivo combate do crime organizado a fim de viabilizar processos judiciais eficazes[559].

Vicente Greco critica na legislação brasileira o fato de que melhor teria sido, afastando-se da definição da Convenção, a utilização de um conceito mais aberto de organização criminosa, dado que elas são muito diferenciadas e multifacetadas, de forma que o conceito deveria ser mais fluido, como fluidas são as tais organizações.[560]

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Cesar Busato compartilham da opinião quanto à dificuldade de se definir organização criminosa e indicam que se trata de assunto muito polêmico, objeto de grande desinteligência na doutrina. Sob outro ângulo, e independentemente das dificuldades conceituais, Bitencourt e Busato demonstram ceticismo quanto à existência de uma criminalidade verdadeiramente organizada no nosso País, onde tudo é desorganizado[561]. Creem que o advento da Lei 12.850/13 se deu em um contexto de pressões externas que, associadas a estardalhaços midiáticos e ao "populismo penal", nos levaram à adoção acrítica de algumas das medidas especiais constantes do art. 3º da referida Lei, importadas de ordenamentos jurídicos estrangeiros e inapropriadas ao Brasil.[562] Para os autores, em suma, a legislação de Organização Criminosa se insere no contexto do perigoso avanço do punitivismo e do sensacionalismo manipulador das massas, tão alertado por vários autores, embora por nós questionado conforme análise realizada no capítulo 2 deste trabalho.

---

[559] DE SANCTIS, Fausto Martin. Crime organizado e lavagem de dinheiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

[560] GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 14-17.

[561] "Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado?" BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 116. Discordamos da opinião dos autores, entendendo que o Primeiro Comando da Capital, grupo de controla o tráfico de drogas no estado de São Paulo, e os fatos revelados pelo Mensalão e pela operação Lava Jato constituem evidências mais do que suficientes, entre tantas outras, de que há crime organizado no Brasil. E bem organizado.

[562] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 13-23.

Entre essas medidas indevidamente importadas estaria a colaboração premiada[563], chamada por Bitencourt e Busato de "traição premiada". Ela seria produto de uma confessada falência do Estado para combater o crime, mais do que resultado de qualquer sofisticação criminosa; estimularia a deslealdade e a traição; apresentaria o paradoxo de que uma pessoa que não tem escrúpulos em trair um companheiro, não tem escrúpulos para mentir na delação. Mesmo comentando sobre os embriões da colaboração premiada no Brasil, que estimulavam a delação para libertação da vítima em casos de crimes de extorsão mediante sequestro[564], os autores insistem na ratificação do termo "traição"[565].

Temos que discordar.

O argumento da "falência do Estado" só pode ser aceito a partir da premissa de que a criminalidade organizada não apresenta as características diferenciadas e muito mais sofisticadas e que requerem uma concomitante resposta adaptada do Direito Penal[566], visto que as tecnologias e as relações sociais, econômicas e geopolíticas se alteram ao longo do tempo. Tanto assim que medidas diferenciadas, como a colaboração premiada, têm sido utilizadas por grande número de países, inclusive desenvolvidos, já há alguns anos. Então a inserção da colaboração premiada no Brasil não representa uma importação de

---

[563] Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[564] Art. 159 do CP, cujo §4º foi incluído e depois alterado respectivamente pelas Leis 8.072/90 e 9.269/96. Posteriormente, a Lei 11.343/06 estabeleceu causa de diminuição de pena para o acusado que colabore com a identificação de demais coautores e na recuperação do dinheiro do tráfico de drogas. Em 2012 a Lei 12.683 criou benefícios para o colaborador em casos específicos de lavagem de dinheiro.

[565] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 116-120.

[566] Fausto De Sanctis constata a importância da evolução da estratégia de intervenção estatal, a partir de uma tutela jurídico-penal que abarque "o fenômeno intimidatório do crime organizado, o qual pretende infiltrar-se no Estado, desejando influenciar, dada sua petulância, na vontade de políticos, jornalistas, juízes, empresários". DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

vanguarda, de um instituto novíssimo, experimental em um ou dois lugares. Uma situação é rejeitar a importação automática de qualquer moda estrangeira, outra é julgar que só nós somos tão diferentes, só nós estamos livres da criminalidade organizada.

Embora se alegue que a preocupação com o estímulo à delação é com a moralidade da Justiça, consideramos que o argumento explora um moralismo incompatível com a necessidade de se tentar solucionar crimes gravíssimos de interesse de toda a população. O uso excessivo do termo "traição" revela, no nosso sentir, preocupação também com a moralidade e com a situação processual dos próprios agentes envolvidos, delatores e delatados. Ora, via de regra, no instituto da colaboração premiada só delata quem é culpado. Inocente não tem o que delatar, visto que para ele não há relação de custo e benefício. Em se tratando de crimes graves como extorsão mediante sequestro ou que resultam no desvio de milhões de reais em verbas públicas, a reserva moral do envolvido é bastante ínfima e um excesso de preocupação com ela se mostra vazio de sentido.

Quanto à possibilidade do colaborador mentir para obter a diminuição de sua pena, esse é um risco que existe, mas que estará submetido às análises do Ministério Público e do magistrado e ao cotejo com os demais elementos probatórios e de convicção, bem como à ampla defesa do delatado. Logo, a exacerbação desse risco como argumento contrário ao instituto da colaboração premiada parece considerar a capacidade do delator mentiroso de, simplesmente com suas palavras e sem o amparo de documentos e outros elementos de prova (o que a Lei expressamente veda[567]), enganar o Ministério Público e o Juiz, os quais haverão de se manter crentes quanto à delação mentirosa também diante dos argumentos e das provas trazidas pela defesa do delatado. No mais, consideramos equivocado qualquer tipo de comparação, expressa ou velada, das colaborações premiadas contemporâneas com confissões obtidas no passado em regimes ditatoriais. Notadamente em casos de corrupção e seus crimes correlatos, os quais na enorme maioria das vezes envolvem pessoas poderosas,

[567] Art. 4º, § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

políticos ou empresários e executivos ricos, todos bem amparados por ótimos advogados.

3.2.2. *Corrupção e entendimento contemporâneo sobre crime organizado.*

Interessa-nos aqui, justamente, tratar as organizações criminosas sob o enfoque da corrupção sistêmica. Das organizações criminosas como instrumentos e como parceiras da corrupção.

Nesse sentido, Hassemer vincula crime organizado à corrupção e destaca que a criminalidade organizada não se revela só por ser uma organização bem feita ou internacional, mas é, em última análise, "a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralização estatal no combate à criminalidade"[568].

Abel Fernandes Gomes comenta que uma das estratégias de penetração da corrupção no poder é a inserção intencional de determinados profissionais nas estruturas do Estado. A estratégia permite um contato próximo entre a esfera privada e a pública. Muito da promiscuidade da relação público-privada provém da ocupação de cargos importantes na estrutura do Estado por pessoas que ostentam interesses pessoais em determinadas áreas econômicas[569]. Essa estratégia de ocupação não se resume à iniciativa privada, mas inclui também partidos políticos. A necessidade de insulamento burocrático, comentada alguns itens acima, visa a minorar essa promiscuidade.

De Sanctis observa que o crime organizado, dissimulado ou encoberto por atividades lícitas, quase sempre envolve a corrupção dos Poderes do Estado e das Polícias, com a "paralização da atividade estatal de combate à criminalidade." Mas quando não envolve a corrupção, os criminosos organizados possuem, no mínimo, "canais de comunicação com o Poder, beneficiando-se do seu

---

[568] HASSEMER, Winfred. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 30.
[569] GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público.* Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 11.

relacionamento com os poderes públicos, nomeadamente da administração da Justiça Penal (...)".[570]

Qualquer benefício oriundo de um relacionamento com o setor público deve ser resultado de uma ação meritocrática ou, no máximo, fortuita, mas não pela existência de canais privilegiados de comunicação, no que haveria desvio de função. Ainda que o agente público não ganhe rigorosamente nada em troca. Seja no ato do burocrata que, por conhecer o despachante, carimba mais rapidamente algum documento, seja no Juiz que, por ter conhecidos em comum ou por admirar determinado advogado, lhe faz concessões que não faz objetivamente a todos os outros. Aqui vale repisar a lembrança de Padre Vieira, já citada em nota, de tantos ministros em Portugal que, não se deixando peitar por dinheiro, deixavam por amizade ou por respeito.

A atuação de agentes públicos em favor do crime organizado pode se manifestar pela tradicional aceitação ou exigência de suborno, mas também pela troca de favores, conivência, proteção, apoio ou até pela simples inércia. Isso quando a organização criminosa não está já enraizada dentro do próprio Estado, cujas estruturas podem cair nas mãos de corruptos e ser utilizadas de forma esporádica, sistemática ou institucionalizada[571].

Werner comenta que tradicionalmente a corrupção era uma ferramenta das organizações criminosas, isto é, a corrupção era garantidora da impunidade e dos proventos da atividade ilícita da organização. Exemplos típicos seriam os subornos das máfias a fiscais de fronteira para deixarem contrabando passar, a policiais para não efetuarem prisões, a juízes em troca de absolvições.[572]

O estudo das máfias foi muito utilizado para a conceituação de organização criminosa, desde a década de 1960. Werner cita Donald Cressey

[570] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Crime organizado e lavagem de dinheiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 27-28.
[571] GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público.* Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 15.
[572] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 20.

que, adotando o modelo das máfias, identificou o criminoso organizado como alguém que consegue uma posição em um sistema social e toma parte em uma organização racionalmente estruturada para aumentar os lucros em um negócio ilícito. Howard Abadinsky elencou, como características do crime organizado, a ausência de interesses políticos, a existência de organização hierarquizada, participação dos membros definida por qualidades individuais, formação de subcultura, perpetuação por meio de ingresso de novos membros, uso da força e da corrupção visando à impunidade, busca de monopólio na atividade ilícita exercida, divisão de tarefas, comando por regras pré-estabelecidas. Frank Hagan, em 1982, elaborou pesquisa buscando identificar as características mais comuns em diferentes organizações criminosas, no que foi seguido por outros estudiosos. Esses modelos estatísticos apontaram a presença de hierarquia como característica preponderante na maioria das organizações, mas acabaram por encapsular o conceito de organização criminosa, limitando a percepção do verdadeiro alcance delas e sua forma de atuação, especialmente no que concerne à corrupção sistêmica.[573]

No desenho contemporâneo das organizações criminosas, a corrupção na forma de subornos e propinas deixa de ser um elemento central. Outras formas de corrupção, no sentido amplo por nós adotado, passam a ser utilizadas. Daí porque, se não se compreender em toda sua abrangência e sob todas as suas dimensões o fenômeno da corrupção e sua evolução em alguns países para um problema sistêmico, também não se identificarão perfeitamente as formas de ação das organizações criminosas atuais, seus perigos, suas estruturas proteiformes. E a própria existência delas poderá ser colocada em dúvida. As organizações criminosas que hoje assaltam sistemicamente alguns países e se entrelaçam ao Poder se apresentam estruturadas em redes difusas e maleáveis, fugindo do paradigma hierárquico e monopolista[574].

[573] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 20-24.
[574] WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 25.

Avulta, portanto, a bem colocada crítica de Vicente Greco Filho no sentido de que a Lei 12,850/13 poderia ter adotado requisitos mais abertos na definição de organização criminosa. O conceito legal, idealmente, deveria ser mais fluido, pois a criminalidade organizada é, em resumo, um *fenômeno*. Um fenômeno social, econômico, político, cultural, etc.[575]

Assim, fincadas essas premissas, podemos concluir que a criminalidade moderna, tecnológica, transnacional, de difícil apuração, não se confunde com organização criminosa, embora delitos com tais características possam ser e quase sempre sejam praticados por elas. O conceito de máfia também não se confunde com o de organização criminosa, pois as máfias são um tipo delas. Criminalidade diferenciada, exigente de um Direito Penal diferenciado, também não se confunde com organização criminosa. Aquela é mais ampla que esta, pois o terrorismo, por exemplo, se inclui no conceito de criminalidade diferenciada, conforme observado por Greco, embora possa ou não ser praticado por organizações. Por fim, organizações criminosas implicam envolvimento de agentes públicos e corrupção de alguma espécie, seja na forma de suborno simples, seja sob quaisquer de suas formas.

3.3. A importância da publicidade na apuração dos crimes envolvendo agentes públicos: compatibilidade com o ordenamento, obrigatoriedade, conveniência e análise de casos notórios.

Por tudo o que se viu até aqui, se mostra intuitiva a fundamental importância da ampla publicidade processual nos casos envolvendo direta ou indiretamente políticos ou agentes políticos, funcionários e servidores públicos em geral. O combate à impunidade é uma das frentes de abordagem à corrupção. O ataque à impunidade se faz com leis mais firmes, com celeridade nos trâmites, com estrutura para o Judiciário e órgãos de persecução. E se faz, principalmente, com a ampla publicidade nos processos. Das outras medidas para ajudar a melhorar a impunidade já se tratou. Da publicidade ampla, a mais importante, se tratará agora.

