

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA
COORDENAÇÃO

CRÔNICAS FRANCISCANAS DO
MENSALÃO

COMENTÁRIOS PONTUAIS DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL Nº 470, JUNTO AO STF,
PELOS PROFESSORES DE DIREITO PENAL DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)

ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO
ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA
DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO
EDUARDO REALE FERRARI
EDUARDO SAAD DINIZ
HELENA REGINA LOBO DA COSTA
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA
VICTOR GABRIEL RODRÍGUEZ

QUARTIER LATIN

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL
Rua Santo Amaro, 316 – Centro – São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Victor Guimarães Sylvio

Revisão gramatical: Tarsila Nascimento Marchetti

Capa: Eduardo Nallis Villanova

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014.

ISBN 85-7674-708-1

1. Direito Penal. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Penal

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

As Sete Lições do Mensalão

VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ

Uma opinião pessoal, como não poderia ser diferente, mas que acho que tem muito em comum com a experiência de todos nossos leitores. De um momento a outro, os estudiosos do Direito penal nos tornamos voz importante para explicar o que parte da imprensa – a boa imprensa – já apostava ser um divisor de águas. Pessoalmente, eu duvidava bastante do encaminhamento técnico do veredicto, apesar de haver conhecido com alguma intimidade o sério trabalho do Supremo Tribunal Federal. Mas ao fim dessa experiência de diária análise do julgamento do século, idealizada pela equipe do Valor e por um brilhante penalista, quem capitaneou nosso conjunto de professores respeitando opiniões e divergências, as lições que aprendi foram para além de confirmar a utilidade de crer nas previsões dos mais sábios. De um modo tão pontual como cabalístico, outras seis lições ficaram bem claras. Pra mim, digo.

Aprender que os caminhos da Economia e da Justiça coincidem foi o primeiro ponto. Em um plano bem geral, a AP nº 470 mostrou-se idêntica aos índices de desenvolvimento econômico do País, que há pouco foram divulgados: as distâncias sociais diminuíram, o que é excelente para toda a sociedade. O tablado do Supremo foi espelho disso, porque vimos cidadãos do alto poder sendo tratados quase como réus comuns. Não significa que haja deixado de existir uma justiça de ricos e outra de pobres (que em geral não acodem à Suprema Corte), mas que ao menos as grandes imunidades pereceram, até mesmo se para provar do amargo sabor da injustiça, que não se deseja sequer ao pior criminoso. Pobre ou rico.

Também ficou comprovado que traduzir o blindado discurso jurídico não é algo impossível, e parte da imprensa o fez muito bem. Se qualquer simplificação parecerá ao cientista sempre herética, há no fenômeno dois aspectos que temos de aceitar: primeiro, que o direito somente se concretiza quando os cidadãos o legitimam, e para legitimar é necessário compreender; depois, e talvez mais relevante, que os olhos da opinião pública conseguem ver o que a técnica não alcança. Que existem nos julgamentos interesses, e contatos, e palavras, e mensagens subliminares que o cientista não nota ou finge não notar apenas porque não consegue inserir tantas variáveis em sua exata equação.

O direito é um corte da sociedade, mas analisar o fenômeno no todo social é louvável tarefa, dentre outros, do jornalista.

Em sentido bem contrário, exagera-se ao observar o julgamento como um fenômeno político-partidário. A lição então é de que ainda há um longo caminho para se consolidarem os conceitos institucionais, dentre os quais está a independência do Judiciário. Não houve dia que, publicando-se um mediano artigo de minha autoria, deixasse eu de receber algumas mensagens de leitores que transformavam minhas palavras em uma borbulhante exaltação de PT ou PSDB, de Lula ou Fernando Henrique, como se o Plenário fosse um campo de disputa de dois times de futebol pelos quais se nutrem paixões das mais cegas e guturais. Para mim foi de fato uma nova experiência receber críticas passionais de alguns personagens que eu acreditava serem o baluarte da frieza e imparcialidade de análise. Curioso, porque não consigo prever se nosso futuro nos reserva melhor compreensão técnica ou o recrudescimento desses ardores.

