

DIREITO BRASILEIRO
ANTICORRUPÇÃO
VOLUME 3

ORGANIZADORA:
Carolina Souza Malta

COORDENADORES:
Guilherme de Souza Nucci
Carolina Souza Malta
Ulisses Augusto Pascolati Júnior
Marcus Alan de Melo Gomes

ENFAM | Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

ENFAM | Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Conselho Superior da Enfam

Ministro Mauro Campbell Marques
(Presidente)
Diretor-Geral da Enfam

Ministro Raul Araújo
Vice-Diretor da Enfam

Ministro Og Fernandes
Diretor do CEJ do Conselho da Justiça Federal

Ministro Antonio Carlos Ferreira
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Ministra Isabel Gallotti
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta
Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3)

Desembargador José Maria Câmara Junior
Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)

Desembargador Roberto Carvalho Veloso
Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)

Juíza Renata Gil de Alcantara Videira
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)

Juiz Federal Cássio André Borges dos Santos
Secretário-Geral

Fabiano da Rosa Tesolin
Secretário Executivo

Coordenação Programa de Pós-Graduação *lato sensu* - Direito Anticorrupção
Carolina Souza Malta
Guilherme de Souza Nucci
Marcus Alan de Melo Gomes
Ulisses Augusto Pascolati Júnior



DIREITO BRASILEIRO
ANTICORRUPÇÃO

VOLUME 3

Organizadora:

CAROLINA SOUZA MALTA

Coordenadores:

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

CAROLINA SOUZA MALTA

ULISSES AUGUSTO PASCOLATI JÚNIOR

MARCUS ALAN DE MELO GOMES

ENFAM | Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Editoria
Fabiano da Rosa Tesolin
Lorena Caroline Lyra de Oliveira

Revisão Bibliográfica
Piero Kanaan - Tikinet

Revisão textual
Piero Kanaan - Tikinet

Projeto Gráfico e Capa
André Luís Pires de Carvalho

Diagramação
Tikinet

Créditos Institucionais
Biblioteca Ministro Oscar Saraiva - SED/STJ
Seção de Serviços Gráficos - SAD/CJF

Tiragem
150 exemplares

Distribuição gratuita
Impressa em 2023

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

A reprodução total ou parcial é permitida desde que citada a fonte e indicada a autoria do texto.



Esta publicação foi produzida de acordo com a política de sustentabilidade e está disponível também em versão eletrônica.

Endereço:
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam
SCES – Trecho 3, Polo 8, Lote 9, 1º andar
Brasília-DF, Brasil. CEP 70.200-003
www.enfam.jus.br

A publicação deste livro é proveniente da produção intelectual de alunos e professores do Programa de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Anticorrupção da Enfam. Os conceitos e opiniões expressos neste obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não refletem, necessariamente, a posição da Enfam.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

M261 Malta, Carolina Souza (Organizadora)
Direito Brasileiro Anticorrupção – Volume 3 / Organização de Carolina Souza Malta. Apresentação de Guilherme de Souza Nucci, Carolina Souza Malta, Ulisses Augusto Pascolati Júnior e Marcus Alan de Melo Gomes. Prefácio de Guilherme de Souza Nucci. Textos de Márcio de Aguiar Ribeiro, Gilberto Schäfer, Philippe Guimarães Padilha Vilar, Emerson José do Couto, Gilson Miguel Gomes da Silva, Fábio Rodrigues Sousa, Hugo Alexandre Pedreira, Thiago de Lucena Motta, Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira. – Brasília; ENFAM; São Paulo: Tikibooks, 2023.
416 p.

Curso de Pós-Graduação Lato-Sensu em Direito Anticorrupção. Brasília, ENFAM.

ISBN 978-65-87080-64-2.

DOI: https://www.doi.org/10.54795/ISBN978-65-87080-64-2

Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Civil. 4. Direito Penal. 5. Direito Anticorrupção. 6. Anticorrupção. 7. Corrupção. 8. Corrupção Pública. 9. Corrupção Privada. 10. Crime de Corrupção. 11. Acordo de Leniência. 12. Dignidade de Pessoa Humana. 13. Persecução Penal. 14. Cadeia de Custódia. 15. Medida Cautelar Penal. 16. Improbidade Administrativa. 17. Acordo de Não Persecução Penal. 18. Processo Acusatório. 19. Poder Judiciário. 20. Políticas Públicas. 21. Legislação. I. Título. II. Malta, Carolina de Souza. III. Nucci, Guilherme de Souza. IV. Pascolati Júnior, Ulisses Augusto. V. Gomes, Marcus Alan de Melo. VI. Ribeiro, Márcio de Aguiar. VII. Schäfer, Gilberto. VIII. Vilar, Philippe Guimarães Padilha. IX. Couto, Emerson José do. X. Silva, Gilson Miguel Gomes da. XI. Sousa, Fábio Rodrigues. XII. Pedreira, Hugo Alexandre. XIII. Motta, Thiago de Lucena. XIV. Pereira, Nathália Mariel Ferreira de Souza. XV. ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

