

# Compreendendo o Direito Penal a partir dos Direitos Fundamentais: uma entrevista com a Professora Raquel Scalcon



*Entendiendo el Derecho Penal desde los Derechos Fundamentales: una entrevista con la Profa. Rachel Scalcon*

*Understanding Criminal Law from a Human Rights Perspective: an interview with Prof. Raquel Scalcon*

**Raquel Lima Scalcon<sup>1</sup> e Marcio Cunha Filho<sup>2</sup>**

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.426>

A Revista da CGU inaugura por meio da presente edição uma seção inovadora de publicações acadêmicas em formato de entrevista. O objetivo da nova seção é apresentar à sociedade discussões atuais, relevantes e densas em um formato mais dinâmico e aberto do que a tradicional configuração de artigos acadêmicos. Fomentar novos formatos de comunicação acadêmica e científica é uma obrigação imposta pela realidade em que vivemos: já pertencem ao passado os tempos em que acadêmicos podiam se comunicar apenas entre si e apenas por meio de artigos estritamente acadêmicos. A pluralidade das atuais formas de comunicação – entrevistas de áudio, *podcasts*, vídeos, *newsletters* – precisa ser incorporada pela academia, pois uma ciência que não se comunica com o público em geral é necessariamente mais fechada, menos diversa e menos efetiva.

É uma grande honra inaugurar essa seção com a Profa. Dra. Raquel Lima Scalcon, cuja produção acadêmica é reconhecida nacional e internacionalmente como inovadora e disruptiva. O trabalho da Profa. Raquel é marcado pela transversalidade e interdisciplinaridade: sua compreensão de fenômenos jurídicos se constrói a partir das fronteiras do Direito Constitucional, Administrativo e Penal. Com uma formação ao mesmo tempo abrangente e aprofundada, a obra de Raquel é marcada pela realização de conexões entre diferentes áreas do Direito e da criminologia, pelo estabelecimento de diálogos entre diferentes temas e conceitos e pela articulação entre o teórico e o prático. Essa abordagem dotada de *amplitude* possui algumas fortalezas nem sempre devidamente reconhecidas por uma academia caracterizada pela hiperespecialização: essa abordagem permite o desenvolvimento de um raciocínio mais adaptável, flexível e crítico, e, portanto, mais bem preparado para refletir sobre os novos e complexos problemas com que nos deparamos (Epstein, 2019).

A professora Raquel Lima Scalcon possui graduação e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atuou como pesquisadora visitante em importantes universidades alemãs, como a Universidade Humboldt de Berlin e a Universidade Georg-August de Göttingen, bem como no Instituto Max-Planck, em Freiburg. Foi bolsista pós-doutoral da Fundação Alexander von Humboldt, em parceria com a CAPES. Atuou como professora substituta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e atualmente é professora de Direito penal nos cursos de graduação e pós-graduação da FGV Direito São Paulo. É autora de diversos artigos e de dois livros: “Controle Constitucional de Leis Penais” (Scalcon, 2018) e “Ílícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo” (Scalcon, 2013). Seu próximo livro (“A condição de funcionário público no Direito Penal: casos, conceitos e distinções”) está no prelo e deve ser lançado ainda em 2021.

1 Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

2 Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP – DF).

Nessa entrevista, o leitor terá uma primeira aproximação a alguns dos pontos que Raquel desenvolve com maior profundidade em sua obra. A título de exemplo, uma de suas preocupações discutida na entrevista é a precisão conceitual de termos jurídicos. Muitas vezes as discussões jurídicas ou mesmo acadêmicas atravessam debates conceituais como se se tratasse de tema de menor importância – contudo, boa parte de nossas discordâncias ou dificuldades em construir soluções conjuntas é um desdobramento de uma espécie de ausência crônica de clareza conceitual. Uma ilustração desse problema, trabalhado por Raquel em um de seus recentes escritos (Scalcon; Teixeira, 2020), diz respeito ao termo *corrupção*: todos nós concordamos que o problema existe no Brasil e no mundo há séculos, mas poucas vezes paramos para discutir exatamente o que o termo significa. A primeira etapa para solucionar um problema é identificá-lo corretamente e precisamente. Daí a importância de um debate conceitual e juridicamente rigoroso acerca do conceito jurídico do crime de corrupção.