[575] GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 17.

A polêmica em torno da publicidade processual tomou enorme vulto nos últimos anos em razão principalmente dos casos do “Mensalão” e da “Operação Lava Jato” os quais, com grande cobertura pela imprensa, despertaram críticas quanto à negativa influenciabilidade de Juízes e quanto aos riscos e desrespeitos prematuros à intimidade e honra dos acusados, ambos os temas já abordados nesta dissertação, principalmente a questão relacionada à influenciabilidade dos Juízes, enfrentada no capítulo 3, e os aspectos relacionados a interceptações telefônicas, sigilo de dados e vazamentos, concernentes à segunda crítica, os quais foram enfrentados no capítulo 1.

Com relação aos supostos desrespeitos aos direitos individuais dos réus, derivados de uma suposta publicidade indevida das apurações, porém, cabe observar que a maior virulência das críticas se mostra em relação ao instituto da colaboração premiada, o qual, a despeito dos comentários que fizemos em sua defesa no tópico relacionado à criminalidade organizada, não foi ainda por nós analisado no que diz respeito à questão do sigilo especificamente.

Assim sendo, procurar-se-á, a seguir, recuperando e desenvolvendo alguns argumentos que já foram pontuados esparsamente ao longo deste trabalho e acrescentando outros, defender a ampla publicidade processual nos crimes envolvendo agentes públicos nos aspectos que tocam (1) sua perfeita legalidade, adequação e compatibilidade ao ordenamento jurídico, inclusive sob o prisma da proporcionalidade dos bens em jogo, e detalhando os limites do sigilo na colaboração premiada; (2) sua imperiosidade como opção mais correta a ser tomada pelo magistrado e até mesmo devida por ele à sociedade em uma democracia; (3) sua importância fundamental como força motriz garantidora da eficácia nos processos contra agentes públicos, no sentido de se chegar ao eventual trânsito em julgado com uma sentença de mérito justa, após o que serão exemplificados com mais detalhamento três casos notórios de processos recentes envolvendo políticos e pessoas poderosas: a “Operação Castelo de Areia”, o “Mensalão” e a “Operação Lava Jato”.

3.3.1. *Compatibilidade da ampla publicidade com o ordenamento vigente e sua proporcionalidade em relação aos riscos de exposição aos envolvidos.*

A noção contemporânea da democracia exige absoluta transparência no trato de tudo o que envolve a coisa pública, direta ou indiretamente, como vimos no capítulo 2. Isso vincula também os processos judiciais que apuram lesões ou tentativas de lesões ao erário ou má posturas de agentes públicos, pagos com dinheiro do contribuinte. As exceções devem ser absolutamente restritas e diretamente ligadas a reais interesses maiores da nação, tomando-se por analogia as exceções do art. 4, III, da Lei de Acesso à Informação, que fala em *imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado*.

Note-se que a Lei usa a expressão "imprescindibilidade", o que inclui alta probabilidade de riscos realmente elevados. Na dúvida, a solução há de ser em prol da publicidade, não em prol do sigilo, como historicamente tem se verificado, resultando em benefício aos *arcana imperii*.

Nesse ponto, recordemos Bobbio, é o Estado Totalitário que busca, como um deus terreno, ser onividente e invisível. Ver os seus súditos, sem ser visto por eles[576]. A ampla publicidade processual, criticada por alguns como promotora de um Estado invasor e totalitário, na verdade inverte essa lógica. Ela permite que os súditos vejam o que os "donos do poder" - na expressão ampla de Faoro, incluindo o estamento burocrático – fizeram de errado com o que não lhes pertencia. Permite que as vítimas, as pessoas, vejam o Estado. A publicidade processual dá onividência, por assim dizer, à população, não aos *arcana imperii*. Ela retira a invisibilidade do poder. Daí ser completamente equivocada a tentativa de vincular a publicidade processual na apuração de crimes praticados por agentes públicos a um avanço totalitário. É justamente o contrário.

Dentro dessa tomada de consciência quanto à importância da publicidade e da transparência, associada à maior percepção também quanto aos males da corrupção e quanto ao próprio estágio de corrupção sistêmica a que chegamos,

[576] BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2015

natural que o Direito se adapte, como resultado, aliás, de sua natural adaptabilidade às contingências das épocas e da consciência comum do povo donde colhe sua força.

Sem que aqui se negue a essência do direito natural e a perenidade de determinados valores, cujos princípios devem continuar sempre a inspirar o Direito oferecendo-lhe carga ética e valorativa[577], há que se reconhecer o Direito como fenômeno histórico-social. O direito natural tem limites, obscuridades e insuficiências que exigem as atualizações do direito positivo. [578]

Nesse sentido, não há como se ignorar o momento histórico pelo qual estamos passando, de absoluta necessidade de enfrentamento contundente e efetivo do problema da corrução em nosso país, demandado expressamente pela sociedade como maneira inclusive de preservação da nossa democracia, da crença do povo em suas instituições e de inflexão positiva em relação a alguns valores nocivos consagrados historicamente e resumidos na lógica do "jeitinho".

Qualquer tentativa de relativizar a gravidade da corrupção em nosso país ou de partidarizá-la como algo pontual implica ignorar todas as questões socioculturais analisadas acima neste capítulo, bem como o caráter sistêmico assumido pela corrupção nos últimos anos culminando, senão em uma cleptocracia efetivamente, em uma pré-cleptocracia. Esse momento, portanto, justifica sacrifícios, justifica priorizações. Ainda que, no futuro, dentro dos fluxos e refluxos normais do Direito, esses sacrifícios deixem de se exigir e outros bens jurídicos possam voltar a ser proporcionalmente mais valorizados.

Assim, para a manutenção do equilíbrio entre o exercício da repressão penal, que só se justifica se for minimamente efetiva, e a garantia dos direitos individuais é preciso que eles sejam redefinidos e extirpados alguns excessos

[577] KIM, Richard Pae. Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. In: _____; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 499.
[578] VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas.* Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. São Pauo: RT, 2010, pp. 129-130.

interpretativos em relação, por exemplo, ao direito à intimidade dos agentes públicos e demais envolvidos em casos de corrupção.[579]

Não é insensato que as formas mais potencialmente lesivas de criminalidade induzam a um processo penal com garantias proporcionalmente um pouco reduzidas, "da liberdade à intimidade, da disponibilidade de bens patrimoniais à exposição pública e censura social, antes do julgamento".[580] Está de acordo com o "direito penal da criminalidade diferenciada" mencionado por Greco. E está de acordo com o princípio da proporcionalidade, princípio constitucional implícito e fundacional, isto é, com influência sobre todo o ordenamento. A admissão de maior rigor para determinados crimes (art. 5º, XLII e XLIII) nada mais que é expressão da proporcionalidade.

Intimidade, honra, vida privada, imagem, são feixes de um princípio básico, o da dignidade humana. Não há Estado de Direito sem dignidade humana. Mas também não há sem interesse público[581]. E este, recuperando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é "resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm", inclusive os não concebidos e não nascidos, os que integrarão a sociedade no futuro, dentro de uma dimensão histórica que considera a continuidade gerações[582].

Assim é que, embora ninguém individualmente se sinta interessado em sofrer sanções ou restrições de direitos, a garantia da intimidade não pode ser utilizada como vedação à transparência plena em casos de apuração criminal envolvendo agentes públicos, justificadamente em consideração ao bem comum da acachapante maioria da sociedade, no presente e no futuro.

---

[579] GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público.* Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 126.
[580] GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público.* Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 118.
[581] ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a Lei de Acesso à Informação. In: *Acesso à informação pública*.VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.
[582] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 58.

O princípio da dignidade da pessoa humana, nesse diapasão, não pode ser estendido e alargado para a tudo justificar, como com razoável frequência vem ocorrendo. Como lembra Thiago Teraoka, indissociável do conceito de dignidade é o conceito da liberdade tipicamente humana, a qual implica responsabilidade. O ser humano é digno por sua própria natureza, mas, depois de nascer, também o é pelos seus atos, de forma que o entendimento sobre a dignidade humana "não pode desconsiderar a característica fundamental do ser humano: o homem como ser racional, dotado de liberdade e, portanto, de responsabilidade"[583].

Não só juristas, por óbvio, se ocuparam do estudo da dignidade humana, mas também filósofos e teólogos, os quais identificaram uma relação intrínseca da dignidade humana também com a justiça, além da liberdade. Assim, André Gonçalves Fernandes cita Aurélio Fernández, o qual afirma que se o fundamento da ética social é a dignidade humana, o centro dela é a justiça, pois a justiça é a virtude que protege a dignidade do homem. E São Tomás de Aquino, para quem, sugestivamente, a corrupção da justiça encontra causas na falsa prudência do sábio e na violência do poderoso[584]. Portanto, não há dignidade humana sem justiça, não há dignidade humana em uma comunidade que não acredita mais na justiça, e que acredita, ao contrário, que há uma justiça e uma Justiça para ela e umas outras para os poderosos.

A propósito da intimidade dos agentes públicos envolvidos em investigações criminais por práticas de corrupção ou correlatas, Paulo José da Costa Junior ensina que os limites da vida privada não são rígidos, mas flexíveis dependendo do titular. O diâmetro da vida privada depende, como assevera o autor, do modo de ser do indivíduo, de seu status, da maneira como ele se insere na sociedade e, se é pessoa notória, como um político, "o âmbito de sua vida

---

[583] TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada. In: KIM, Richard Pae; PRETTO, Renato Siqueira De; _____. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 524-536.

[584] FERNANDES, André Gonçalves. *Ensinando e aprendendo o Direito com o método do caso: Bases epistemológicas e metodológicas.* 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2018, pp. 117-118.

privada haverá de reduzir-se, de forma sensível".[585] O raciocínio há também de ser estendido aos particulares envolvidos com agentes públicos e depois eventualmente enredados em investigações.

Em voto paradigmático proferido em 1992, o Min. Sepúlveda Pertence menciona, citando a doutrina italiana e os escólios de Eugênio Frola e Pietro Nuvolone, a inevitável ampliação da *zona di illuminabilitá* de sua intimidade que o homem público deve aceitar, "resignando-se a uma maior exposição de sua vida".[586]

O Desembargador Ricardo Dip pondera, em voto ele próprio versando sobre a honra supostamente atingida de um homem público com acusações veladas de corrupção, que a sociedade contemporânea, bem ou mal, terminou por estabilizar essa maior transparência e tolerância quanto à esfera da honra e da intimidade do homem público como uma norma de cultura.[587]

Assim, a intimidade e a honra de políticos e agentes públicos, e bem assim dos grandes empresários e executivos, envolvidos em escândalos de malversação de recursos do contribuinte, não podem receber o mesmo tratamento - havendo-se de diferenciar o que é diferente, pois no caso dessas pessoas as barras divisórias das esferas público e privada são mais elásticas, frouxas[588] - que a intimidade e a honra do cidadão comum, de vida reclusa e relacionamentos pouco volúveis a interesses outros, que porventura se veja indiciado ou processado. Ironicamente, é quanto a este cidadão comum que a

---

[585] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 34.

[586] SEPÚLVEDA, Pertence. STF. Questão de Ordem no Inquérito 503/RJ. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80730, acesso em 20.11.2018.

[587] "O núcleo da estimativa dos doestos contra a honra, no tocante com a *militância política*, já não pode ladear a norma de cultura que, mal ou bem, bem ou mal, afrouxou a propriedade expressiva das palavras em favor de uma *transparência* que autorizou um direito amplificado de crítica. *'Jogar o jogo'* político — por mais eticamente confrontável se queira estimar o ponto — é pôr-se ao alcance de um palavreado freqüentemente mais livre". Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Habeas Corpus 478.772-9, 11ª Câmara, Rel. Ricardo Dip, julg. 13.11.2004. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=8DA04D20E886D60125A308AF99F84FC0.cjsg1, acesso em 20.11.2018.

[588] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 33.

publicidade processual jamais encontra qualquer óbice. Justamente aqueles que deliberadamente, ao optarem por trabalhar diretamente com a coisa pública ou por fazer negócios com a coisa pública, se colocaram em uma zona de maior *illuminabilitá,* é que buscam, quando processados, o privilégio de uma menor *illuminabilitá*, que ao homem comum se nega sem maiores dúvidas.