CDU 343 CDD 343.352(81)

Elaborado por: Regina Simão Paulino – CRB 6/1154

APRESENTAÇÃO

O curso de Especialização em Direito da Anticorrupção foi idealizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) a partir da necessidade de especializar e desenvolver habilidades que contribuam para o aperfeiçoamento de competências profissionais de magistrados que atuam em processos relativos à corrupção no Brasil, possibilitando-lhes visão sistêmica e estratégica, considerando os aspectos atinentes ao papel fundamental do Poder Judiciário perante outros segmentos do Poder Público.

O Relatório da pesquisa "Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição", preparado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, aponta que o Brasil se tornou, nos últimos anos, um epicentro do combate à corrupção em escala mundial. Assomam as características negativas da corrupção como o clientelismo, o nepotismo e a ilegitimidade política, e, por outro lado, suas supostas implicações positivas como a estabilidade política e o chamado 'engraxamento' de estruturas burocráticas rígidas. Estudos realizados demonstram as implicações da corrupção para o processo de tomada de decisão de políticas públicas, especialmente na área econômica, mostrando que o fenômeno afeta negativamente as iniciativas de investimento do Poder Público e das empresas, comprometendo, portanto, o desenvolvimento.

Estudos mais recentes ampliaram o escopo analítico das pesquisas e incluíram, além do desenvolvimento econômico, do tipo de regime político, da distribuição de renda ou do tamanho do Estado, variáveis explicativas como o desempenho de governos, o sistema jurídico-legal de prevenção e punição da corrupção, o grau de competição da economia, o peso das crenças religiosas e o grau de participação feminina na política.

A citada pesquisa aponta que é importante a interação entre as instituições de controle do crime de corrupção, considerando que as ações institucionais do Sistema de Integridade, embora não sejam resultados exclusivos da vontade pessoal ou das orientações de seus participantes,

apoiam-se tanto nesses fatores subjetivos como na estrutura institucional que visa controlar as ações de caráter nocivo ao Estado e à sociedade.

Considerando o contexto e problemáticas que permeiam o trabalho judicial relativo a processos envolvendo assuntos referentes à corrupção, a citada pesquisa, aliada a fatos atuais, evidenciou situações-problema com descrição de elementos que apontaram para a relevância de aperfeiçoamento e desenvolvimento de competências profissionais de magistrados estaduais e federais para atuarem de forma eficiente, mobilizando recursos cabíveis, considerando o contexto da corrupção no mundo e no Brasil, adotando medidas necessárias no que se refere à aplicação da legislação no Brasil, demonstrando compreensão dos diversos aspectos atinentes ao tema e ao trabalho do Judiciário, em especial quanto aos impactos dos meios investigativos e, principalmente, compreendendo mecanismos e desdobramentos de crimes em espécie, por meio do estudo crítico e detalhado de casos concretos emblemáticos, com destaque para as soluções e reflexões inovadoras que eles inspiram. Além disso, é demandado ao magistrado, na prática, saber solucionar casos complexos, tendo conhecimento de inovações e de situações que remetem a falhas que levaram ao sucesso ou fracasso de decisões judiciais, implicando maior ou menor legitimidade da atuação judicial em determinadas situações.

Esta publicação é o resultado do curso, tratando-se dos trabalhos de conclusão mais bem avaliados, produzidos pelos alunos — em sua grande maioria, magistrados estaduais e federais —, revelando-se ter havido sucesso na intenção inicial de promover a reflexão para temas tão relevantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Esperamos que os leitores também se beneficiem dos resultados deste trabalho, absorvendo os conhecimentos que derivam dos diversos textos, todos com um olhar prático no relevantíssimo tema da corrupção e suas variáveis no Brasil, propiciando que o impacto das aulas lecionadas perpasse os alunos e produza efeitos na nossa sociedade.