Também conversamos sobre as capacidades e as limitações do Direito Penal em produzir mudanças comportamentais duradouras. Muitas vezes, enriquecer ou ampliar leis penais é a resposta padrão à qual a nossa sociedade se direciona quando deparamos com um novo problema ou com o agravamento de um problema anterior. Contudo, afirma a profa. Raquel, quanto mais apostamos em respostas penais, mais nos decepcionamos com a falta de efetividade da atuação estatal. Apesar de sabermos teórica e empiricamente que leis e instituições penais não são boas indutoras de comportamento individual ou coletivo, continuamos a ter por elas uma atração que é explicada mais pelas emoções e impressões humanas do que por evidências empíricas e científicas. Muitas vezes clamamos por respostas penais sem perceber os graves riscos associados a elas: o Direito Penal restringe liberdades básicas das pessoas, atinge desproporcionalmente pessoas vulneráveis, ameaça valores inerentes da nossa democracia. Essa preocupação com a liberdade humana é, na verdade, o ponto de partida de toda a reflexão da Profa. Raquel, o que explica a sua análise do Direito Penal a partir da Constituição e dos direitos fundamentais. Não é à toa, aliás, que uma das obras que a Profa. Raquel indica em sua entrevista é o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Alexy, 2012).

Talvez uma parte de nossas esperanças pouco fundadas no Direito Penal decorra da nossa dependência da mídia para “traduzir” questões jurídicas à população geral. Muitas vezes esse processo de tra-

dução não é realizado de modo condizente com as nuances e complexidades de discussões jurídicas, o que pode alimentar ainda mais nossas equivocadas esperanças acerca das possibilidades das instituições penais. Muitas vezes, essa comunicação distorcida de processos jurídicos é ao mesmo tempo alimentada e capitalizada por atores políticos que possuem uma agenda política própria (Haltom; McCann, 2004).

Também conversamos sobre outros temas, como os viesamentos sistêmicos da academia e da produção científica, ainda desproporcionalmente centrada em homens brancos. Os dados no Brasil sobre o tema são escassos, mas em países do norte global muitos veículos acadêmicos estão construindo “comitês de diversidade” para estudar as desigualdades sistêmicas na academia e propor soluções. Nesse sentido, dados da *Royal Society* britânica mostram a persistência de disparidades de gênero e raça em toda a sua produção acadêmica.<sup>3</sup>

A profa. Raquel Scalcon liderou a presente edição especial da Revista da CGU. Aqui, ela é entrevistada por Marcio Cunha Filho, auditor da CGU e professor do IDP.

**MARCIO CUNHA FILHO:** Profa. Raquel, muito obrigado por aceitar liderar a presente edição especial e por realizar essa entrevista. Quero começar perguntando sobre o conjunto da sua obra. Você é uma pesquisadora multidisciplinar, com estudos publicados em Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo. Há um fio condutor comum ou uma mensagem central em toda sua obra?

**RAQUEL LIMA SCALCON:** Obrigada, de início, agradeço muito a oportunidade de coordenar a Edição Especial. De fato, talvez essa seja uma marca da minha produção – não ser tão concentrada em um único ramo do Direito. Trato de temas de Direito Penal, com foco em dogmática penal, mas não me limito a isso. A explicação dessa marca está nas peculiaridades da minha trajetória. Quando comecei a faculdade, tinha muito interesse em Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Direito Constitucional. Somente depois de ter contato com esses ramos é que comecei a estudar mais a fundo o Direito Penal mais a fundo; contudo, nunca consegui vê-lo como uma área completamente autônoma ou desvinculada das demais áreas do Direito. Por olhar o Direito Penal sempre a partir do Direito Constitucional e da Teoria do Direito, vejo-o como parte de um todo maior,

<sup>3</sup> Veja, nesse sentido, relatório disponível em <https://royalsociety.org/topics-policy/diversity-in-science/diversity-data/>

como um conjunto de prerrogativas estatais que precisa ser pensado a partir de preocupações teóricas e constitucionais de fundo. Quando falamos de Direito Penal, estamos falando sobre o perigoso poder estatal de criminalizar condutas e, com isso, de privar os cidadãos de liberdade. Por essa razão, a decisão de criminalizar uma conduta sempre é uma decisão de limitar e de restringir o direito fundamental de liberdade. Então, enxergo e analiso o Direito Penal a partir da Constituição e dos direitos fundamentais. Essa visão mais ampla acabou marcando as minhas preocupações teóricas e empíricas. Isso se traduz em uma preocupação em ser bastante analítica em cada categoria dogmática que uso.