É por isso que, senão sempre, em muitos casos, notadamente quando os increpados forem pessoas famosas em situações de grande repercussão, as previsões dos incisos II e V do art. 5º da Lei de Organização Criminosas, que pretendem prometer ao colaborador sigilo do nome, qualificação, imagem e de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado, se mostram, de certa maneira, tolas. Imagine-se um escândalo de corrupção que já vem sendo noticiado há semanas em todos os veículos envolvendo determinado grupo político e determinadas empresas, com personagens todos conhecidos do público, famosos por serem ocupantes de cargo público ou por os terem ocupado ou mesmo por serem empresários de enorme sucesso em suas respectivas áreas. No mundo atual, com as mídias sociais, com telefones celulares com câmeras à disposição de qualquer pessoa, chega a ser de uma inocência desconectada da realidade a pretensão de que, diante de uma colaboração premiada realizada por algum "figurão" a informação não vá vazar imediatamente, para o que se torna, a rigor, despicienda até mesmo a figura de um jornalista investigativo combativo, eis que o "vazamento" ou a fofoca podem partir de rigorosamente qualquer pessoa, de alguém do partido, de alguém da empresa, de um amigo, de uma amiga da esposa. E o teor inflamável da informação fará com que ela se dissemine sem controle em pouco tempo.

Dentro desse contexto, imagine-se a imprestabilidade do sigilo legal quanto à "identidade e demais informações pessoais" de um colaborador famoso, ainda que cifradas suas iniciais, algo que tende a se tornar ainda mais picaresco depois da revelação do conteúdo propriamente da colaboração[589], a qual mencionará situações, detalhes, acontecimentos que fornecerão ainda mais elementos para a associação entre o que é dito e a pessoa que disse. A

[589] Art. 7º, §3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

propósito, relembra-se a percuciente observação de Luís Francisco Carvalho Filho:

> Quando ouço a proposta de proibição da identificação de réus ou suspeitos antes da condenação criminal, em obediência ao princípio da presunção da inocência, imagino o ridículo da publicação de uma notícia que identifica o investigado pelas suas iniciais quando se tratar, por exemplo, de um parlamentar, de um juiz, de um governante ou de uma celebridade qualquer.[590]

Não se pode tentar (ou melhor, pode-se até tentar, sem sucesso no mais das vezes) selar com o signo do *sigillum* um *secretum* que não é segredo para mais ninguém em razão de sua natural notoriedade, em razão da impossibilidade de se esconder a informação, pois inútil e ilógico, como já ensinava Bernardino Gonzaga[591].

De qualquer forma, sendo uma previsão legal de um direito do colaborador, nada impede, e antes se recomenda, que a renúncia a tais sigilos sejam objeto do acordo de colaboração, evitando-se contratempos futuros e eventuais alegações de qualquer sorte, no que não se enxerga nada de imoral ou escorchante à honra do colaborador, mas prudente dentro do contexto da colaboração, vez que este já está, de uma forma ou de outra, a admitir e confessar o próprio crime e a renunciar a seu direito ao silencio, de maneira que certamente pode também o menos. Evidentemente, a situação bastante difere quando se trata de colaboração na qual há concretamente fundadas razões para que o colaborador tema por sua vida, por sua integridade física ou de sua família, circunstâncias que, aliadas a eventual pouca notoriedade prévia do indivíduo, poderá ser realmente fundamental para que mal pior não advenha. Algo a ser analisado caso a caso.

Quanto ao sigilo previsto para a distribuição do acordo de colaboração para o juízo competente e seu tratamento sigiloso pelas partes envolvidas (colaborador, advogado, Juiz, Ministério Público, Delegado de Polícia) até o

[590] CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mídia, Violência e Sistema Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, nº 42, jan/mar de 2003, p. 235.
[591] GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 31.

momento de recebimento da denúncia, conforme previsto no art. 7º da Lei de Organização Criminosa, constata-se que se trata de sigilo nitidamente instrumental em razão do interesse das investigações. Isto é, nada impede que, não havendo o interesse para as investigações, para a prova acusatória, o sigilo seja levantado antes. O sigilo na fase de inquérito, antes do recebimento da denúncia, tem um caráter utilitário como garantia do sucesso da investigação, para que ela não acabe sendo "fogo que não arde"[592]

Tanto assim que o §2º do referido art. 7º estabelece que o acesso aos autos será restrito "como forma de garantir o êxito das investigações" e, nesse sentido, mesmo o defensor constituído não terá acesso aos elementos "referentes às diligências em andamento". Na sequência, o §3º menciona que o acordo de colaboração deixará de ser sigiloso "assim que recebida a denúncia". Não fala "só quando" recebida a denúncia. Fica nítido que o recebimento da denúncia é uma data limite para o estabelecimento da publicidade do acordo, não, ao contrário, uma data inicial. Logo, não há qualquer nulidade na divulgação prematura ao recebimento da denúncia do conteúdo da colaboração, salvo se pleiteada pelo Ministério Público sob alegação de prejuízo às diligências pendentes na investigação.

3.3.2. *Imperiosa observância da obrigatoriedade da ampla publicidade pelo juiz.*

Nos crimes de corrupção em sentido amplo, a população é a vítima[593]. Formalmente o delito pode, por exemplo, estar classificado como sendo contra a "Administração Pública" ou contra a "ordem tributária". Essencialmente, porém, são crimes contra a população, pois apesar de a atingirem indiretamente o fazem em uma gradação muitíssimo próxima, isto é, quase que direta. O Estado ou a Administração Pública não são fins em si mesmos, elas existem e funcionam em razão do povo, para o povo. E em função dos meios que o povo lhe dá.

---

[592] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

[593] Em um dos debates do julgamento da Ação Penal 470, "Mensalão", o Ministro Luiz Fux afirmou: "(...) temos que nos preocupar com a dignidade das vítimas, que é toda a coletividade brasileira". PEREIRA, Merval. Mensalão – O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 81.

O Estado é uma abstração. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello ele é a sociedade "entificada juridicamente"[594]. Embora então, nos crimes contra a Administração, o Estado possa ser considerado tecnicamente o sujeito passivo primordial, conforme aponta a doutrina, na verdade os cidadãos é que são "sempre os destinatários maiores de qualquer norma e referências últimas de qualquer bem jurídico[595].

Os valores que a Administração Pública direta e indireta maneja – comumente referidos como dinheiro público - não provêm de geração espontânea. Como dizia Margareth Thatcher, não existe dinheiro público, existe apenas dinheiro dos contribuintes. Assim, os entes públicos só possuem recursos para funcionar porque a sociedade lhes fornece, por meio de tributos. O Estado, como veículo, tem como destino atender a população, a qual é quem oferece também o combustível.

Esse raciocínio vale inclusive para as empresas públicas ou de economia mista que eventualmente sejam lucrativas, pois em um momento inicial o Estado aportou capital nelas, capital proveniente, na origem, de tributos recolhidos e acumulados. O caminho do dinheiro, por longo que seja, e suas passagens por diferentes órgãos sob diferentes rubricas, não alteram sua origem.

Logo, não há como não se concluir que a população é a vítima dos crimes de corrupção em geral e derivados dela. Aliás, se no passado, quando o poder era monárquico e absoluto, esse tipo de delito se chamava oficialmente de crime de "lesa-majestade", nada impediria que, hoje, em uma democracia, se chamasse de crime "contra o povo".

Além do fato de a população ser a vítima, em maior ou menor medida, há outras razões para a mandatória publicidade processual nos crimes de corrução em geral.

---

[594] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57.
[595] PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 224-225.

Na linha da mudança de eixo que deve ocorrer e já vem ocorrendo em favor da publicidade, perfeitamente lógica dentro da natureza contingente do Direito, a já comentada EC 45/2004 veio a alterar a redação do art. 93, IX, da CF/88. O dispositivo estabelece hoje que todos os julgamentos devem ser públicos e mesmo a defesa da intimidade só pode limitar a publicidade se não prejudicar o interesse público o que, no caso de apuração de crimes envolvendo agentes públicos, sempre está presente. A publicidade nos julgamentos do Poder Judiciário se refere ao próprio processamento dos feitos.

A par do art. 93, IX, a CF/88 prevê no seu art. 5º a possibilidade da lei restringir a publicidade em benefício da defesa da intimidade e do interesse social. Ora, a defesa da intimidade do art. 5º, no caso de julgamentos do Poder Judiciário, cede espaço ao dispositivo específico do art. 93, IX. Restando, para efeito do tema de que estamos abordando, apenas o interesse social como possibilidade de restrição da publicidade. Ocorre que, no caso da apuração de crimes envolvendo agentes públicos o interesse social é justamente o da publicidade, não o do sigilo. Assim, pelo atual desenho constitucional, não há hipóteses de restrição da publicidade processual nesses casos, salvo raríssimas situações efetivas de risco à segurança da sociedade e do Estado.

O comando do art. 93, IX, da CF/88 deve também nortear a interpretação de todos os demais dispositivos relacionados, como, por exemplo, os artigos 20, 201, §6º e 792, §1º do CPP, respectivamente sigilo no inquérito policial, decretação de segredo de justiça no processo em benefício da intimidade da vítima, restrição à publicidade da audiência ou ato processual para evitar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem.

3.3.3. *Relevância da publicidade contra interferências externas e como garantia de continuidade dos processos criminais.*

Quanto à necessidade específica da ampla publicidade processual nos casos envolvendo agentes públicos, não há como se negar o potencial perigo de interferência nas investigações e nos processos por parte dos *arcana imperii*, o qual pode ser minorado sensivelmente quando a população e os meios de

comunicação se mantêm permanentemente a par dos acontecimentos e com irrestrito acesso aos detalhes probatórios e aos porquês das decisões.

Trata-se de impor *accountabillity* às decisões judiciais, por meio da resposta social, o que só é possível por meio da transparência dos elementos que levaram a ela. O fato de que o magistrado de qualquer instância sabe que mais pessoas conhecem os elementos do processo exige e garante uma argumentação vinculada à verdade dos autos e, principalmente, mais prudencial e coerente com situações jurídicas análogas, de forma que um detalhe que não enseja o reconhecimento de nulidade no processo de um determinado réu, também não venha a ensejar no de outro, independentemente de quem ele seja ou de quem seja seu advogado. Dentro de um quadro de corrupção sistêmica, essa *accountability* do Judiciário é fundamental.

Já foi lembrado nesta dissertação, algumas vezes, que a corrupção tem garras que em muito superam a simples propina. Envolvem também a leniência ou a condescendência por simpatia, por respeito, por medo, por ambição, por dívida moral. E a corrupção em amplo sentido atua por suas redes difusas, também ainda para garantia da impunidade.

Em tese de mestrado apresentada à Universidade Estadual do Norte do Paraná intitulada “A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco”, Diego Castor de Mattos defende, por meio de estudo de casos, haver um excesso de declarações de nulidades pelos tribunais superiores. Anulações das mais diversas provas em ações penais envolvendo pessoas abastadas em casos de crimes do “colarinho branco”, mesmo quando não havia qualquer ameaça concreta de prisão, que deveria ser o único motivo para sequer se conhecer do remédio constitucional. Apesar disso, esses *habeas corpus* são não só conhecidos, mesmo na ausência de riscos concretos à liberdade de locomoção do paciente, como são concedidas as ordens para, muitas vezes substituindo-se aos recursos ordinários cabíveis e com

aprofundamento em questões de mérito, anular processos ou trancar inquéritos, anular provas ou impedir sua produção, impedir publicidade de atos, etc.[596]

Concordando com o abuso e o desvirtuamento da utilização do *habeas corpus*, comentado por Diego Castor, pondera Fausto De Sanctis:

> No exterior, é usado em hipóteses concretas de abuso do direito de réus presos. No Brasil, porém, ganhou uma extensão tal que, hoje, esse remédio pode ser utilizado contra toda e qualquer decisão judicial, estando o réu solto ou não, convolando esse instituto em verdadeira fraude ao devido processo legal. Isso ocorre porque muitas vezes o habeas corpus na verdade visa retirar do juiz natural o caso, quando não evitar que seja prolatada uma sentença. É o que denomino de "doutrina brasileira do Habeas Corpus", assim como "doutrina brasileira do princípio da não culpabilidade", da algema, dos recursos sem sentido, da pena branda ao crime econômico, da tentativa de evitar a publicidade da decisão judicial, da prerrogativa do foro, do não sigilo de inquéritos em que a investigação ainda esteja em curso etc[597].

Conclui Diego Castor de Mattos que a aceitação do uso abusivo do remédio constitucional fora de suas hipóteses legais acaba por revelar a seletividade do sistema em favor de casos envolvendo poderosos:

> Pelo estudo de casos tratados, verifica-se a existência de um vasto conjunto de fatos indicando que há uma seletividade penal no julgamento de habeas corpus relativos a crimes do colarinho branco no Superior Tribunal de Justiça. Os dados demonstraram que nos últimos anos sete grandes casos de crimes contra a administração pública tiveram suas provas anuladas no STJ, sendo que muitas vezes o mesmo argumento jurídico utilizado para anular ações penais de crimes do colarinho branco não valeu para situações similares que examinaram crimes praticados pela classe mais pobre, conforme demonstrado no cruzamento dos precedentes colacionados.[598]

---

[596] MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018.

[597] Revista Eletrônica Conjur, disponível em http://www.conjur.com.br/2014-dez14/entrevista-fausto-sanctis-desembargador-trf-regiao, acesso em 20.11.2018.