Guilherme de Souza Nucci

Carolina Souza Malta

Ulisses Augusto Pascolati Júnior

Marcus Alan de Melo Gomes

PREFÁCIO

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam), de maneira inédita e valorosa, incumbiu-me de organizar um curso de pós-graduação *lato sensu* de índole profissional (Especialização) intitulado *Direito da Anticorrupção*, com amplos objetivos, metodologia ímpar e proposta de aperfeiçoamento profissional, aprimorando a formação dos membros do Poder Judiciário na avaliação de tão relevante temática como é o caso da corrupção no Brasil. Segue-se a tendência atual de se denominar, como ramo especializado do Direito, um de seus mais importantes problemas, relativos a conflitos em sociedade, merecedores de particular atenção, tal como o direito do antirracismo ou da antidiscriminação. Enfoca-se, portanto, o direito da anticorrupção, tendo por meta todos os aspectos relativos à chaga da corrupção, que macula a estrutura institucional brasileira em diversos níveis e áreas. Concentrando os esforços, a começar pela titulação da *anticorrupção*, pretende-se pesquisar, descobrir, organizar, sistematizar, enfocar e, principalmente, verificar se há instrumentos eficientes de combate à corrupção no Brasil, tanto na órbita penal quanto na processual penal.

O curso foi estruturado em modelo multidisciplinar, buscando ultrapassar a mera análise dogmática dos tipos incriminadores de corrupção ativa e corrupção passiva constantes do Código Penal; em vez disso, almejou-se preparar o aluno a se aperfeiçoar nessa destacada área com uma visão global do problema da desvirtuação de valores éticos e morais da sociedade, muitos dos quais compõem, também, o universo dos bens jurídicos penalmente tutelados. Nesse contexto, emergem dúvidas variadas em torno dos mecanismos mais eficientes para o embate a essa forma de criminalidade, cuja tendência é atingir as estruturas do Estado, proporcionando a criação de organizações criminosas, com todos os graves riscos por elas representados à administração pública. Portanto, o estudo dos meandros da corrupção

não é tarefa fácil e muito menos restrita apenas às fronteiras do direito penal; ao contrário, deve percorrer trilhas inexploradas em outros setores sociais, abrangendo até mesmo a educação fundamental, pois o cidadão bem formado tem a sua estrutura principal concretizada ainda na infância e na fase da alfabetização. O corrupto constitui a antítese do virtuoso e honesto, de modo que cabe à família e à escola contribuírem ativamente para a formação da criança e do adolescente nessa relevante tarefa de bem formar o jovem, transmitindo-lhe os mais adequados valores éticos e morais, com os quais terá condições de se afastar do malfadado campo penal onde se encontra a corrupção, ao menos no cenário da administração pública.

Os instrumentos para captar, absorver e compreender o tipo incriminador da corrupção advêm do estudo concentrado em direito penal, porém, jamais se pode deixar de lado a crucial importância do *devido processo legal*, constitucionalmente previsto, para nortear a investigação e o processo criminal, de modo que perseguir e punir o corrupto deve fazer-se dentro dos limites impostos pelos direitos e garantias individuais, pois o Estado não deve se transformar em corruptor, caso lance mão de mecanismos ilícitos sob o argumento de *combater um mal maior*. Não há enfermidade que se possa enfrentar buscando ministrar veneno em lugar do remédio, pois se assim for feito perece o doente ao invés de ser salvo e gozar de boa saúde. Eis um ponto fundamental a merecer bom trato pelos operadores do Direito, em particular pelos membros do Poder Judiciário, para que se possa demonstrar à sociedade que somente com a correta aplicação da lei é que se enfrenta e vence qualquer ofensa a bem jurídico, afastando-se da vetusta e inadequada técnica de sustentar que os *fins justificam os meios*. Jamais se deverá corromper os agentes estatais para a limpeza ética no seio da administração pública, e essa modalidade de *corrupção de caráter* pode acontecer caso se desconectem as amarras do devido processo legal dessa batalha diária em prol da moralidade administrativa, valendo-se de uma promíscua política criminal de satisfazer o *coro dos insatisfeitos* ou o nebuloso *clamor público*, pois o que se constata é a desinformação de boa parcela da sociedade brasileira em torno dos autênticos valores em confronto quando

se pretende extirpar a corrupção das entranhas da administração pública. Muito do que se viu e ainda se pode acompanhar, cada vez mais aparente por meio do avanço significativo das redes sociais e, por óbvio, do fácil acesso à Internet, é a mídia atuando como investigadora, promotora e julgadora de pretensos casos de corrupção, escancarando à ansiosa plateia de incautos os potenciais corruptos, muitos dos quais se encontram no cenário dos Poderes da República, provocando a ira coletiva contra a própria democracia e o Estado Democrático de Direito, em função do surrado argumento de *combate à corrupção a qualquer custo*.