Por outro lado, o meu olhar, por mais amplo que pretenda ser, não é capaz de abarcar questões de criminologia e de política criminal, justamente porque meu referencial é outro. Todavia, no contexto de um país como o Brasil, não se pode ignorar as repercussões, no Direito Penal, das nossas intensas e sistemáticas desigualdades. Isso porque as desigualdades econômicas e sociais se espelham no nosso sistema legal, cujo aparato policial-repressivo incide de maneira muito desproporcional sobre pessoas em situação de vulnerabilidade. Assim, quanto mais desigual um país, tanto mais seletivo será o seu sistema de justiça criminal. Logo, embora eu aprecie muito o fato de minha produção ser bastante dogmática, conceitual e analítica, sei que não consigo abarcar nela, com grande profundidade, questões de ordem político criminal ou de ordem criminológica. O meu lugar de fala é a partir da Constituição, mas não desconheço a incompletude do meu olhar. Acho que a mensagem acaba sendo essa: todo trabalho de um pesquisador vai demandar recortes e referenciais teóricos específicos, deixando-se outros de lado. O importante é reconhecer as limitações de nossos trabalhos científicos e ser transparentes com relação a isso.

**MCF:** Nesse sentido, você se considera uma generalista ou uma especialista?

**RLS:** A pergunta é interessante. Eu diria que me “arrisco” bastante nas produções, pois transito por diferentes ramos do Direito. Por exemplo, nos meus estudos recentes sobre crimes contra a Administração Pública ou mesmo sobre o conceito penal de funcionário público, busco um diálogo profundo com Direito Administrativo. Para um administrativista, provavelmente o meu argumento não seja irrelevável. Ao mesmo tempo, para quem trabalha exclusivamente com dogmática penal, é difícil e raro encontrar a promoção desse diálogo com categorias do Direito Administrativo. Para ilustrar a importância

de promovê-lo, acredito que, quando discutimos crimes licitatórios, não é possível realizar uma análise dogmática consistente sem compreender mais profundamente como funciona uma licitação. Sendo assim, esses diálogos que busco fazer não me tornam uma generalista, mas me tornam uma penalista preocupada em ir um pouco além da dogmática estritamente penal. Por exemplo, na minha tese, escrevi sobre controle constitucional de leis penais. O diálogo com categorias do Direito Constitucional teve de ser muito intenso, e, novamente, talvez um constitucionalista possa apontar falhas, já que sou, em primeiro lugar, uma penalista. Daí porque expliquei, no início da resposta, que me “arrisco”. Ocorre que desconfio de uma dogmática penal que não dialogue com outros ramos do Direito e da ciência em geral. Na prática, o que me instiga é entender as múltiplas facetas sancionadoras da atuação estatal.

**MCF:** Muito interessante. Talvez a classificação “generalista” ou “especialista” seja menos importante, mas o interessante de sua obra é realmente que ela faz esses diálogos, constrói pontes que me parecem muito raras no Direito, em que muitos pesquisadores têm um desinteresse ou uma falta de preocupação em olhar para além do que David Epstein (2019) chama de “trincheiras do conhecimento” (ramos do conhecimento muito específicos que não dialogam com outros). Acredito que essa abordagem tradicional do Direito tende a criar profissionais com uma visão jurídica muito fragmentada, o que acho que tem muito mais prejuízos do que eventuais críticas que essa abordagem possa ter.

**RLS:** Como dizia um grande professor que tivemos na Federal do Rio Grande do Sul, Prof. Tupinambá Pinto de Azevedo, “quem só sabe Direito Penal não sabe Direito Penal”. Acredito nesse pensamento e busco promover tal ideia concretamente em minhas pesquisas.

**MCF:** Sim, e acredito inclusive que o nome dessa edição especial – Interfaces do Poder Sancionatório do Estado – reflete um pouco essa ideia. Mudando de assunto, Raquel, um dos fatores que pensamos quando começamos a arquitetar essa edição especial, ao qual você chamou atenção desde o início, foi a necessidade de termos pesquisadoras mulheres escrevendo.