Foi também um tanto decepcionante confirmar o que há tempos defendia, sem grande aprofundamento técnico: que todos nós pensamos narrativamente. Fez-se inviável acompanhar o julgamento sem criar uma figura de um ministro herói e outro antagonista. Falsa polarização, em especial se for aceita minha observação de que, se não houvesse nas sessões uma aguda divergência de opiniões, aí sim teríamos um real motivo para suspeitar do comportamento da Corte. A divisão ilusória entre mocinhos e bandidos jamais permitirá uma boa análise fática, e estão de parabéns os meios de informação que ao menos tentaram dissolver esse sintomático mito, que meu desconhecimento de psicologia social impede analisar.

Dessa mesma lógica narrativa, fica também o aprendizado de que falta muito para o país tomar consciência de que necessita repensar a si próprio. Predicativos, lançados em alguns noticiários, como "a novela do mensalão" demonstraram o total desprezo para com o momento histórico. Acreditar que já se comentou demais sobre o julgamento denota total rejeição à atividade de reflexão sobre nossos rumos, pois qualquer sociedade minimamente desenvolvida teria a certeza de que a Ação Penal nº 470 foi um fato sobre o qual ainda restam milhões de linhas a serem escritas, no decorrer das próximas décadas.

A última lição reverte à primeira, mas em outra face. Escrever com regularidade a um jornal diário de ampla repercussão fez notar o quanto é árido o

cotidiano dos jornalistas, esses que nós juristas amamos criticar. Construir com velocidade um texto curto e preciso, com a responsabilidade de desnudar-se para um público atento, que nota com facilidade erros lógicos e preconceitos que o próprio autor ignora é uma responsabilidade e tanto. Um risco, melhor dito. Depois de todo o esforço, ver seu texto desatualizar-se e perder sentido em questão de horas, como um pão amanhecido, tampouco é a melhor das experiências. E só mais uma lição de respeito que a vida nos dá diariamente, a que todos já deveríamos estar habituados. Mas não estamos.

Artigo originalmente publicado em 3 de dezembro de 2012.

A Inovação da Cegueira Deliberada pelo Supremo

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Inegavelmente o julgamento da Ação Penal nº 470 trouxe modificações na realidade brasileira, em especial no campo jurídico e, também, com reflexo nos diversos mercados. No horizonte das leis, as mudanças podem ser criticadas e merecem, sem dúvida, uma maior reflexão. No mercado em si, o tempo dirá sobre as novidades. Uma linha de intersecção entre esses âmbitos, no entanto, se destaca: a nova leitura sobre o crime de lavagem de dinheiro e sobre a chamada cegueira deliberada.

Existe, na doutrina penal, uma profunda discussão acerca da aceitação, ou não, do dolo eventual na configuração do crime de lavagem de dinheiro. A dúvida sobre em que medida a mera assunção de um risco seria cabível para a configuração de lavagem de dinheiro sempre foi motivo de repúdio por boa parte da construção jurídica nacional. O acórdão da Ação Penal nº 470 atesta esse fato. Entrementes, busca o amparo do que o pensamento americano denomina de *willful blindness doctrine* (ou doutrina da cegueira deliberada) para legitimar sua utilização. Diria ela respeito, muito resumidamente, à equiparação de uma conduta dolosa daquele que, deliberadamente, se coloca em situação de cegueira ou ignorância ante as circunstâncias de seus próprios atos.

Diz o voto condutor do ministro relator que “o direito comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (1) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos prove-nham de crime, (2) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (3) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa”. Mais à frente, no mesmo voto, ainda pondera que “embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da *civil law*, acolheu a doutrina em questão na ‘Sentencia 22/2005’, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no direito brasileiro”.

Embora seja verdade a aceitação da cegueira deliberada por Cortes europeias, isso não se dá sem críticas. Mesmo hoje, nos Estados Unidos, existe questionamento se seu uso não implicaria em uma contrariedade ao devido processo legal, e, portanto, em real inconstitucionalidade. Em outras palavras, entendendo que cabe ao legislador, e não aos juízes, a elaboração legislativa, chegou-se a questionar se os juízes atuariam de forma inconstitucional quando substituem um requisito subjetivo por outro, diferente do conteúdo da norma.

O temor desse tipo de assunção doutrinária pela realidade brasileira versa, em primeiro lugar, sobre a insegurança que isso pode trazer ao dia a dia empresarial. Ainda que tenha sido ela mencionada no que diz respeito apenas a algumas condenações, a referência futura ao campo dos negócios é marcante. Quais os riscos que determinada situação pode trazer? Quando, e de que forma, um diretor de determinada empresa se colocaria predeterminadamente em cegueira deliberada? Essas são questões irresolutas em um futuro próximo.