Aguarda-se a serenidade dos virtuosos integrantes dos Poderes do Estado para acalmar os ânimos, pouco importando a ideologia política, ensinando a sociedade a raciocinar com os argumentos da lógica e da razão em torno dos valores muito importantes da dignidade da pessoa humana, como princípio regente do Estado Democrático de Direito, nos precisos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, valendo dizer que a voz uníssona deve procurar o respeito ao devido processo legal para a investigação e punição dos corruptos. Perde-se no tempo obscuro da história a época em que tudo se podia fazer em nome do Estado, que representaria o desconforto e a angústia dos cidadãos honestos diante da visualização do ralo pelo qual escoa o dinheiro público por conta da ação de criminosos do colarinho branco, os mais atuantes e eficientes corruptos que se pode identificar. É tempo de embate à corrupção, sempre foi e sempre será em sociedades pautadas por firmes valores democráticos e moralmente elevados, desde que as operações entabuladas pelo Estado sejam pautadas pela decência e pelo fiel cumprimento à lei.

Assim como se descortina, cada vez mais, o denominado *racismo estrutural*, camuflado no seio da sociedade brasileira, não é demais apontar a existência, igualmente, de uma *corrupção estrutural* no universo da administração pública. Por certo, alguns poderão indicar que há corrupção, também, na administração privada, mas está-se distante de pretender cultuar ao mesmo tempo o princípio da intervenção mínima, pauta do direito penal da *ultima ratio*, e a tipificação de algumas formas de *corrupção privada*, pois

isso significaria a vã pretensão de educar ou reeducar toda a sociedade em amplitude utópica, buscando o fortalecimento da honestidade em qualquer relação social, fugindo por completo da função punitiva estatal, em termos de aplicação da pena, como sanção mais grave existente, apta a, em último grau, privar a liberdade de alguém.

A proposta do direito da anticorrupção visa ao estudo de infrações penais correlatas, tais como a organização criminosa, a lavagem de dinheiro, a fraude em licitações e contratos administrativos, além de alcançar o cenário da improbidade administrativa, bem como de ilícitos diversos e de menor potencial ofensivo, mas importantes para a compreensão global do problema gerado pela corrupção. Se relatórios internacionais apontam o Brasil como um dos epicentros da corrupção em escala mundial, torna-se indispensável que se possa instrumentalizar os operadores do Direito para desempenhar o seu papel de maneira eficiente para conceder ao país, identicamente, a consideração de se transformar em epicentro de combate à corrupção, fornecendo exemplos a outras nações de como é possível esse embate dentro dos mais cristalinos critérios legais e, acima de tudo, constitucionais.

Por todo o exposto, a concessão de prerrogativas ou privilégios a determinados grupos de operadores do Direito para a criação de *operações especiais*, fortalecidas pelo acompanhamento midiático e apto a despertar o lado emocional da sociedade, é contraproducente e termina por gerar o descrédito em face das legítimas atividades estatais voltadas para o enfrentamento em diversos polos e lugares da corrupção generalizada. Noutros termos, uma operação ou um grupo especial contra a corrupção pode produzir o efeito contrário ao esperado, desfavorecendo a luta diária e esparsa de valorosos operadores, desconectados do agrupamento específico, cuja atividade pode passar até mesmo ao descrédito visto se encontrar oculta aos holofotes da imprensa e ao enaltecimento das massas. O Poder Judiciário é o destinatário maior dos casos criminais de corrupção e aos seus membros compete, com serenidade, aplicar a lei, sob a ótica constitucional, jamais se deixando conduzir por qualquer clamor que não seja o da sua própria atuação consciente de cumprir o seu papel com denodo e zelo. Ademais, vale ressaltar

que qualquer operação considerada especial para o combate à corrupção *não pode* atuar de maneira a "descobrir" métodos de investigação inéditos, produzindo processos criminais de polêmica criatividade, com o fito de atingir punições inexistentes dentro da mais pura legalidade, mormente valendo-se de mecanismos facilitadores – como, por exemplo, a delação premiada – cuja aplicação não deve ser feita, igualmente, sob critérios inovadores e extralegais, tudo isso com o timbre da *eficácia* e sob a justificativa de estar ao lado da *opinião pública*. Os Poderes da República são os únicos, no Estado Democrático de Direito, a criar regras legais e legítimas para o enfrentamento de qualquer espécie de criminalidade, sendo vedado aos operadores do Direito as inovações bizarras para agir a seu bel-prazer, desvinculados dos mais conhecidos princípios regentes do direito penal e do processo penal brasileiros.