Eu queria te perguntar quais são as consequências negativas de um campo que, pelo menos olhando de fora, me parece um campo muito fechado e eu diria muito masculino, no sentido ruim da palavra. O Di-

reito Penal parece ser um campo em que predomina uma lógica masculinizada em termos de estrutura de escrita, de temas que são pesquisados, de hierarquias tácitas que são seguidas. De novo, eu estou olhando de fora, mas o que você acha que são prejuízos concretos da falta ou da marginalização de vozes femininas no campo, como um todo, no país?

**RLS:** Acho que essa é uma pergunta bem importante. Não basta dizer o óbvio. É insuficiente afirmar que “precisamos de mais espaço para mulheres”. Assim como é insuficiente simplesmente manter-se neutro frente a desigualdades de gênero e a outras formas de exercício arbitrário de poder – afinal, neutralidade em relações muito desiguais equivale, na prática, a um alinhamento com o lado opressor. Devemos ir além disso. Logo, quando pensamos a edição especial, as nossas preocupações foram duas: a primeira (que não conseguimos plenamente concretizar) foi a de obter trabalhos de diferentes regiões do país; a segunda, a de ter uma representatividade feminina substancial. Penso que mais do que a questão de gênero, o que nos moveu foi a questão da diversidade em geral, no Direito ou fora dele. A diversidade traz consigo a universalidade de pensamento, que está no próprio nome das “Universidades”: histórias diferentes, pesquisadores e pesquisadoras com experiências ímpares e com trajetórias complementares etc. Não tenho dúvida de que isso nos leva a uma construção científica muito melhor e mais interessante. Aqui na edição especial nós tentamos, de forma muito singela, fazer isso. Essas pequenas iniciativas são fundamentais. Um exemplo pessoal disso, de que devemos assumir responsabilidade para provocar pequenas transformações que podem se acumular, foi quando eu, como professora mulher, percebi que meus próprios planos de ensino não refletiam a diversidade que eu desejava, e tomei passos no sentido de consertar isso. Assim, ao elaborar meus planos, comecei a indicar textos obrigatórios e complementares que refletissem um pouco mais esse valor da diversidade. Meu “défaut” era pensar em referenciais teóricos não diversos, e percebi que talvez estivesse faltando um pouco de esforço da minha parte. Por isso, eu fui buscando mais diversidade – e fui encontrando. Acho muito cômodo manter um plano de aula com as mesmas referências de sempre. Por isso, buscar diversidade exige também esforço. Ademais, os próprios estudantes cada vez mais clamam por essa diversidade – e nela veem um grande valor a ser promovido.

**MCF:** Você escreve também sobre aborto, você acha que esse é um tipo de discussão em que ignorar

vozes diversificadas nos leva a discussões que não conseguem avançar? Ou seja, se realmente incorporássemos a diversidade como pressuposto para formação do conhecimento não veríamos um giro na nossa forma de abordar essa e outras discussões?

**RLS:** Essa é uma discussão complexa. Teríamos de fazer um comparativo com outros países para assegurar quais variáveis foram decisivas para soluções diferentes no Brasil e na Argentina, por exemplo. Será que em países que legalizaram o aborto a questão foi conduzida com mais diversidade em todos os âmbitos, inclusive no âmbito político? Será que se trata de uma questão de cultura mesmo, questão de importância da religião? Existem muitas explicações possíveis, mas eu não tenho dúvida de que o aumento da diversidade na academia vai fazer com que certos temas como esse ganhem mais importância e que o debate em torno deles ganhe mais amplitude, repercuta mais. De qualquer forma, e abordando o tema de forma mais geral e sob o ponto de vista político, existem muitos estudos que demonstram que diversificar e ampliar os espaços de pensamento e deliberação aumenta a capacidade de reflexão de um grupo (Hong; Page, 2004; Landemore, 2020). Ou seja, resumindo, a capacidade de reflexão de um grupo é maior do que a soma individual de suas partes.

**MCF:** O Direito Penal é frequentemente acusado de ser seletivo, de atingir de maneira muito desproporcional pessoas mais vulneráveis e ao mesmo tempo ser leniente com os mais poderosos. Você enxerga essa mesma seletividade no Direito Administrativo Sancionador? Em caso positivo, de que forma essa seletividade ocorre? E eu estou correto em pensar que tem menos estudos sobre essa possível seletividade?