O grande problema, como assegura o professor espanhol Isidoro Blanco Cordero, é que a teoria da cegueira deliberada reduz sensivelmente a exigência de provas de alguns delitos, entre os quais a lavagem de dinheiro. Essa percepção, aliada ao fato de que, embora toda a questão de dolo eventual venha a implicar em uma cegueira deliberada, mas que nem toda a cegueira deliberada venha a ser um dolo eventual, dificulta, em muito, a utilização de tal instituto no Brasil, pois a prática frequentemente demonstra a perda e limites à imputação.

Muitas construções de origem americana acabam chegando a realidades, como a brasileira, e, não raro, causam mais problemas do que soluções. Alguns exemplos como a delação premiada ou o acordo de leniência, sofrem não menos questionamentos. A real dúvida é saber se há compensação na sua utilização, em condenações momentâneas, face aos prejuízos e inseguranças que o futuro pode trazer.

Artigo originalmente publicado em 26 de abril de 2013.

A Teoria do Domínio Funcional no Acórdão da Ação Penal nº 470

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Um dos temas que gerou maior discussão durante o julgamento da Ação Penal nº 470 foi a aplicação da teoria do domínio funcional da organização naquele processo. Cuida-se de concepção relativamente complexa, razão pela qual muito se questionou a possibilidade de seu emprego com relação aos fatos julgados. Agora, com a publicação do extenso acórdão, é possível conferir com maior exatidão qual foi a linha seguida, de forma prevalente, pelo Supremo Tribunal federal (STF).

A teoria do domínio funcional da organização, tal como elaborada originalmente, visava a estabelecer a configuração de autoria em situações nas quais não se verificasse a realização do fato criminoso diretamente por uma dada pessoa, tampouco houvesse uma determinação específica dada por esta para a prática do ato por um terceiro. Entretanto, em razão de existir um aparato de poder (estabelecido ao largo da ordem jurídica) dominado pelo agente em questão, que dele se serve para a prática de crimes, utilizando os executores imediatos como meros fantoches – já que são substituíveis e não têm qualquer poder de decisão –, deve-se considerar a existência de autoria do agente mediato em tais hipóteses.

Menções a essa teoria surgiram em diversos pontos do acórdão, mas ela foi mais aprofundadamente discutida no julgamento do denominado núcleo político. É impossível tecer análise detida do tema neste espaço, razão pela qual escolhe-se somente um aspecto. Da leitura do acórdão, verificam-se algumas afirmações no sentido de que haveria domínio funcional em razão de que alguns acusados ocupariam “o topo da estrutura” de partidos, por serem líderes de bancada ou presidentes de partido. Com efeito, não se pode concordar com a aplicação da teoria do domínio funcional somente a partir de tais dados. Um partido político não apresenta as características de um aparato de poder estabelecido paralelamente ao ordenamento estatal. Tampouco se podem caracterizar os demais participantes de um partido político como fungíveis e substituíveis, estando à mercê de seus dirigentes e sem qualquer capacidade de ação.

Na verdade, prosseguindo na leitura do acórdão constata-se que teria ficado comprovada a prática de condutas específicas – participação em reuniões, assinaturas de documentos, por exemplo – pelos acusados. Com isso, percebe-se que não seria necessário valer-se da teoria do domínio funcional para analisar a autoria ou participação de cada acusado, até porque essa construção foi pensada exatamente para casos nos quais tais condutas específicas não costumam ser verificadas. Seria suficiente, portanto, examinar o conjunto probatório relativo a cada conduta individual e a ligação subjetiva entre as condutas, verificando se os comportamentos constatados indicavam a prática delituosa ou não.

Ainda que os dois caminhos teóricos possam levar ao mesmo resultado no que se refere a esse caso específico, é importante observar que a utilização da teoria do domínio da organização em âmbitos para os quais não foi concebida levará ao abandono da responsabilidade penal subjetiva, que consiste em somente se atribuir pena diante de condutas próprias do acusado, decorrentes de decisões pessoais suas, e não alheias.

Artigo originalmente publicado em 29 de abril de 2013.