[598] MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica

A operação “Mãos Limpas” na Itália, paradigma de atuação judicial na tentativa de desestruturação de um quadro de corrupção sistêmica, só foi possível diante da deslegitimação crescente da classe política corrupta a partir do constante e massivo apoio da população, permanentemente atenta e informada pelos meios de comunicação sobre os detalhes do que estava a ocorrer. Sergio Moro lembra que foi a reação da opinião pública que impediu diversas tentativas de interferência na “Mãos Limpas”, como, por exemplo, a tentativa do Parlamento italiano de recusar que Bettino Craxi, líder do Partido Socialista, fosse processado criminalmente, ou a tentativa de Silvio Berlusconi de abolir a prisão processual para os crimes de corrupção ativa e passiva. Assim, a opinião pública, na expressão de Moro, foi essencial para o êxito das ações judiciais.[599]

Lindita Camaj, cujos estudos já foram mencionados, comprovou estatisticamente a correlação direta entre uma atuação livre e plural da mídia e a *accountability* do Judiciário, criando assim um Judiciário mais forte, mais independente, mais isento. E, da mesma forma, as estatísticas comprovam que só a liberdade de informação é realmente eficaz em criar essa *accountability* em face dos Poderes, de forma que quanto mais forte o Judiciário, maior a correlação entre liberdade de imprensa e corrupção. Está tudo interligado. Cria-se um círculo virtuoso, como diz Camaj e como o próprio Sérgio Moro constatou em relação à operação “Mãos Limpas”, no qual a imprensa investigativa funciona como gatilho para que investigações oficiais se iniciem, ao mesmo tempo em que a continuidade de notícias disseminando as descobertas destas investigações reforçam a legitimidade das Polícias, Ministério Público e Judiciário para as ações, mediante o apoio popular.[600]

Seja em casos de corrupção gigantesca e de repercussão nacional ou até internacional, seja em casos menores, em pequenos municípios, com pouca repercussão para além da esfera regional, é preciso que a sociedade se mobilize,

---

do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015, p. 142. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018

[599] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, jul./set. 2004, p. 57.

[600] CAMAJ, Lindita. The midia’s role in fighting corruption: media effects on governamental accountability. *The international jornal of press/politics*, Vol. 18, 2013, p. 27.

ainda que localmente. É "preciso que as pessoas sejam estimuladas e provocadas", para superem as reações iniciais de incredulidade, resignação e medo, "é fundamental que a sociedade esteja constantemente informada sobe os acontecimentos"[601].

A publicidade nas ações judiciais, portanto, é a ajuda da democracia. É a democracia ao lado do Judiciário. Não há perda de imparcialidade nisso. É só com o apoio da democracia que se podem fazer eficazes os processos criminais de corrupção[602].

Essa correlação entre publicidade e eficácia foi verificada na história nacional, coincidência ou não, em pelo menos três casos recentes de denúncias por corrupção, a "Operação Castelo de Areia", o "Mensalão" e a "Operação Lava Jato". Comentaremos a seguir esses casos.

3.3.4. Operação Castelo de Areia.

Iniciada em 2009, a "Operação Castelo de Areia" da Polícia Federal investigou esquemas criminosos, típicos da corrupção sistêmica, que consistiam, em suma, no suborno de agentes públicos para fraudar licitações, construir obras com superfaturamento e remeter recursos para o exterior. A "Castelo de Areia" deu ensejo a diferentes inquéritos e a três ações penais na Justiça Federal. Na primeira e principal ação[603], houve denúncia contra quatro executivos da construtora Camargo Correia, duas secretárias executivas da empresa e quatro doleiros, em suma, por crimes de fraude em operações financeiras, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha[604]. Em um segundo processo originado pela operação, executivos da Camargo Correia e da Andrade Gutierrez

---

[601] TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil.* 3ª ed. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2004, p. 65.
[602] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, jul./set. 2004, p. 61.
[603] Ação Penal 2009.61.81.014227-6.
[604] MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015, p. 105. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018.

foram denunciados por formação de cartel, fraude à licitação e formação de quadrilha por conta de corrupção envolvendo obras do metrô de Salvador na Bahia. Em um terceiro, três executivos da Camargo se tornaram réus por fatos da mesma natureza.

Independentemente das denúncias efetivamente formalizadas pelo Ministério Público Federal, diversos empresários, executivos, partidos políticos, políticos, parentes de políticos e agentes públicos em geral tiveram seus nomes de alguma forma implicados nas investigações e diligências encetadas. Pessoas, a maioria das quais, com poder político ou econômico. Nos documentos apreendidos nas buscas e apreensões, tiveram seus nomes citados como destinatários de doações de "caixa dois" pessoas como o irmão de Antônio Palocci e diretor da Eletronorte, Ademar Palocci, o então secretário municipal de habitação da gestão Gilberto Kassab em São Paulo, Elton Zacarias, o governador do DF José Roberto Arruda.[605]

As ações judiciais, contudo, foram extintas pouco depois de iniciadas, antes de seus julgamentos de mérito, a partir de decisão da 6ª Turma do STJ que, por maioria, vencido o Ministro Og Fernandes, entendeu por bem, na linha do voto condutor da relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, anular o recebimento da denúncia na ação mãe da "Castelo de Areia" e ainda declarar a nulidade das interceptações telefônicas realizadas na operação, por falta de fundamentação suficiente das decisões de deferimento e por terem se lastreado apenas em denúncia anônima, bem como das provas colhidas nas diligências subsequentes, derivadas das interceptações telefônicas.

Em suma, a decisão do STJ, proferida em sede de *habeas corpus*, fulminou a "Castelo de Areia" na infância, impedindo que os réus fossem condenados ou absolvidos e impedindo que as investigações prosseguissem, novas ações fossem distribuídas, novos nomes surgissem e a operação, enfim,

[605] MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015, p. 106. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018.

tomasse o rumo que a "Lava Jato" anos mais tarde acabou tomando[606]. Transcreve-se a ementa da decisão da Ministra:

> HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS. As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, *in casu*, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7 (HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011).

Um dos fatos iniciais que ensejaram a "Castelo de Areia", realmente, foi uma denúncia anônima ocorrida em 2008, como explica Fausto Martin De Sanctis, em decisão proferida no curso dos processos, quando era o titular da 6ª

[606] Um Delegado da Polícia Federal, em entrevista, chegou a afirmar no início da Operação que ela esconderia "algo maior", dando a entender que havia realmente muita corrupção a ser descoberta a partir daquele pequeno início. Disponível em http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1068183-5601,00-OPERACAO+CASTELO+DE+AREIA+ESCONDE+ALGO+MAIOR+DIZ+PROTOGENES.html, acesso em 22.11.2018.

Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores:

> A autoridade policial, em 10.01.2008, informou que a Unidade de Análise e Inteligência do Departamento de Polícia Federal teria recebido *notitia criminis* dando conta de que KURT PAUL PICKEL seria um "doleiro" que estaria atuando no mercado paralelo ao arrepio da legislação, estando envolvido, em tese, na prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e, possivelmente, de lavagem de dinheiro.[607]

A partir da consistência das informações contidas na denúncia anônima, foi deferida, nos autos de nº 2008.61.81.000237-1, medida de quebra de sigilo de dados telefônicos do doleiro, a fim de se obterem maiores elementos em relação à pessoa denunciada e se verificar ainda mais a coerência da incriminação que lhe era feita anonimamente. Tal quebra de sigilo de dados não se confunde com interceptação telefônica, com conhecimento do teor das conversas.

Paralelamente, corria perante a 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo uma outra investigação, também da Polícia Federal, chamada "Operação Downtown", que havia se iniciado antes, em 2007. Nessa operação haviam sido colhidos elementos que guardavam relação com os fatos que estavam começando a ser apurados na 6ª Vara, inclusive um termo de depoimento em delação premiada, assinada por um outro doleiro, que denunciava corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.

Independentemente dos inquéritos tramitarem em Varas diferentes, a Polícia Federal, por óbvio, já tinha conhecimento das duas situações, sendo capaz, portanto, de conectar as informações. Daí a maior segurança em se iniciarem investigações a partir de uma denúncia anônima, visto que a coerência dela já tinha como ser aferida tanto por seus elementos intrínsecos quanto por alguns elementos extrínsecos.

---

[607] DE SANCTIS, Fausto Martin. Recebimento da denúncia nos autos do processo 2009.61.81.014227-6. Disponível em http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2010/2010-01-13-castelodeareia.pdf, acesso em 22.11.2018.

Além disso, a Polícia Federal, por meio de sua Unidade de Inteligência da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros obteve a informação de que o denunciado Kurt Paul Pickel "prestaria serviços ilegais a construtoras de grande porte, como, por exemplo, a Camargo Corrêa".[608]

Foi então que o Delegado Federal responsável pelas investigações representou pelas interceptações telefônicas, aduzindo que não possuía mais como progredir nas apurações pelos meios tradicionais, tendo em vista o *modus operandi* dos agentes, com remessas ao exterior que envolviam operações de "dólar cabo", sem transferências físicas de valores, para contas *offshore,* sendo certo, ainda, que e a destruição das provas físicas, faxes ou anotações, era muito fácil.

Quando, portanto, do deferimento das interceptações telefônicas propriamente ditas, bem como das quebras de sigilos fiscais e bancários, havia indícios razoáveis de ocorrência de infrações penais graves, puníveis com reclusão, em perfeito atendimento ao que exige a Lei 9.296/96. Nas palavras de De Sanctis:

> Aos 13.02.2008, ou seja, somente 02 (dois) meses depois da informação da existência da *notitia criminis*, este Juízo, por meio do juiz substituto, deferiu o inicio do monitoramento das comunicações havidas por telefone, tendo em vista os elementos amealhados nas investigações preliminares realizadas pela Polícia Federal, (fls. 35/40 dos autos nº 2008.61.81.000237-1). (...) Esclareço, ademais, que os elementos indiciários igualmente restaram obtidos por meio do compartilhamento de informações constantes na Operação "DOWNTOWN", em trâmite na 2ª Vara Federal/SP também especializada em crimes financeiros e em "lavagem de dinheiro", tudo por meio de decisão judicial exarada por aquele juízo (nºs 2008.61.010687-5 e 2008.61.81.006253-7). (...) Além da *notitia criminis* e das apurações realizadas pelo Departamento da Polícia Federal, os fatos objetos de apuração da denominada investigação "CASTELO DE AREIA" também teriam sido, em tese, retratados por "réu colaborador" junto à Polícia Federal, cujo procedimento em feito diverso teria se iniciado em

[608] Vide fls. 30/31 dos autos 2008.61.81.000237-1, conforme mencionado em http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2010/2010-01-13-castelodeareia.pdf, acesso em 22.11.2008.

> 08.06.2007 e versaria basicamente sobre a atuação clandestina de operações cambiais (...)[609].

Note-se, portanto, que, em primeiro lugar, a denúncia anônima não era de modo algum um elemento isolado. Havia outros elementos indiciários que, cotejados com a denúncia, formaram a convicção judicial no sentido de estarem presentes indícios suficientes de crimes graves a justificar o deferimento das interceptações.

Ainda que fosse a denúncia anônima um elemento isolado, defendemos na presente dissertação que ela não pode ser afastada como condição para se iniciar investigação se a narrativa for lógica, detalhada, substanciosa e proporcionar um juízo de razoável probabilidade de que possa ser verdadeira. Assim é que nem todas as denúncias anônimas precisam ser investigadas, podendo-se descartar as incoerentes e nitidamente fantasiosas, mas, se a autoridade decide iniciar uma investigação baseado em uma denúncia anônima, o simples anonimato não pode ser utilizado como elemento para anulá-la, no máximo para lhe tirar parte do crédito em termos de mérito, no julgamento. E se uma investigação pode se iniciar por meio de denúncia anônima, sendo certo que a denúncia anônima não poderá gerar por si uma condenação, não se vê o porquê de se vedar a interceptação telefônica, a qual, com relação aos indícios, exige apenas que sejam razoáveis. Não há nada, em tese, que impeça uma denúncia anônima, por conta de sua excepcional coerência interna, de apresentar eventualmente, ainda que raramente, essas características.

Se, deferidas as interceptações telefônicas, o conteúdo das conversas interceptadas vem a confirmar a veracidade da denúncia, resta provado que os juízos da autoridade policial que pediu e do magistrado que deferiu estavam absolutamente corretos. Não há como, diante do resultado confirmador dos indícios, apurado nas interceptações, sustentar que uma denúncia anônima não era suficientemente indiciária, não se consubstanciava, por si, em indício

[609] DE SANCTIS, Fausto Martin. Recebimento da denúncia nos autos do processo 2009.61.81.014227-6. Disponível em http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2010/2010-01-13-castelodeareia.pdf, acesso em 22.11.2018.

razoável. Anular a interceptação, nesta hipótese, parece bastante desproporcional.