**RLS:** A pergunta é muito interessante, porque realmente não é algo muito discutido. Acho que a pergunta de fundo é se essa seletividade engloba tudo o que nós chamaríamos de sanções estatais, incluindo sanções penais e sanções não penais, que seriam do Direito Administrativo Sancionador. A questão é importante, porque muitos crimes previstos no Direito penal estão fortemente conectados a atos considerados ilícitos administrativos – por exemplo, no âmbito do mercado de capitais, do sistema financeiro nacional etc. Penso que, quando estamos falando de sanções estatais, é difícil não haver algum grau de seletividade. A seletividade é intrínseca à atuação sancionadora estatal, pois sempre há escolhas com relação a que comportamentos o Estado punirá. Há problemas que se desdobram: o que punir, quem punir, como punir, quando punir, por que punir etc. Essa seletividade se

operacionaliza em diversos níveis: o primeiro nível se dá quando nos perguntamos quais condutas serão (a) ilícitos penais e quais condutas serão meros (b) ilícitos administrativos. Um segundo nível dessa seletividade se operacionaliza quando nos perguntamos o seguinte: à luz já dessa primeira decisão seletiva, quais pessoas, com quais características, serão processadas e eventualmente punidas por realizarem as condutas que foram selecionadas como ilícitos penais e as condutas que foram selecionadas como ilícitos administrativos? Então, com certeza, nesses dois níveis existe uma seletividade no Direito Administrativo Sancionador, porque há uma escolha política sobre quais condutas serão ilícitos administrativos e sobre quem será concretamente sancionado. Talvez nesse segundo nível a seletividade do Direito Administrativo Sancionador seja potencialmente mais problemática do que no processo penal ordinário, porque no direito administrativo não há, em regra, órgãos com um desenho institucional totalmente independente e imparcial, como é o caso (ou deveria ser) no Judiciário. Em se tratando de processos administrativos disciplinares, como os que ocorrem nos Tribunais de Contas ou nas corregedorias internas de órgãos públicos, os órgãos decisórios não estão estruturados com a independência e a imparcialidade próprias de uma Corte Judicial. Então, a pergunta é, “esse diferente desenho institucional gera uma seletividade maior?” Bem, considerando o Direito Administrativo Sancionador, chama-me a atenção a seletividade nos processos administrativos realizados contra servidores, nos chamados PADs. Isso porque, quando os processos administrativos envolvem pessoas físicas, temos uma espécie de espelhamento das estruturas de poder existentes em um processo penal. Assim, vejo um risco de uso político desses mecanismos típicos dos PADs, justamente porque aqui nós temos pessoas físicas mais vulneráveis – do ponto de vista estritamente hierárquico – dentro da Administração Pública.

**MCF:** Entrando um pouco no seu artigo nesta edição especial, Raquel, você fala das licitações e crimes relacionados a licitações. As licitações são um assunto muito transversal que interessa a acadêmicos de todas as áreas, incluindo direito administrativo, constitucional, transparência pública, e a acadêmicos e agentes públicos preocupados em discutir a face sancionadora do Estado. A licitação é uma atividade rotineira do Estado, todos os poderes de todas as esferas do governo realizam diariamente centenas de compras, gastando bilhões de reais por ano. Sobre esse tema, existem estudos que apontam as licitações como um dos gargalos institucionais em

políticas anticorrupção, porque atos de desvios e corrupção são difíceis de detectar frente a editais muito técnicos, detalhados e específicos. Essa situação se tornou ainda mais complexa com as múltiplas necessidades de realização de compras emergenciais para atender a crise sanitária que vivemos desde 2020. Minha pergunta aqui é: você acha que o Judiciário, por meio do Direito Penal, consegue dar respostas satisfatórias a problemas relacionados a licitações? Ou seja, o Judiciário é um ponto de controle que dá conta de acompanhar, monitorar e eventualmente sancionar essa atividade estatal tão corriqueira e ao mesmo tempo tão complexa e com tantos pontos de vulnerabilidade, ou seja, com tantas possibilidades de fraudes, de acertos, de combinações?