De qualquer forma, o enfrentamento à *corrupção*, termo advindo do latim, significando *rompimento*, *depravação*, *desmoralização*, enfim, sempre um sentido negativo, é fundamental, pois, no Código Penal brasileiro, esse quadro compõe os tipos incriminadores dos artigos 317 e 333, cuidando de bem jurídico vinculado ao patrimônio e à moralidade da administração pública. A corrupção encontra abrigo em organizações criminosas, igualmente previstas como delito, na Lei 12.850/2013, espalhando-se pelas entranhas dos órgãos estatais, para o fim de locupletar os agentes em detrimento do dinheiro público, que termina por faltar aos projetos variados de proteção e sustentação da camada mais pobre da população. Equivale a dizer que a corrupção, pela via do crime organizado, se torna um pesado fardo para a sociedade, retirando a capacidade estatal de promover o bem-estar social e enfraquecendo as instituições vitais para a boa administração pública. É preciso colocar um *basta* na pérfida imagem de *malas repletas de papel-moeda* transportadas de um lado para outro, até terminarem guardadas em determinado lugar, formando verdadeiras *montanhas* de dinheiro público solapado à sorrelfa de cofres do Estado brasileiro.

Portanto, preparar alguns operadores do Direito para lidar com a corrupção, de modo mais eficiente, constituiu o propósito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ao promover o curso de

Especialização em Direito da Anticorrupção, que tive a honra de coordenar, com objetivos variados, passando por ofertar uma ampla visão a respeito da corrupção e seus desdobramentos, em enfoque interdisciplinar, sem olvidar das peculiaridades brasileiras, analisando os instrumentos internacionais de cooperação para o embate à corrupção, bem como integrando temas de direito penal econômico à temática exposta aos alunos, sem deixar de cuidar da detalhada análise dos tipos penais constantes do Código Penal. Buscou-se avaliar as polêmicas existentes na jurisprudência ligadas tanto à corrupção quanto à lavagem de capitais, delito quase sempre integrado ao primeiro, de modo a facilitar a migração de valores ilícitos, utilizando-os, mais tarde, como montantes licitamente constituídos, mas provocando o enriquecimento sem causa lícita de diversos criminosos.

O curso procurou apontar as inovações tecnológicas em assuntos de investigação da corrupção e da criminalidade organizada nesse setor, desenvolvendo-se de forma presencial, semipresencial e à distância, com diversos métodos pedagógicos, valendo-se de exposições, painéis, videoaulas, debates, dinâmicas de grupo, estudos de caso, pesquisa dirigida, seminários e integração entre os alunos, que puderam assumir parcela da sua própria formação, associando os conhecimentos teóricos à prática forense. Objetivou-se, ainda, a interdisciplinaridade, com foco no direito comparado e avançando por outras áreas do conhecimento, como psicologia, sociologia, administração e neurociência.

Dividiu-se o curso em três eixos, coordenados pelos magistrados Carolina Souza Malta, Ulisses Augusto Pascolati Júnior e Marcus Alan de Melo Gomes, que desenvolveram as tarefas com extrema dedicação e empenho, aos quais teço os meus agradecimentos e cumprimentos. O primeiro eixo tratou do estudo da corrupção, cuja meta era atingir uma ampla visão sobre esse fenômeno, com enfoque interdisciplinar, analisando normas e procedimentos jurídicos para prevenir e coibir essa espécie de criminalidade. Além disso, estudaram-se os instrumentos internacionais de colaboração na luta contra a corrupção, associando-se à avaliação da improbidade administrativa. O segundo eixo cuidou dos delitos contra a ordem econômica,

tributária e contra o sistema financeiro, pesquisando, também, na área dos ilícitos administrativos. O terceiro eixo enfocou os métodos de investigação e a criminalidade organizada, abrangendo as questões controvertidas nessa área e a forma como são solucionadas nos tribunais brasileiros.