É claro que as decisões anulatórias, por vezes, buscam também apresentar um caráter educativo, com vistas a desestimular decisões temerárias. Entretanto nos parece que, para tal mister, mais correto que anular interceptações ou outras medidas que depois se provaram compatíveis com o que se denunciava que viria a ser descoberto, seria sancionar administrativamente os envolvidos no deferimento (especialmente Juízes e membros do Ministério Público) de interceptações imprudentes, quando o resultado das interceptações não confirmar as denúncias, se demonstradas a falta de responsabilidade, de cuidado, de observância aos requisitos legais. Mas a confirmação, pelo conteúdo das conversas interceptadas, das suspeitas da denúncia, reitera-se, é a nosso ver a prova cabal de que havia, sim, indícios razoáveis de ocorrência de crime no apontamento anônimo.

Diego Castor cita em sua dissertação de mestrado algumas decisões do próprio STJ que, em casos de tráfico de drogas, entenderam normalmente cabíveis diligências com impactos diretos nas vidas dos réus, após denúncias anônimas. No segundo acórdão citado verifica-se que, a partir de denúncia anônima, policiais entraram na casa do suposto traficante sem mandado. Encontraram as drogas. A situação de flagrância sanou eventual nulidade:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. ALEGADA CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA**.** INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PERDA DO OBJETO.
> I - Conforme já asseverou a c. Suprema Corte: "Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial

> não ratificados em juízo"(Informativo- STF n° 366). Na espécie, entretanto, o édito condenatório encontra-se devidamente lastreado em arcabouço probatório devidamente submetidos ao crivo do contraditório judicial (art. 5º, LV, CF).
> II - No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente ao argumento de que o conjunto probatório seria precário, demandaria, necessariamente, o 119 amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes).
> III - Não há, na linha da jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal, (v.g. HC 95.244/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE 30/04/2010) qualquer ilegalidade na determinação de realização de diligência para apurar a veracidade de denúncia anônima formulada dando conta da prática de crime de tráfico de entorpecentes, da qual advém a prisão em flagrante do paciente.
> IV - A superveniência do trânsito em julgado da condenação evidencia a perda de parte do objeto do presente mandamus, em que se buscava a suspensão da execução provisória da pena. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.
> (HC 137.256/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/09/2010).

> (...) inexiste constrangimento ilegal pela alegada ausência de mandado judicial para o ingresso na residência do corréu Rosildo Aires de Mello, tendo em vista o estado de flagrância em que foi surpreendido, situação amparada pelo art. 5o., XI da Magna Carta. Consoante constou do Inquérito Policial, às fls. 127/130, após denúncias anônimas, Policiais Militares dirigiram-se à residência de Rosildo, que foi surpreendido, com o corréu Héliton dos Santos Lima, manipulando, sobre uma mesa de centro, substâncias entorpecentes que tinham em depósito (HC 141.490/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julg. 06/04/2010, DJe 26/04/2010).

A entrada dos policiais na residência de uma pessoa, com ou sem mandado, não pode ser considerada menos invasiva à privacidade e à intimidade que uma interceptação telefônica.

A instauração de procedimento investigativo a partir de denúncia anônima é possibilidade aceita por boa parte da jurisprudência. Nas palavras da Desembargadora Cecília Melo, que antes da decisão do STJ manteve em curso a "Castelo de Areia" e rejeitou o *habeas corpus* 2009.03.00.01.4446-1 impetrado pela defesa de Kurt Pickel:

> (...) nosso ordenamento jurídico admite a denúncia anônima, desde que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes à deflagração de procedimento de investigação.

O que se percebe é que, admitida em geral a ideia de que a denúncia anônima inicie procedimento de investigação, o problema reside em quais procedimentos são possíveis e quais não são. Aí se entra na seara da subjetividade, mas a lei que regula as interceptações telefônicas, lembre-se, não exige outros requisitos que não os "indícios razoáveis"; que o crime seja punido com pena de reclusão; e que não haja disponibilidade para utilização de outros meios para obtenção da prova.

É obviamente aceitável que a denúncia anônima seja, sob outro ponto de vista e a despeito de nossa posição, considerada inidônea a, sozinha, dar ensejo a diligências investigatórias que possam ser consideradas invasivas à privacidade das pessoas. Ainda que ela traga pormenores que indiquem pouca probabilidade de ela seja mero fruto de imaginação e ainda que seja extremamente coerente e verossímil quando cotejada com elementos públicos e notórios – como o quadro de corrupção sistêmica brasileiro - e analisada sob o prisma da experiência de uma autoridade policial, membro do Ministério Público e autoridade judicial. O que nos parece prejudicial, todavia, é que o rigor quanto a quais tipos de diligências são possíveis de serem deferidas, imediatamente após uma denúncia anônima, possa variar sensivelmente dentro de uma mesma época e dentro de um mesmo tribunal. Mesmo que isso se dê sem qualquer dolo e sem qualquer intenção escusa, pois dá azo para que, aos olhos da sociedade, possa parecer que o rigor varia ao sabor da identidade dos investigados. Os órgãos colegiados devem ser especialmente coerentes nesse aspecto, prezando a segurança jurídica.

De qualquer forma, no caso específico da "Castelo de Areia", havia quando da interceptação telefônica, com a devida vênia aos entendimentos contrários, suficientes outros elementos, além da denúncia anônima, algo que bem notou a Desembargadora Cecília Melo:

> Verifico, dentro desse contexto, que a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico, na verdade, cingiu-se aos dados telefônicos, o que não se confunde com a inviolabilidade das comunicações havidas por telefone.

Ainda quanto à existência, na "Castelo de Areia", de circunstâncias que se somavam à denúncia anônima, Diego Castor de Mattos afirma que, no intuito de se preservar a identidade do colaborador, o qual vinha sendo ameaçado, o Juiz de primeiro grau optou por não mencionar a colaboração premiada na decisão de deferimento das interceptações. O Ministro Og Fernandes reconheceu a existência e a importância da colaboração premiada em seu voto. E frisou que a Polícia Federal efetivamente realizou diligências preliminares no sentido de identificar as sociedades comerciais de Kurt Pickel, antes das interceptações. A Ministra relatora, contudo, não concordou com os argumentos, afirmando que "a despeito de se cogitar da proteção do agente delator", não se podia "aceitar a proteção da verdade por meio de sua ocultação". [610] Acreditamos que em relação a este último argumento da Ministra, o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal não poderia levantar o sigilo de dados sobre o delator, nem o conteúdo da delação, ainda que quisesse naquele momento, visto que a colaboração premiada havia sido colhida em inquérito que tramitava em outra Vara.

Pouco tempo depois da "Operação Castelo de Areia", a Lei 12.850/13 veio justamente a regulamentar a matéria da colaboração e afirmar, na esteira de legislações mundo afora e das Convenções acerca do tema, que o colaborador pode, sim, ter sua identidade preservada, para sua segurança, e que a colaboração pode, como qualquer elemento probatório, se manter sigilosa na fase do inquérito, em benefício de outras diligências ainda por fazer, devendo ter obrigatória publicidade apenas depois do recebimento da denúncia, e ressalvada a possibilidade de se manter, ainda que divulgado o conteúdo da colaboração, a

[610] MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015, pp. 117-118. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018.

reserva quanto à identidade do colaborador. A colaboração premiada, a propósito, prevista nas Convenções de Palermo e de Mérida, internalizadas no Brasil respectivamente em 2004 e 2006, já havia tido sua constitucionalidade expressamente reconhecida pelo STF em 2008, no HC 90688, da 1ª turma, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandovski em 12 de fevereiro daquele ano.

A publicidade ou não da colaboração, como já extensamente analisado, deve ser, portanto, determinada não pela conveniência dos delatados, mas apenas pela conveniência da instrução e pela proteção da pessoa do colaborador, se em risco. De Sanctis, à época já há muito especialista no assunto, conduziu de forma absolutamente correta a situação no nosso entender.

Outro problema, contudo, que foi levantado pelos Ministros que anularam a "Castelo de Areia" foi a insuficiência da fundamentação da decisão de deferimento.

A esse respeito, de novo, tem-se que se trata de questão bastante subjetiva e que pode gerar insegurança jurídica e prejudicar a própria realização do justo. O próprio STF já decidiu que o "art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão" (Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 791/292 Pernambuco, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 23.06.2010)[611]. Há torrencial jurisprudência em todos os tribunais do país nesse sentido, isto é, de que o art. 93, IX, da CF/88 exige apenas fundamentação e que fundamentação sucinta não se confunde com ausência de fundamentação para efeito de anulação. E isto não apenas para deferimento ou indeferimento de uma diligência probatória, mas, mais importante, até mesmo para efetivas decisões condenatórias ou absolutórias. Nesse sentido, destacamos apenas três exemplos, um do TJSP e dois do próprio STJ:

[611] Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496, acesso em 23.11.2018.

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. MOTIVAÇÃO SUCINTA. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Juízo sentenciante, ao contrário do aventado na impetração, ainda que de forma concisa, procedeu à análise da prova carreada aos autos, formando seu livre convencimento e concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando a condenação na sua confissão. 2. Tendo a sentença condenatória, ainda que de maneira sucinta, apresentando fundamentação baseada em prova produzida no seio da ação penal - confissão do paciente -, observa-se que aquela se encontra em conformidade com o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, motivo pelo qual não se vislumbra o aventado constrangimento ilegal a ensejar a sua nulidade" (STJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, HC nº 222758/MS, DJe 29/03/2012).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INCÊNDIO DOLOSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DEFUNDAMENTAÇÃO. TESES DEFENSIVAS NÃO ENFRENTADAS. CONDENAÇÃO SUCINTA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. "Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicável ao caso" (REsp 1.012.194/SC). 2. O Juízo sentenciante, ainda que de forma concisa, motivou a condenação, afastando as alegações do paciente de que o crime decorrera do "fato de ter esquecido o fogão ligado". 3. Não há falar em constrangimento ilegal por vício de fundamentação, até porque a decisão contrária aos interesses da parte não implica negativa de vigência ao art. 381 do CPP. 4. Ordem denegada (STJ Rel. Arnaldo Esteves Lima 5ª Turma HC nº 87773/SP DJe 02/08/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL – Denunciação caluniosa e Corrupção ativa de testemunha – Recurso da Defesa – Preliminar de nulidade da r. sentença – Ausência de fundamentação – Afastamento – Magistrado que, ainda que de maneira sucinta, apreciou os argumentos trazidos pelas partes – Não se pode confundir motivação sucinta com falta de motivação. Esta gera a nulidade, aquela não – Preliminar rejeitada. Mérito Absolvição por falta de provas Improcedência A prova oral e o acervo documental mostraram-se suficientes para a comprovação dos fatos descritos na denúncia Conjunto probatório robusto para

> lastrear o decreto condenatório Condenação mantida Pena bem fundamentada Impossível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos e a fixação de regime prisional mais brando, tendo em vista o montante das penas Recurso defensivo improvido (TJSP, Apelação 0008417-94.2010.8.26.0032, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Sérgio Ribas, julg. 20.10.2016).

Diego Castor de Mattos acredita, a propósito do excesso de subjetivismo na matéria, que no Brasil um Desembargador ou Ministro pode, caso não concorde com determinado critério utilizado por um Juiz de primeiro grau de jurisdição para uma determinada decisão, se valer do argumento de falta de fundamentação "para invalidar toda a prova, ainda que a decisão do juiz guarde razoabilidade". Assim é que ele lembra que, nos EUA, por exemplo, uma decisão de quebra de sigilo só é revista quando extrapola a própria função jurisdicional do magistrado. Caso a decisão de primeiro grau "considere determinado elemento como causa provável para a decretação de quebra de sigilo, as Cortes Superiores conferem deferência à determinação".[612]

Todo esse subjetivismo, tanto em relação à fundamentação das decisões quanto em relação ao que seriam indícios razoáveis e suficientes para o decreto de diligências invasivas à privacidade, dá margem para que, no Brasil, "grandes e caríssimos casos penais, construídos com o trabalho de dezenas ou mesmo centenas de agentes públicos" possam ser anulados por erros de menor importância, o que gera desperdício de recursos públicos e deixa a sociedade desprotegida[613].

Acreditamos que para a eventual anulação de provas e de processos há de se considerar o princípio da proporcionalidade, isto é, há que se considerar a gravidade do crime, o tamanho do prejuízo ao erário, as consequências sociais de se deixarem culpados livres. E há que se analisar e se levar em conta, também, a

[612] MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015, p. 86. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018.

[613] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 86.

boa-fé da polícia. É o que a própria jurisprudência dos EUA, local de nascimento da teoria "dos frutos da árvore envenenada" vem aplicando, como demonstram os casos *Hudson vs Michigan*, de 2006, e *Herring vs US*, de 2009[614].