**RLS:** Eu sou bastante cética quanto à possibilidade de o Direito Penal prevenir crimes, não apenas crimes licitatórios. Realmente essa questão das licitações é uma das grandes discussões atuais no Brasil, inclusive temos uma nova lei recentemente em vigor. A tensão que existe aqui parece ser esta: em um contexto em que bilhões de reais bem como necessidades concretas da população estão em jogo, como conciliar ao máximo os princípios da Administração Pública com a ideia de permitir sempre a melhor compra para o Estado? A primeira pergunta que precisamos fazer, e que frequentemente tomamos como algo dado, é a seguinte: “o que nós queremos quando estruturamos uma lei de licitações?”. Buscamos mais celeridade, melhor custo-benefício? Buscamos coibir fraudes e fomentar o caráter competitivo? Penso que o legislador considerou que uma grande quantidade de formalidades a serem cumpridas seria uma boa forma de tentar equacionar tais objetivos. Contudo, tais formalidades não trazem celeridade e, na prática, não têm sido capazes de evitar desvios. O fato é que sempre que existam formalidades, haverá também espaço para manipulá-las em favor de interesses não públicos. É relativamente fácil desviar-se de formalidades legais sem infringir claramente a lei. De outro lado, também é preciso ter em mente que nem toda infração a regras licitatórias e suas formalidades significa má-fé. Erros por parte de gestores públicos não são o mesmo que condutas ilícitas. A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aponta que é preciso avaliar a conduta do administrador à luz do seu contexto. Então, por exemplo, quando temos licitações em tempos de pandemia, há, sim, um risco de fraudes, mas também há situações de grande incerteza que servirão de premissa à tomada de decisão do administrador. Por exemplo, a volatilidade do preço de respiradores ou de máscaras, o

risco da falta do produto, o aumento dos preços pós-pandemia, a projeção de compra (quantos respiradores precisamos comprar etc.). O que muito me preocupa é a tendência de o sistema de justiça criminal ver a licitação como uma ciência exata, e isso não é coerente com a realidade prática do gestor público.

**MCF:** Você acha que a pandemia iniciada em 2020 provocou transformações muito grandes nessa área do Direito Penal licitatório? Eu sei que às vezes demora para ver, mas é possível já visualizarmos alguma mudança significativa na interpretação das regras ou mesmo nas regras em si?

**RLS:** Eu acho que pode ter impactado. Tivemos uma série de leis na pandemia que afrouxaram um pouco algumas regras licitatórias e isso foi imediatamente visto como um incentivo a fraudes e desvios. Não há uma relação necessária aqui. Diante da situação de emergência, era necessário abrir mão de algumas formalidades. Preocupa-me, é claro, o impacto disso ao longo dos próximos anos. Tivemos muitas denúncias envolvendo compras públicas na pandemia. Será preciso um grande esforço e muita sensibilidade justamente para distinguir a “gestão da emergência” da fraude intencional. Ora, diante da incerteza e da premência de tempo, penso que cabia ao gestor público a “arte do possível”. Parece-me justo que tenhamos mais tolerância a erros do gestor em contexto de emergência de saúde.

**MCF:** Eu acho muito interessante essa visão de que talvez fosse realmente necessário adotar medidas diferentes, leis diferentes, menos formais, porque precisávamos fazer algumas compras de maneira mais sistemáticas para combater a pandemia. Mas você não acha que tem um risco muito grande dessas medidas emergenciais, medidas para combater crises, se normalizem e se estabilizem? Porque isso é também uma história que já ocorreu outras vezes, em termos de medidas em princípio emergenciais adotadas para combater crises específicas acabarem se consolidando mesmo depois do final da crise. Podemos pensar nos EUA, na legislação que surgiu depois do 11 de setembro e que em grande parte permanece em vigor até hoje. Você não acha que em relação a compras públicas há esse risco de flexibilizarmos de uma maneira permanente as formalidades da licitação?