Honra-me prefaciar esta obra, cuidando do Direito da Anticorrupção, contendo trabalhos relevantes nessa temática, a maioria de autoria de magistrados brasileiros, agora especialistas, oferecendo ao leitor variados pontos de vista acerca de assunto de interesse nacional, envolvendo todos os Poderes da República e seus integrantes, para que o Brasil possa, com maior efetividade, enfrentar a corrupção, minando as suas bases e corroendo os seus sustentáculos, fazendo-o de maneira eficiente, mas sempre respeitando todos os ditames do devido processo legal, que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Não poderia deixar de agradecer aos eminentes Ministros Og Fernandes e Antonio Herman Benjamin, respectivamente, Diretor-Geral e Coordenador-Geral do Programa, não somente pela minha indicação como coordenador do curso, mas, principalmente, pela visão apurada de promover a criação de relevante especialização, em nível de pós-graduação *lato sensu*, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueira Teixeira (Enfam), destacando um tema atual, essencial e indispensável para a formação de membros do Poder Judiciário do Brasil. Estendo o meu reconhecimento ao ilustre Ministro Mauro Campbell Marques, que providenciou a publicação desta obra de valiosa contribuição aos estudos jurídicos dos operadores do Direito em nosso país.

Guilherme de Souza Nucci
Coordenador Científico do Curso de Especialização do
Direito da Anticorrupção

SUMÁRIO

17 **PARTE III**

19 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ACORDO DE LENIÊNCIA E SUA NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO AOS DEMAIS MECANISMOS NEGOCIAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIMES E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
MÁRCIO DE AGUIAR RIBEIRO

53 RELAÇÕES SEXUAIS E AMOROSAS NA INFILTRAÇÃO POLICIAL SOB O PRISMA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE DO CASO DO REINO UNIDO
GILBERTO SCHÄFER

93 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS LEGAIS E A POSSIBILIDADE DE SUA RETROAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
PHILIPPE GUIMARÃES PADILHA VILAR

143 CADEIA DE CUSTÓDIA: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PELA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA
EMERSON JOSÉ DO COUTO

187 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO CORROMPIDO: A REDUÇÃO DA EFICÁCIA NA PERSECUÇÃO PENAL DO ESTADO
GILSON MIGUEL GOMES DA SILVA

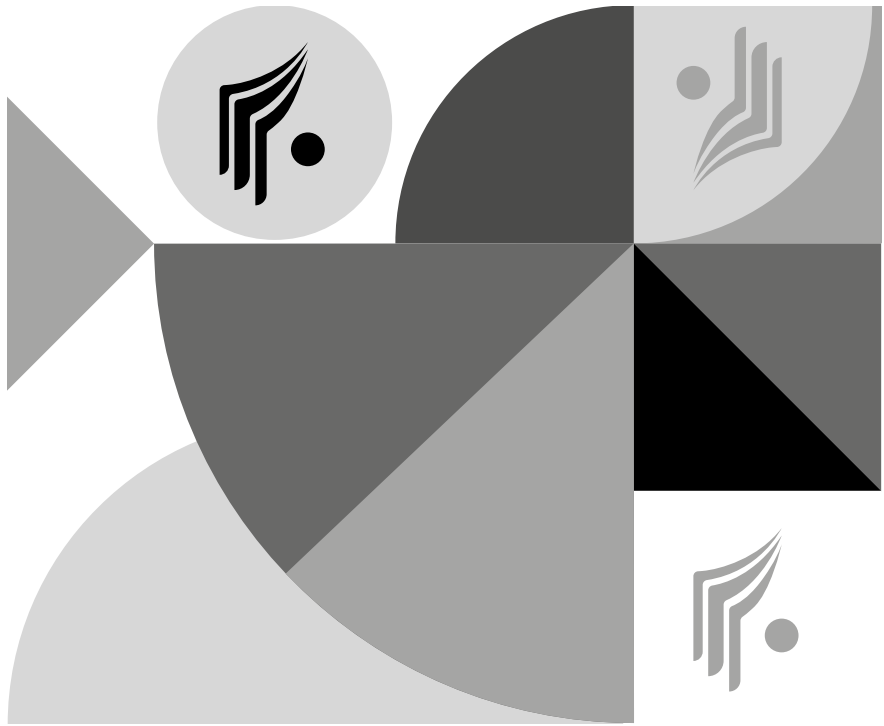
233 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO
FÁBIO RODRIGUES SOUSA

279 O RISCO À ORDEM PÚBLICA É MANIFESTO NOS CRIMES QUE ENVOLVEM A CORRUPÇÃO, JUSTIFICANDO A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS, PRINCIPALMENTE A SEGREGAÇÃO
HUGO ALEXANDRE PEDREIRA