A "Castelo de Areia" foi bastante noticiada à época dos fatos. O Juiz do caso, Fausto De Sanctis, deu publicidade às suas decisões. Ainda assim, o nível de divulgação foi, assim como na "Satiagraha" que a precedeu e que também teve suas provas anuladas no STJ, comparativamente, menor que no "Mensalão" e que na "Lava Jato", assim como menor foi também o nível de mobilização social. Na "Castelo", o conteúdo da única colaboração premiada não foi à época divulgado, pela justificável situação do colaborador, o que pode ter tido influência em termos de mobilização, visto que as colaborações, ao retratarem fatos pormenorizados e sem a linguagem jurídica costumeiramente menos próxima à da população, costumam tornar as acusações mais vívidas, como a "Lava Jato" demonstrou.

Ao contrário do "Mensalão" e da "Lava Jato", outrossim, também não se viu na "Castelo de Areia", apesar das muitas notícias já à época dos fatos, uma atuação tão expressiva da imprensa investigativa propriamente dita. O "Mensalão" se iniciou com uma reportagem da revista Veja fazendo uma denúncia, a qual, por si só, já trazia elementos palpáveis contra um político importante, o deputado Roberto Jefferson o qual, teria sido, dizia a reportagem, citado nominalmente em um esquema de corrupção nos Correios, sendo que essa citação teria sido gravada. Poucos dias depois, políticos da oposição se mobilizaram por uma CPI mista, que foi formada e que aos poucos recebeu apoio até de políticos da base aliada, de forma que o clamor popular cresceu muito rapidamente e alcançou proporções inéditas na história nacional.

Em suma, por vários aspectos já analisados, a publicidade na "Castelo de Areia" acabou sendo proporcionalmente menor, não em termos das decisões judiciais, sempre públicas, mas em termos do conteúdo das provas apuradas. Além disso, ao contrário do "Mensalão", poucos políticos importantes foram

[614] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p 87.88.

implicados de forma contundente logo no início. Essas duas circunstâncias contribuíram, cremos, para uma menor comoção social inicial, em termos proporcionais, e uma menor divulgação pela imprensa, o que fez com que não se criasse totalmente o ambiente de deslegitimação mencionado por Sérgio Moro como fundamental para o sucesso de operações do tipo, como a "Mani Pulite"[615].

A "Castelo de Areia", concordando-se ou não, foi enterrada, sob aplausos de alguns criminalistas que enxergaram na decisão do STJ um louvável freio ao avanço policialesco contra as liberdades democráticas, uma vitória da democracia, uma vitória do povo[616].

3.3.5. Mensalão.

O "Mensalão" representou, à sua época, o maior escândalo de corrupção que a nação havia vivido até então. Como visto no item acima, reportagem da revista Veja, de maio de 2005, denunciou esquema de corrupção nos Correios implicando desde logo políticos relevantes, o que motivou uma CPI mista instalada ainda no primeiro semestre daquele ano e que, paralelamente aos trabalhos do inquérito 2245, autuado no STF também naquele semestre, e à continuidade da atuação da imprensa investigativa, revelaram um esquema sistemático de compra de votos de parlamentares no Congresso para dar sustentação ao Executivo. O esquema contou com participação de figuras importantíssimas do cenário político nacional. O fluxo do dinheiro foi apelidado de "valerioduto", em referência a Marcos Valério Fernandes de Souza, empresário que intermediava as transferências dos recursos desviados, lavados com a ajuda de alguns executivos do Banco Rural e do BMG. Em março de 2006 foi oferecida denúncia pelo MPF. Após cinco sessões de julgamento, e mais de um ano e quatro meses depois do oferecimento da exordial acusatória, ela foi, sob os olhares da nação, finalmente recebida e a Ação Penal 470 teve início.

---

[615] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, jul./set. 2004, p. 57.

[616] Nesse sentido, Márcio Thomaz Bastos declarou que se tratava de uma "vitória do processo penal do Estado de Direito democrático", disponível em https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,justica-anula-provas-da-castelo-de-areia-imp-,702335. Ambos os acessos em 22.11.2018.

A explosividade do caso se deu não tanto pela publicidade das provas colhidas no inquérito e no processo que o sucedeu, visto que mesmo depois de oferecida a denúncia o STF manteve segredo de justiça quanto às informações obtidas por meio de quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico[617], mas principalmente pelo fato de que desde o início envolveu muitos políticos importantes, inclusive com delações bombásticas televisionadas, como a de Roberto Jefferson, contínua atuação da imprensa investigativa, adesão de políticos da própria base aliada à CPI. O componente político, com alguns partidos apoiando desde o início as investigações, evidentemente contribuiu para o não esquecimento do caso. Não há se confundir, porém, o reconhecimento de um componente político contribuinte da apuração dos fatos (inclusive no sentido de ajudar a impedir "abafamentos"), com qualquer alegação de "julgamento político" ou desvirtuado da verdade dos autos, algo que refutamos. Os diversos depoimentos prestados à CPI, sempre filmados e depois transmitidos em rede nacional pela imprensa, acabaram sendo um fato de constante estímulo à mobilização da sociedade, atônita com o que era revelado. *Mutatis mutandis,* esses depoimentos funcionaram, para o esclarecimento da população, um pouco como o conteúdo das colaborações premiadas e as audiências judiciais filmadas e divulgadas na "Lava Jato", algo que não teve como ocorrer na "Castelo de Areia".

A cobertura da imprensa com divulgação não só de notícias e informações sobre o caso, mas, efetivamente, dos conteúdos que a CPI produzia, mantiveram a sociedade permanentemente atenta ao caso e cobrando respostas institucionais, o que fez com que o processo se encaminhasse para julgamento pelos Ministros do STF em um cenário de plena *accountability,* de total escrutínio público sobre o que iria ser decidido.

[617] Vide http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544, acesso em 23.11.2018.

Referindo-se à grande indignação que os fatos envolvendo a ação geraram na população, a Ministra Carmem Lúcia afirmou por ocasião dos debates em plenário que o Brasil havia mudado[618].

A ampla publicidade, a despeito das críticas, deu maior legitimidade ao julgamento perante a população, permitiu o escrutínio da ordem democrática, colocando ao alcance da população, diretamente, uma maior criticidade em relação ao discurso dos acusados de que tudo não passaria de manipulação da "mídia golpista" contra o "governo popular". Quem assistiu ao julgamento pela televisão, acompanhou discussões que antes só aconteciam entre quatro paredes.[619]

Thiago Bottino afirma, no nosso entender com plena razão, que as "pessoas não acreditariam nos resultados se não houvesse a transmissão ao vivo". As controvérsias sobre as condenações seriam ainda maiores, houvesse menos publicidade.[620]

Pierpaolo Cruz Bottini, que atuou na defesa de um dos réus, se diz favorável às transmissões das sessões do STF e afirma que um "juiz não pode ter medo de decidir na frente das câmeras". Lembra que "se o fato de ter uma câmera ligada ou não vai fazer com que aquele ministro julgue de uma forma ou de outra, o problema está no ministro, não na câmera".[621]

Depois do julgamento do "Mensalão", restou "mitigada a ideia de 'quem tem dinheiro e/ou poder não vai para a prisão neste país'"[622]. De forma positiva,

---

[618] PEREIRA, Merval. *Mensalão: O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 82.
[619] PEREIRA, Merval. *Mensalão: O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil.* Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 222.
[620]PEREIRA, Merval. *Mensalão: O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil.* Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 230.
[621] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 251.
[622] CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial. Tese de Doutorado.* Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 360.

as posições dos ministros também passaram a influir na opinião pública, não só o inverso.

> (...) a diferença talvez entre a decisão em um caso envolvendo a investigação sobre a prática de um crime sem publicidade e visibilidade e outro caso de grande repercussão e pressão da mídia sobre o juiz, certamente, sem desprezar outras questões, está na extensão da motivação e na transparência. Em um caso de maior interesse da opinião pública, até a absolvição enseja fundamentação extensa (...). Esse fenômeno que exige um "diálogo" entre os julgadores e a sociedade é salutar (...)[623].

Fazendo um balanço do "Mensalão", Victor Gabriel Rodriguez afirma que, em suma, a mídia desempenhou um papel satisfatório na cobertura do julgamento[624]. E menciona, positivamente, o vislumbre de um novo Judiciário e uma nova mídia, menos monopolística, atuando em conjunto, como sinal dos tempos, no sentido de pela primeira vez na história condenar pessoas poderosas:

> Um novo Judiciário porque – respeitadas todas as opiniões, pois observo apenas um dado objetivo – condena os antes penalmente inatingíveis; a nova mídia porque, distante dos monopólios das grandes redes, tem na internet um contraponto difuso, capilarizado e imediato".[625]

A internet e as mídias sociais, que sem dúvida colaboraram muito na informação da população, representam outro fator de diferença em relação à "Castelo de Areia", que eclodiu em época na qual essas ferramentas tecnológicas, embora já existissem, ainda eram menos utilizadas. A importância delas só aumentou desde então.

---

[623] CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial. Tese de Doutorado.* Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 362

[624] RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Mensalão: Liberdade, injusto massacre da imprensa e algum testemunho pessoal. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 27.

[625] RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Mensalão: Liberdade, injusto massacre da imprensa e algum testemunho pessoal. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 30.l

Ao final do “Mensalão”, restaram condenadas ao todo vinte e quatro pessoas, entre particulares e agentes públicos de vários partidos políticos. Com os primeiros ficaram as maiores penas.

3.3.6. Operação Lava-Jato.

A “Lava Jato”, assim como os escândalos de corrupção anteriores, começou a partir de fatos menores e foi aos poucos ganhando corpo. Algumas peculiaridades a fizeram se desenvolver de uma maneira que a “Castelo de Areia” não conseguiu e chegar a muito mais culpados que o “Mensalão”. Em termos de tentativa de desmantelamento da corrupção sistêmica, acabou se constituindo na atuação judicial, no mundo, mais próxima da “Operação Mãos Limpas” da Itália.

Em nenhum outro grande caso da história a publicidade processual foi tão ampla como nos feitos da “Lava Jato”. E em nenhum outro caso a divulgação pelos meios de comunicação foi tão maciça, constante, sistemática. Nem no “Mensalão”.

Há alguns fatores que se constituem como pressupostos para o sucesso de qualquer movimentação contra a corrupção sistêmica e uma delas, que foi fundamental na “Mãos Limpas” por exemplo, é a conflagração de uma conjuntura econômica difícil, aliada à crescente percepção popular quanto aos custos da corrupção[626]. Por óbvio. Na bonança econômica, a população tende a ficar menos crítica e pode, até mesmo, considerar que em proveito da manutenção dos bons ventos se tolerem condutas antiéticas por parte dos governantes, especialmente em países nos quais situações de bonança econômica não sejam exatamente comuns.

O Brasil, como a Itália do inicio da década de 1990, apresentava essa condição econômica difícil quando do início da “Lava Jato”. Esse tipo de conjuntura esteve presente na maior parte da nossa história. Estava presente à

[626] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, jul./set. 2004, p. 57.

época das operações “Satiagraha” e “Castelo de Areia”, como também à época de tantos outros escândalos de corrupção. Mas a percepção quanto aos custos da corrupção, quanto ao volume dos desmandos, era outra.

Ainda que os limites de tolerância quanto à corrupção e quanto à falta de representatividade dos políticos tenham sempre se mostrado bastante elásticos no Brasil, a ponto de Jacques Lambert se referir a uma grande parte da nossa população como “lenta em se revoltar e fácil de governar”, tolerância e paciência são características que, quando, desrespeitadas e abusadas, tendem a gradativamente diminuir, como Cícero já lembrava a Catilina em memoriosa exortação já mencionada neste texto. Até quando?

Assim, a continuidade dos escândalos e a continuidade da impunidade, bem como o avanço da revolução digital e das mídias sociais, certamente contribuíram para a eclosão, inevitável, da “Lava Jato”.

Nesse sentido, talvez os insucessos da “Satiagraha” e da “Castelo de Areia”, e de tantas outras, tenham formado o substrato de indignação e percepção dos custos crescentes da corrupção que culminaram com a deslegitimação do sistema, necessária para o progresso bem-sucedido de uma atuação judicial contra políticos e poderosos.

A “Mãos Limpas” já havia mostrado a importância de apoio popular constante, obtido por fornecimento constante de informações. O “Mensalão” ratificou essa certeza. Assim é que, nas palavras de Deltan Dallagnol, a “Lava Jato” teve com um de seus pilares deliberados a comunicação social. Os outros dois pilares foram as colaborações premiadas e os avanços por pulsos, fases.[627]

Como a “Castelo”, e ao contrário do “Mensalão”, a “Lava Jato” se iniciou sem um rápido envolvimento de políticos importantes, sem um relevante suporte inicial da imprensa investigativa trazendo novos fatos (a atuação da imprensa foi mais marcante como informadora do que a própria investigação oficial descobria)

[627]DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 122.

e sem o apoio de partidos e políticos da oposição no sentido de ajudarem de forma relevante a se evitarem "abafamentos". Por outro lado, em acréscimo a uma conjuntura mais favorável no que toca a deslegitimação do sistema corrupto, a "Lava Jato" pode contar com mais colaborações premiadas, já normatizadas pela Lei 12.850/13 e utilizadas de forma abundante.