**RLS:** Há dois pontos aqui. Primeiro, há doutrinadores que defendem que formalidades em excesso

nem sempre impedem fraudes<sup>4</sup>. Se seguirmos essa posição, poderíamos então dizer que essas formalidades são menos importantes do que comumente pensamos. Eu realmente não tenho uma posição segura sobre isso. A segunda questão é que, diante da nova lei de licitações, não vejo uma notória redução nas formalidades. No fundo, o objetivo da legislação é evitar que se faça uma má compra, seja porque se comprou o que não se precisava, seja porque se comprou algo muito acima do preço e com qualidade muito inferior, seja porque não houve uma possibilidade de competição. Há uma série de questões envolvidas e creio que há uma pergunta ainda não respondida empiricamente: se nossas licitações demandam muitas formalidades, as empresas precisam de muitos requisitos para poderem participar das licitações, qual seria o impacto disso sobre as possibilidades de fraude? Partimos do pressuposto de que formalidades são necessárias para evitar atos ilícitos, mas precisamos ainda descobrir quais formalidades e em que contexto elas produzem os efeitos desejados. Em alguns casos, os efeitos talvez não sejam imediatos, mas isso não significa que elas não produzam efeitos. Como exemplo dessa ideia, trago uma situação concreta: pesquisei em Berlim, no meu pós-doutorado e descobri que não há tantas exigências de transparência para as empresas estatais alemãs. As exigências lá são muito menores do que no Brasil. Isso é algo que me chamava a atenção por ser contraintuitivo, até estranho: como pode haver menos transparência e mesmo assim menos corrupção? Essa constatação indica que fatores institucionais sobre os quais depositamos muitas esperanças muitas vezes podem não ter os impactos que imaginamos que teriam. Mais formalidades e mais transparência não significam necessariamente – e sempre – processos de compras mais idôneos.

**MCF:** Eu queria te perguntar sobre a relação entre mídia, sociedade e Direito Penal. Qual é o seu diagnóstico sobre essa relação no contexto atual do Brasil? Muitas vezes parece que a forma com que decisões penais (tanto judiciais quanto as legislativas) são comunicadas à sociedade favorece uma visão que é o oposto ao que você chama em alguns de seus artigos de racionalidade legislativa – que segundo seus artigos significa decidir a partir da reflexão, da calma, da contraposição de ideias (Scalcon, 2019). Parece que cada vez mais tomamos decisões altamente consequentes a partir de emoções, e muitas

4 Ilustrativamente, ver a obra de ROSILHO, André. *Licitações no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, *passim*. Salienta-se que um artigo de autoria do Prof. Rosilho integra esta Edição especial.

vezes emoções não muito nobres, como desejos de vingança, raiva, ódio. Você não acha que isso pode alimentar um sentimento deletério de precisamos de mais respostas penais, ou respostas penais mais agressivas, quando isso foge a qualquer critério de racionalidade?

**RLC:** Esse é um tema bastante caro a pesquisadores de Direito Penal. O que me preocupa é a excessiva exposição de casos penais na mídia de forma nem sempre cuidadosa. A maneira como as informações sobre os casos e as decisões são apresentadas pode criar falsas expectativa sobre o que o Direito Penal é supostamente capaz de fazer – reduzir a violência, reduzir a corrupção, reduzir a desigualdade. O problema é que, ao alimentar essas expectativas na população, vamos paulatinamente nos mantendo em um permanente estado de frustração quanto à efetividade do sistema de justiça criminal. Essa frustração – que muitas vezes se traduz em uma amorfia e vaga “sensação de impunidade” – traz como resultado um desejo de mais direito penal, de mais punição. Na prática, isso significa mais prisões, mais pena, mais pessoas encarceradas. Contudo, esse aumento punitivo não conterà a constante quebra de expectativas, porque não trará – automaticamente – uma solução para o desvio, para a criminalidade. Para além dessa enorme expectativa que às vezes é explorada pela mídia, há outros pontos sensíveis nessa relação. Cito aqui a divulgação excessiva de alguns casos criminais, uma divulgação que muitas vezes expõe em demasia as pessoas envolvidas, inclusive quando o caso ainda está na fase de investigação preliminar (isto é, de inquérito penal). Temos um problema grave quando a mídia se antecipa ao direito penal e profere julgamentos de valor, expondo as pessoas. Isso gera, penso, prejuízos concretos a direitos de personalidade desses cidadãos. Explico: no fim do dia, pouco importará se essa pessoa vier realmente a ser denunciada, se será ou não acusada, se será ou não condenada etc. Uma foto de uma operação policial de busca e apreensão, na casa do(a) investigado(a), às 6 da manhã, cria uma percepção de culpa que é muito difícil de reverter. É uma marca indelével na história daquele sujeito.

**MCF:** Eu também gostaria de pedir a recomendação de três livros jurídicos que tenham te influenciado muito e que você recomenda para mais pessoas.