347 VALORAÇÃO DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO: UM ARGUMENTO CONTRA A VARIABILIDADE DE STANDARDS PROBATÓRIOS
THIAGO DE LUCENA MOTTA

383 PARTIDOS POLÍTICOS EM UMA DEMOCRACIA SAUDÁVEL: A RESPONSABILIZAÇÃO PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
NATHÁLIA MARIEL FERREIRA DE SOUZA PEREIRA

PARTE 3



CAPÍTULO 15

RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ACORDO DE LENIÊNCIA E SUA NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO AOS DEMAIS MECANISMOS NEGOCIAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIMES E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CONSENSUAL RESOLUTION OF CONFLICTS ARISING FROM INJURIOUS ACTS AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION: THE LENIENCY AGREEMENT AND ITS NECESSARY INTEGRATION WITH OTHER NEGOTIATION MECHANISMS FOR ACCOUNTABILITY IN CRIMES AND ACTS OF ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY

Márcio de Aguiar Ribeiro[1]

RESUMO

A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, então denominada como Lei Anticorrupção, inaugurou uma nova sistemática na seara da responsabilização

[1] Procurador do Trabalho; Corregedor-Auxiliar da Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (Idasan).

administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública. Dentre as relevantes inovações trazidas à baila, consta a disciplina do acordo de leniência, então qualificado como ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Considerando que o direito sancionador brasileiro tem experimentado verdadeiras mudanças de paradigmas, uma vez que tem se tornado corrente o emprego de mecanismos de resolução consensual de conflitos também nas searas penal e da improbidade administrativa, torna-se evidente a necessária integração do acordo de leniência aos demais mecanismos negociais de responsabilização por crimes e atos de improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção. Acordo de Leniência. Resolução consensual de conflitos. Responsabilização penal. Improbidade Administrativa.

ABSTRACT

Law n. 12.846, of August 1, 2013, then called the Anti-Corruption Act, inaugurated a new system in the area of administrative and civil liability of legal entities for the practice of corruption against the Public Administration. Among the innovations brought to the fore, there is the discipline of the leniency program, then qualified as a negotiating administrative act arising from the exercise of the sanctioning power of the State, which aims to hold legal entities accountable for the practice of harmful acts against the national or foreign public administration. Considering that Brazilian sanctioning law has experienced real paradigm shifts, since the use of consensual conflict resolution mechanisms has become current also in criminal and administrative impropriety areas, it becomes evident the necessary integration of the leniency program to the other negotiating mechanisms for accountability for crimes and acts of administrative impropriety.

KEYWORDS: Anti-Corruption Act. Leniency Program. Consensual resolution of conflicts. Criminal liability. Administrative dishonesty.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O paradigma da consensualidade no direito administrativo sancionador. 3 Acordo de leniência e o ordenamento jurídico brasileiro. 4 Acordo de leniência e sua disciplina legal. 5 Acordo de leniência e interesse da administração. 6 Acordo de leniência e boa-fé objetiva. 7 Acordo de leniência e demais mecanismos consensuais de combate à corrupção. 8 Considerações finais . Referências

1 INTRODUÇÃO

Na seara do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, o acordo de leniência se apresenta como um relevante instrumento jurídico de obtenção célere de provas e resolução consensual da instância processual. O aludido mecanismo foi inspirado no consagrado modelo norte-americano (leniency program), que desde os anos 70 do século passado buscava o desenvolvimento de mecanismos aptos à efetiva repressão de ilícitos relacionados ao abuso do poder econômico, a exemplo da prática de cartéis.

O programa de leniência já se encontra consolidado no ordenamento jurídico de mais de cinquenta países, como Reino Unido, França, Alemanha, Holanda, EUA, Canadá, Coreia do Sul, Japão, entre outros. No ordenamento jurídico pátrio, o instituto foi introduzido por meio da Medida Provisória n. 2.055, de 07 de dezembro de 2000, convertida na Lei n. 10.149/00, que trouxe modificações à Lei n. 8.884/94, que tratava da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Apesar de inicialmente projetado para a coibição de infrações à ordem econômica, o instituto em tela tem se mostrado de grande valia para apuração de ilícitos praticados por entes que se valem de sofisticados métodos de organização para prática delitiva, refletindo-se no acentuado grau de dificuldade para obtenção de provas, a exemplo dos atos de corrupção. Não é

por outro motivo que a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, a denominada Lei Anticorrupção, contemplou de forma expressa a possibilidade de utilização desse moderno instrumento processual para o enfrentamento dos atos lesivos à Administração Pública, propondo um novo modelo de combate à corrupção sob a ótica da consensualidade.