A publicidade processual, de todas as petições, decisões, das interceptações assim que o sigilo não era mais útil às investigações (como permitido a qualquer prova na fase de inquérito) e do conteúdo de cada delação homologada gerou um círculo virtuoso no qual, como na "Mani Pulite", "a deslegitimação, ao mesmo tempo em que tornava possível a ação judicial, era por ela alimentada"[628].

Criou-se pela "Lava Jato", assim, o interesse popular que o "Mensalão" houvera criado com os depoimentos da CPI, e colocou a operação no noticiário diuturno como acontecera antes com o escândalo da compra de votos parlamentares, ponto no qual a "Castelo de Areia" não chegou, talvez por falta de tempo. As mídias sociais também estavam bem mais disseminadas quando da "Lava Jato", mais ainda que à época do "Mensalão", em que já haviam sido relevantes na opinião de Víctor Gabriel Rodríguez. Além de mais disseminadas, essas novas mídias e ferramentas eletrônicas estavam mais desenvolvidas efetivamente, abarcando maior quantidade de informações, de revistas virtuais, links, blogs, etc.

Mas se no "Mensalão" a ampla comunicação social sobre o caso foi algo inevitável e praticamente automática, na "Lava Jato" foi provocada, foi estratégica. Nela, os procuradores inovaram também com sistemáticas entrevistas coletivas à imprensa e até a criação de um site oficial da operação. Cada fase, cada pulso, passou por ampla divulgação "para que a população ficasse informada sobre os desdobramentos". [629]

[628] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, jul./set. 2004, p. 57.
[629] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 125.

E não há nada errado nisso, pois era mesmo direito da população saber. Uniram-se, na "Lava Jato", as três compreensões a respeito da publicidade nos processos envolvendo agentes públicos que mencionamos alguns itens acima, mais especificamente no início do item 4.3, subitens 4.3.1 a 4.3.3: perfeita compatibilidade da ampla publicidade com o ordenamento dentro de uma concepção contemporânea de democracia transparente; obrigação de prestígio à ampla publicidade pelo magistrado em respeito às vítimas e ao art. 93, IX, da CF/88; conveniência estratégica da publicidade no sentido de evitar interferências externas de autoridades e poderes ocultos.

E foram essas circunstâncias que, prestando contas à sociedade e garantindo credibilidade, permitiram, como à "Mãos Limpas", o prosseguimento da Operação mesmo em face de manobras "tramadas nas sombras" como destruição de provas, criação de dossiês falsos, agressões morais por meio de notas na imprensa, repetição de discursos sobre abusos processuais, tentativas de interferência no Judiciário e, como na Itália, oferecimento de propostas legislativas para barrar as investigações ou descriminalizar condutas, até mesmo retroativamente por meio de anistias. [630]

Os acordos de colaboração foram o detalhe mais agudo da "Lava Jato". Com relação a eles, tão controversos para alguns setores da comunidade jurídica e cujas divulgações foram bastante criticadas, cumpre destacar os entendimentos dos Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin, os quais atuaram de maneira a prestigiar a transparência e de forma congruente com a linha de ampla publicidade seguida pelo juízo de primeira instância durante toda a "Operação" e aqui entendida por nós como a mais correta.

Os acordos de colaboração realizados em primeiro grau de jurisdição cujos conteúdos fizeram menções a pessoas com foro por prerrogativa de função foram desmembrados, com a formação de procedimentos autônomos, e enviados

[630] DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, pp. 125-130 e 223. Quando os acordos de colaboração premiada com executivos da construtora Odebrecht se tornaram iminentes, em novembro de 2016, houve sensível movimentação de parlamentares no sentido de aprovar legislação anistiando os crimes pretéritos de "caixa dois".

ao juízo competente, na maioria desses casos o STF. Assim ocorreu, por exemplo, com partes das colaborações de Paulo Roberto Costa e de Alberto Youssef.

No STF, alguns desses vários expedientes ensejaram a abertura de inquérito. Em outros, deu-se o arquivamento, a pedido do Procurador Geral da República, titular das eventuais ações penais. Em ambas as situações, o Ministro Teori Zavascki, relator, manteve o sigilo do conteúdo das colaborações que mencionavam as pessoas com prerrogativa de foro apenas e tão somente até o momento da respectiva decisão de abertura de inquérito ou de arquivamento do expediente. Extrai-se de uma das decisões de arquivamento, praticamente igual a todas as demais:

> Cumpre, porém, revogar o sigilo até agora assegurado ao procedimento. É que a Constituição proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). Ora, não há, aqui, interesse social a justificar a reserva de publicidade. Pelo contrário: é importante, até mesmo em atenção aos valores republicanos, que a sociedade brasileira tome conhecimento dos fatos relatados. É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e ao procedimento correspondentes (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípuas (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7°, § 2º). No caso, arquivado o procedimento, nele cessam as investigações, e os colaboradores, que respondem a outras ações penais com denúncia recebida, já tiveram sua identidade exposta publicamente. Portanto, não mais subsistem as razões que impunham o regime restritivo de publicidade (STF, Petição nº 5.259 Distrito Federal, Rel. Min. Teori Zavascki, 06.03.2015)[631].

Nota-se na decisão que as justificativas jurídicas para o sigilo se circunscrevem à garantia do êxito das investigações ainda em curso e da

[631] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/, nº 7973310. Acesso em 22.03.2017

proteção aos colaboradores, se tal proteção se fizer necessária. O sigilo não se justifica, no caso de colaborações premiadas em procedimentos de crimes praticados por agentes públicos, para a proteção da intimidade ou honra de quem quer que seja. Tanto assim que mesmo nos casos de arquivamento do expediente, casos em que sequer haveria instauração de inquérito, o sigilo foi levantado. Nos casos em que houve determinação de instauração de inquérito a fundamentação para o levantamento do sigilo foi a mesma. As decisões foram todas tomadas em março de 2015.

Com o avanço da "Operação", a atenção dos meios de comunicação, o crescimento do apoio popular e as contínuas revelações de um avançadíssimo quadro de corrupção sistêmica, o convencimento do Ministro Teori Zavascki em relação à publicidade nas colaborações parece ter se firmado ainda mais.

Em 14 de março de 2016, um ano depois das decisões mencionadas acima, o Ministro homologou o acordo de colaboração premiada firmado pelo Senador Delcídio Amaral e, no mesmo ato, imediatamente, levantou o sigilo do conteúdo. Mais que isso. O acordo inicial havia previsto prazo de 180 dias para o levantamento do sigilo, algo que o Ministro determinou fosse alterado a fim de se adequar à Lei 12.850/13, notadamente quanto à necessidade de se garantir "o normal desenvolvimento da atividade investigatória" e a Súmula Vinculante 14. A posição do Ministro, cremos, visou a evitar manutenção de sigilo por conveniências políticas, fora das hipóteses de interesse das investigações e proteção da pessoa e da família do colaborador. A cláusula de prazo foi então retirada do acordo[632].

Pouco mais de dois meses depois, em 30 de maio de 2016, o Ministro levantou o sigilo que pendia ainda sobre o conteúdo da colaboração de Nestor Cerveró, cujo acordo havia sido homologado há algum tempo, antes e independentemente de qualquer decisão sobre efetivo arquivamento do expediente ou abertura de inquérito com base nele, diferentemente das decisões de março de 2015. Os dispositivos invocados, contudo, foram os mesmos (art. 93,

[632] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/, nº 10510482. Acesso em 22.03.2017.

IX, da CF/88, e artigos 5º, II, e 7º, §§ 2º e 3º, da Lei de Organização Criminosa)[633].

Com o falecimento do Ministro Teori Zavascki justamente após os importantíssimos acordos de colaboração dos executivos da construtora Odebrecht, a então Presidente do STF Ministra Carmem Lúcia, nos termos do regimento do Tribunal, assumiu a competência temporária e os homologou, em 30 de janeiro de 2017, sob grande atenção da sociedade. Manteve, todavia, o sigilo dos conteúdos.

O novo relator sorteado, Ministro Edson Fachin, levantou rapidamente, no início de abril daquele ano, o sigilo da enorme maioria das delações e determinou a instauração de dezenas de inquéritos, inclusive contra políticos importantes, e de vários partidos. Fez divulgar lista com os números dos expedientes arquivados e os números dos inquéritos abertos, individualmente, seguidos dos nomes dos envolvidos.[634] Na decisão de levantamento do sigilo, o Ministro destacou, em total sintonia com o relator que o antecedeu:

> Percebe-se, nesse cenário, que a própria Constituição, em antecipado juízo de ponderação iluminado pelos ideais democráticos e republicanos, no campo dos atos jurisdicionais, prestigia o interesse público à informação (...). Com relação ao pleito de levantamento do sigilo dos autos, anoto que, como regra geral, a Constituição Federal veda a restrição à publicidade dos atos processuais, ressalvada a hipótese em que a defesa do interesse social e da intimidade exigir providência diversa, e desde que 'a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação'. (...) o Estado-Juiz, devedor da prestação jurisdicional, ao aferir a indispensabilidade, ou não, da restrição à publicidade, não pode se afastar da eleição de diretrizes normativas vinculantes levadas a efeito pelo legislador constitucional.

E a respeito do art. 7º, §3º, da Lei 12.850/2013, o Ministro assinalou:

[633] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/, nº 11079411. Acesso em 22.03.2017
[634] Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/lista-fachin-odebrecht.pdf, acesso em 24.11.2018.

> (...) referida sistemática deve ser compreendida à luz das regras e princípios constitucionais, tendo como lastro suas finalidades precípuas, quais sejam, a garantia do êxito das investigações e a proteção à pessoa do colaborador e de seus próximos. Não fosse isso, compete enfatizar que o mencionado artigo 7.º, parágrafo 3.º, relaciona-se ao exercício do direito de defesa, assegurando ao denunciado, após o recebimento da peça acusatória, e com os meios e recursos inerentes ao contraditório, a possibilidade de insurgir-se contra a denúncia. Todavia, referido dispositivo que, como dito, tem a preservação da ampla defesa como finalidade, não veda a implementação da publicidade em momento processual anterior[635].

O acerto de Fachin à época se mostra, a nós, tão cristalino, que se tem dificuldade em compreender as críticas sofridas por ele na ocasião, a maioria das quais evocando, como de costume, a retórica do grande risco à democracia e aos direitos duramente conquistados, em boa dose de inversão das razões de ser desses bens. Não havia se falar em sigilo se a identidade dos colaboradores já era notória (visto que há meses já se vinha falando da colaboração da Odebrecht) e se não estavam em risco, nem suas famílias. É de se questionar, tendo em mente a "falsa prudência" mencionada por São Tomás de Aquino e que tanto é inimiga da justiça, se a real indignação de alguns quanto ao levantamento dos sigilos, sob a capa da proteção aos colaboradores, não representava, em verdade, insurgência quanto às revelações em si.

Ao todo, até novembro de 2018, a "Lava Jato" havia ensejado centenas de inquéritos e dezenas de ações, em diversos estados e no Distrito Federal, recuperado cerca de 14 bilhões de reais entre acordos de colaboração e de leniência[636], colocado no banco dos réus centenas de pessoas e efetivamente condenado, ao menos em uma instância judicial, cerca de setenta, muitas das quais em mais de uma, entre políticos, parentes de políticos, executivos, empresários, doleiros, lobistas, por crimes, entre outros, de corrupção ativa, passiva, organização criminosa, associação criminosa, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, uso de documento falso, fraude em licitação.

Ela desnudou um cenário de corrupção institucionalizada, sistêmica, do qual participavam os principais partidos nacionais, a principal e maior empresa

[635] Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/exclusivo-fachin-acaba-com-sigilo-das-delacoes-da-odebrecht/, acesso em 24.11.2018.
[636] Disponível em https://www.oantagonista.com/brasil/lava-jato-ja-recuperou-138-bilhoes-de-reais/, acesso em 24.11.2018.

nacional, as principais construtoras nacionais, inclusive algumas que já haviam sido investigadas na fulminada “Castelo de Areia”, como a Camargo Corrêa.

Pode-se dizer, considerando as diferentes perspectivas de abordagem do fenômeno da corrupção, que a “Lava Jato” representou um importante ataque a ela sob o ângulo, principalmente, da relação custo/benefício da escolha criminosa. Mas, além disso, secundariamente, contribuiu para conscientização nos planos sociocultural e neoinstitucional. As ações judiciais, contudo, não podem substituir a democracia no combate à corrupção, como adverte Sérgio Moro. É a sociedade, esclarecida, atenta, informada, que pode e deve, por meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção[637].

[637] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, jul./set. 2004, p. 61.

CONCLUSÃO

A corrupção no Brasil é um problema enraizado, de extrema gravidade, que afeta sensivelmente a vida de dezenas de milhões de pessoas e que agride as bases de nossa democracia de forma patente.