**RLS:** Um livro que eu indicaria é do Prof. Ronald Dworkin, “Domínio da Vida” (Dworkin, 1993. Tradução brasileira: 2009). Uma discussão sobre aborto, eutanásia e liberdade individual”. A sua leitura foi e continua sendo muito impactante para mim. Não por acaso, tanto a discussão quanto ao começo quando ao fim da vida são problemáticas no Direito em geral e também no Direito Penal. Um outro livro marcante foi a “Teoria dos Direitos Fundamentais” (Alexy, 1985, tradução brasileira em 2012) Ambos os livros, à sua maneira, marcaram minha formação. O Prof. Alexy é extremamente analítico e até usa fórmulas matemáticas. Sua obra foi decisiva para eu seguir estudando o Direito Penal com um olhar interessado ao Direito Fundamental de liberdade. O livro de Alexy é especialmente interessante também pelo seu pano de fundo. Ele escreve quando a Alemanha ainda estava dividida e sustenta que há Direitos Fundamentais também “sociais” (ou direitos a prestações positivas do Estado). Contudo, tais direitos não estavam positivados na Constituição alemã. Ora, a Constituição de Bonn foi promulgada logo após o término da Segunda Guerra, em 1949, no lado “ocidental”. Falar em direitos sociais ou positivá-los, naquele momento, parecia ceder para uma doutrina mais “socialista” ou “comunista”. Encurtando uma longa história, fato é que, tempos depois, quando a Alemanha já estava reunificada, há algumas decisões do Tribunal Constitucional Alemão que dão razão a Alexy, admitem essa categoria, ainda que ela não conste expressamente na Constituição de Bonn. Esse clássico livro, portanto, traz consigo um contexto muito interessante. Um terceiro livro seria “Mulheres na Advocacia”, de Patrícia Tuma Martins Bertolin (2017). Trata-se de uma belíssima etnografia feita dentro dos dez maiores escritórios full services do Brasil. A autora trata com sensibilidade e visão crítica a dificuldade de mulheres fazerem carreiras de sucesso em tais escritórios, valendo-se de depoimento de sócias, advogadas e estagiárias. Ela relata haver uma espécie de “teto de vidro”, ou seja, um limite à ascensão de mulheres, que pode ser mais ou menos intenso a depender do escritório.

**MCF:** Muito obrigado pela entrevista e por esse espaço muito rico de diálogo, Raquel.

**RLC:** Obrigada a vocês.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012 [1985].
- BERTOIN, Patrícia Tuma Martins. *Mulheres na Advocacia: Padrões Masculinos de Carreira ou Teto de Vidro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- EPSTEIN, David. *Range: Why Generalists Triumph in a Specialized World*. New York, Riverhead Books, 2019.
- HALTOM, William; McCANN, Michale. *Distorting the Law: Politics, Media and the Litigation Crisis*. Chicago, University of Chicago, 2004.
- HONG, Lu; Page, Scott. Groups of Diverse Problem Solvers can outperform groups of high-abilityh problem solvers. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, n. 101 (46), v. 46.
- LANDEMORE, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton, Princeton University Press, 2020.
- SCALCON, Raquel L. *Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.
- SCALCON, Raquel L. *Controle Constitucional de Leis Penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SCALCON, Raquel L Rationality of the Legislative Process as a Material Element in Constitutional Control. *Rechtsphilosophie - Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, v. 5, p. 88-98, 2019.
- SCALCON, Raquel; TEIXEIRA, A. Main Dogmatic Aspects of Corruption Crimes in Brazil Related to Operation Car Wash. In: Fabio Ramazzini Bechara & Paulo C. Goldschmidt. (Org.). *Lessons of operation Car Wash: A Legal, Institutional and Economic Analysis*. 1ed.Washington: Wilson Center, 2020, v. 1, p. 112-123.



**Raquel Lima Scalcon**

<http://orcid.org/0000-0001-9817-9229>

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

[raquelscalcon@gmail.com](mailto:raquelscalcon@gmail.com)

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora, desde 2019, nos cursos de Graduação, de Pós FGVLaw (Penal Econômico e Compliance) e de Mestrado Profissional (Linha Direito Penal Econômico) na FGV Direito SP. Estágios de pesquisa pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ambos na Alemanha.



**Marcio Cunha Filho**

<https://orcid.org/0000-0002-4649-8049>

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP – DF)

[marcio.filho@idp.edu.br](mailto:marcio.filho@idp.edu.br)

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor nos cursos de graduação e mestrado acadêmico em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Líder do grupo de pesquisa Direito e Ciência Comportamental. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Brasília.