Um esforço institucional e social para uma real e significativa minoração do problema se mostra premente e inadiável, ainda que não se tenha, racionalmente, esperanças de se erradicar totalmente uma mazela que sempre atingiu a humanidade e que ainda a atinge, mesmo em menor medida, até nos países mais desenvolvidos do mundo.

Esse esforço, com os sacrifícios que lhe são inerentes, encontra respaldo na consciência comum do povo brasileiro, o qual, mais do que simplesmente intuir sobre o tamanho da corrupção e sobre a gravidade dos prejuízos causados por ela, como em outras épocas, hoje os dimensiona de forma muito mais concreta.

O combate à corrupção, evidentemente, há de ser realizado em todas as frentes possíveis, não se imaginando uma saída simplista para o problema, por meio apenas e tão somente dos processos criminais. Mas, mesmo que não seja a única medida a ser tomada na luta contra a corrupção, como vimos ao longo deste trabalho, a impunidade é uma das facetas que devem ser enfrentadas.

Para tanto, é preciso uma Justiça capaz de entregar decisões de forma mais célere e especializada, o que por sua vez exige priorização e mais estrutura no que concerne aos crimes que envolvem corrupção em sentido amplo. O mesmo se diga em relação às Polícias e ao Ministério Público. Além disso, cremos que nossa atual legislação de execução penal pode ser melhorada, com alteração dos percentuais de progressão de regime, hoje excessivamente lenientes.

Nada disso adianta, em termos de combate à impunidade, se os processos não puderem chegar ao fim. Cremos, nesse sentido, que a anulação

de qualquer prova produzida em fase de inquérito ou judicial, deve considerar o princípio da proporcionalidade em face da gravidade dos fatos apurados e suas consequências, bem como a boa-fé, conforme o caso, da autoridade policial ou judicial que presidiu ou determinou a colheita da prova, para o que não se descarta a possível utilidade de inclusão de dispositivo expresso no Código de Processo Penal, a despeito de o atual ordenamento já autorizar, a rigor, referido entendimento. Não se mostra proporcional, a nosso ver, a anulação de um edifício probatório em um caso de apuração de crime grave e com grandes consequências sociais, por exemplo, por conta de uma fundamentação que, apesar de razoável e não teratológica, e sem qualquer suspeita de má-fé, foi menos fundamentada do que outro magistrado, em grau recursal, acharia ideal.

O mais importante elemento, contudo, para a chegada dos processos ao fim com julgamento de mérito em tempo razoável, acreditamos seja, no caso dos crimes envolvendo agentes públicos e pessoas influentes em escândalos de corrupção, a ampla publicidade processual.

Esta deve ser obrigatoriamente observada, conforme uma interpretação sistemática do ordenamento à luz da ideia contemporânea de democracia, em que o direito à intimidade protege o cidadão contra o Estado, mas não os agentes do Estado, ou que se relacionaram com o Estado e com as coisas públicas, contra os cidadãos, contra os contribuintes. Tudo que se relaciona com o Poder deve ser público. É por isso que se há de rejeitar os raciocínios que, invertendo essa lógica, enxergam riscos totalitários e de retrocesso democrático na publicidade que, na verdade, acaba por expor os segredos do poder.

Assim, considerando que nesses casos a população é a vítima, a ampla publicidade atenderá ao mais legítimo interesse público, o qual prevalecerá, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, sobre a intimidade dos acusados. Não pode ser olvidado, outrossim, que a publicidade processual contribui em grande medida para a legitimidade da atuação judicial perante a população e viabiliza, desta forma, um maior controle, por meio da *accountability*, do exercício jurisdicional, ao mesmo tempo em que inibe iniciativas de interferências externas em favor dos donos do poder.

Acreditamos que a população brasileira tem dado contínuos sinais de saída de um estado de letargia para com os desmandos, rumo a uma maior participação na vida política, um melhor exercício da cidadania. Nesse contexto, a corrupção sistêmica é algo que a sociedade não está mais disposta a tolerar. Os resultados da ação penal 470 e da "Operação Lava Jato" sinalizam tempos de mudança positiva, dentro de uma cultura de transparência crescente que, a nosso ver, longe dos exageros quanto às supostas consequências nocivas do "populismo penal midiático", abre, na verdade, ensejo para um maior respeito à coisa pública e para uma aplicação menos seletiva do Direito Penal, com efetividade independentemente de quem seja o réu.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADORNO, Theodor. *Ensaios sobre psicologia social e psicanálise.* São Paulo: Unesp, 2015.

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia.* Trad. Cristiano Martins. 8ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 2006.

AQUINO, Santo Tomás de. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Os Direitos do Preso e a Mídia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 114, ano 10, p. 7-10, maio 2002.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Direito Penal e emoções: A influência da personalidade na formação da culpa jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, nº 101, ano 21, p. 97-124, março/abril de 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; PODVAL, Roberto. Ninguém é cidadão. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 114, ano 10, p.1, maio 2002.

BARROS JUNIOR, Mario. *A fantástica corrupção no Brasil*. São Paulo: Edição do autor, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEARD, Mary. *SPQR: uma história da Roma antiga*. Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: Planeta, 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy,* Vol. 76, 1968.

BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Vol. 1*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 247-254.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Democracia e segredo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2015.

_____. *O futuro da democracia*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1997.

BUDÓ, Marília Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, nº 101, ano 21, p. 389-428, março/abril de 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMAJ, Lindita. The midia's role in fighting corruption: media effects on governamental accountability. *The international jornal of press/politics*, Vol. 18, p. 23/41, 2013.

CARVALHO, Olavo de. *O Imbecil Coletivo I.* São Paulo: É Realizações, 2006.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mídia, Violência e Sistema Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 42, ano 11, p. 225-235, jan/mar de 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____.et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder*. A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

_____. O Direito como parte da Ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, 2004, p.1-10.

COPETTI, André. Comentário ao art. 5º, LX, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORÇÃO, Gustavo. *O Século do Nada*. Rio de Janeiro: Record, 1973.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970.

CRUZ, Erica Marcelina. *Prisão cautelar: A influência da mídia na sociedade e na decisão judicial.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Publicidade e Sigilo no Processo Penal Moderno*. Doutrina 9, do Instituto do Direito, 2000, disponível em http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.23560, acesso em 25.04.2017.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: KIM, Richard Pae; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALRYMPLE, Theodore. *A Vida na Sarjeta*. São Paulo: É Realizações, 2014.

DECUGIS, Henri. *Les Étapes du Droit: Des Origines a nos Jours. Tome I.* Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1946.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Notas sobre Notas - Tema VIII: Do princípio notarial da legalidade - Terceira Parte*, 2016, disponível em http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw%3D%3D&in=Nzk0MA%3D%3D, acesso dia 25.04.2017.

_____; MORAES JR, Volney Correa Leite de. *Crime e Castigo: Reflexões politicamente incorretas.* Campinas, SP: Millennium, 2002.

_____. *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. Campinas: Millenium, 2001, p. XI-XII.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

EIRAS, Agostinho. *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FERNANDES, André Gonçalves. *Ensinando e aprendendo o Direito com o método do caso: Bases epistemológicas e metodológicas.* 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 86.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala.* 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1954.

FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da operação mãos limpas – a Europa e as Américas após a queda do marxismo.* Trad. Claudio Maltese. São Paulo: Maltese, 1994.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público.* Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13*. Disponível em https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada, acesso em 17.11.2018.

_____; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia, Poder e Delinquência. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, nª 238, ano 20, p. 4, setembro/2012.

GONZAGA, João Bernardino. *Violação de Segredo Profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976.

GORDON, Flavio. *A corrupção da inteligência: intelectuais e poder no Brasil.* Rio de Janeiro: Record, 2018.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a Filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, 2004, p. 33-50.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal.* 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HASSEMER, Winfred. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEMINGWAY, Ernest. *Por quem os sinos dobram*. Trad. Luís Paezê. 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

HOLANDA. Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HORKHEIMER, Max. *Teoria Crítica I.* São Paulo: Perspectiva, 1999.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudia. *Comentários ao Código Penal: Vol. I. Tomo I.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KIM, Richard Pae. Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. In: _____; PRETTO, Renato Siqueira De; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis.* 7ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 60.

LEITE, Fabio Carvalho. *Estado e Religião: A liberdade religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.* Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUKÁCS, György. *História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Marx e Engels como historiadores da literatura*. São Paulo: Boitempo, 2016.

MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, André Pires de Andrade. Sigilo das Comunicações e de dados. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização*. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Por um Judiciário mais forte*. In: LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (coordenadores). *Juiz Constitucional – Estado e poder no século XXI.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal: vol. I.* Campinas, SP: Millennium, 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2016.

MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco.* Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/02/1_379351238367510752.pdf, acesso em 20.11.2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses.* 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de*. Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 93 da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Ari Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2011

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e Proporcionalidade. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Mídia, Liberdade de Expressão e Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nª 183, ano 15, p. 8, fevereiro/2008.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

NAHAT, Ricardo. *Anatomia da Corrupção.* São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1991.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arrua Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Leis Penais e Processuais Comentadas. Vol. 1*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Manual de Direito Penal.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Trad. Felipe Denardi. Campinas, SP. Vide Editorial, 2016.

ORWELL, George. *1984*. Trad. Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Observações sobre os casos penais de 2012: imprensa, projetos de lei e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, nº101, ano 21, p. 463-484, março/abril de 2013.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *A lei que pode aumentar a corrupção*. Folha de São Paulo, p. 3, 04.02.2014.

_____. *Corrupção mata.* Folha de São Paulo, p. 3, 26.12.2013.

_____. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri, SP: Manole, 2003.

PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. *A publicidade no processo penal brasileiro: confronto com o direito à intimidade*. Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

_____. *Processo Penal:* Quando Publicidade e Sigilo Oprimem*. Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 214, p. 11, Setembro de 2010.

PEREIRA, Merval. *Mensalão: O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PLATÃO. *A república*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: Ensaio sobre a tristeza brasileira.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE JUNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 39, ano 10, p. 251-263, jul.-set. 2002.

_____. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2013

RIBEIRO, Haroldo V. et al. The dynamical structure of political corruption networks. *Journal of Complex Networks*, Oxford, p. 1-15, jan. 2018.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Mensalão: Liberdade, injusto massacre da imprensa e algum testemunho pessoal. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (Org.). *AP 470 – Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 21-30.

ROIO, José Luiz Del. *Itália Operação Mãos Limpas e no Brasil? Quando?* São Paulo: Icone, 1993.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The political economy of corruption. In: ELLIOT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy*. Washington, DC: Institute for international economics, 1996, pp. 31-60, disponível em https://vdocuments.site/a-economia-politica-da-corrupcao.html, acesso em 13.11.2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Bruna Solange Diogo. *O Segredo de Justiça*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Autônoma de Lisboa, 2014.

SCHEDLER, Andreas. Por um conceito de accountability. In: DIAMOND, Larry (org). *2º Coletânea da democracia.* Trad. Patrícia Helena Rubens Pally, Vitor Adriano Liebel, Marcelo Oliveira da Silva, Zora Morgenthaler. Curitiba: Ed. Atuação, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade. 3ª ed.* São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____. Direito e Midia. In:_____ et al (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

SEPÚLVEDA, Pertence. STF. Questão de Ordem no Inquérito 503/RJ. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80730, acesso em 20.11.2018.

SHAKESPEARE, William. *Timão em Atenas.* Disponível na íntegra em https://shakespearebrasileiro.org/pecas/timon-of-athens/, acesso em 12.11.2018.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: introdução notas e comentários de Olavo de Carvalho.* Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Sigilo interno e externo da investigação criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 177, ano 15, p. 12, agosto 2007.

_____; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo Financeiro e a Produção da Prova Criminal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de Política*. São Paulo: Queiroz Editores, 1998.

SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no Processo Criminal e o Interesse Público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso Midiático Penal e Exasperação Repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* nº 94, ano 20, p. 363-380, jan-fev. 2012.

SOBRINHO, Mario Sergio; LACAVA, Thaís Aroca Datcho. Sigilo Profissional e a Produção de Prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada. In: KIM, Richard Pae; PRETTO, Renato Siqueira De; _____. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

_____. Mutação Constitucional e ativismo judicial. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – Direito Constitucional*, ano 16, nº40, 115-130, abril/junho 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALIM, Rafael. O direito fundamental de acesso à informação pública. In: *Acesso à informação pública*. _____; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O Sigilo da Fonte de Informação Jornalística como Limite à Prova no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

_____. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas.* Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. São Pauo: RT, 2010.

VOEGELIN, Eric. *Ordem e história. Vol. II.* Trad. Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2015.

WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014.

WERNER, Guilherme Cunha. Cleptocracia: Corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

_____. Isenção política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. In*: Revista Brasileira de Ciências Políticas*. Brasília, V.6, nº 2, pp. 17-63, jul/dez 2015.