Entretanto, a práxis administrativa tem revelado que a maior efetividade desse relevante instituto negocial está diretamente relacionada à necessária harmonização dos órgãos persecutórios que atuam nas distintas áreas de responsabilização por atos de corrupção, especialmente nas searas da responsabilidade penal e da improbidade administrativa.

Nesse contexto, este artigo tem por finalidade analisar o regime jurídico do acordo de leniência, especialmente no contexto da disciplina normativa operada pela Lei Anticorrupção, analisando, ainda, os desafios da aplicação de um instituto de natureza administrativa, cujos efeitos são aptos para repercutir nas searas de apuração e responsabilização de crimes e atos de improbidade administrativa.

2 O PARADIGMA DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A dogmática jurídico-administrativa, transformada para fins de adequação às novas formas de relacionamento jurídico travado entre administrado e Administração, viu-se obrigada ao desenvolvimento de novos espaços, não só de participação do administrado, mas também de efetiva negociação sob a ótica da reciprocidade de concessões, favorecendo e proporcionando a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos.

Consoante acurada lição de Diogo Figueiredo de Moreira Neto, ao tratar dos novos institutos consensuais da atuação administrativa, o interesse em dirimir o conflito e retornar à normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa é da maior importância, tanto na esfera social quanto na

esfera econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que nem sempre serão aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público. Colacionam-se as palavras do mencionado autor:

> Os acordos substitutivos são instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação do interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 153)

A Lei Anticorrupção surge em meio a esse novo cenário processual que se pauta pelo advento de institutos pró-consensuais a fundamentar uma atuação mais dialógica por parte da Administração Pública, permitindo-se, em complemento ao tradicional modelo unilateral de apuração e sancionamento, a laboração negociada entre Administração Pública e o ente processado, de forma a possibilitar uma oportunidade de acerto de contas com a lei, por meio da suavização da sanção administrativa a ser aplicada em troca de uma colaboração efetiva e continuada por parte do infrator, além das correspondentes reparações aos danos suportados pelo erário público.

O acordo de leniência desponta como um ato administrativo negocial firmado no curso do processo sancionador tendo por objeto a mais ampla apuração de ilícitos administrativos e o exercício eficaz da pretensão punitiva estatal, especialmente nas situações de discrepância entre o poder investigativo da Administração e o imponente poder econômico e material de grandes corporações e organizações, que se pautam por uma atuação delitiva cada vez mais sofisticada, desequilíbrio a se refletir na implacável dificuldade

para obtenção de provas dos ilícitos, no seu alto custo investigativo e na correspondente morosidade da apuração.

Diversamente do que se poderia inadvertidamente imaginar, essas novas modalidades negociais de resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública não fundamentarão, jamais, a renúncia do interesse público, mas, em verdade, a negociação dos modos de atingi-lo com maior eficiência e rendimento. Consoante lúcida observação consignada nas lições de Moreira Neto, na composição de conflitos que envolvam a Administração Pública, "jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência" (MOREIRA NETO, 2008, p. 16).

Apesar das críticas de cunho ético e moral que usualmente se faz à aplicação do instituto pelo Estado, entende-se que se trata de mecanismo que concorre efetivamente à promoção do interesse público primário, principalmente quando em curso apurações relacionadas ao deslinde de infrações atinentes aos nefastos atos de corrupção. A Administração Pública, até por uma questão de proporcionalidade, deve se valer dos mecanismos mais eficazes para repressão de condutas que violam o patrimônio jurídico, não só do Estado, mas de toda a coletividade, como são os atos lesivos tipificados no art. 5º da Lei Anticorrupção.

Não é por outro motivo que os tratados internacionais sobre o combate à corrupção passaram a consagrar a legitimidade da atenuação de sanções, inclusive criminais, em favor de infratores que colaborassem efetivamente com a apuração dos ilícitos correlacionados. Nesse sentido, aliás, há regramento expresso no bojo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção:

> Artigo 37
> Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei
> 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na

> prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
> 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
> 3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. (UNODC, 2003)

Vale salientar que o ordenamento jurídico brasileiro já de algum tempo prevê a aplicabilidade de alguns instrumentos consensuais com características típicas de acordos substitutivos, a exemplo do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TAC) (Lei n. 7.347/85).

Na seara do Direito Sancionador, seja nas instâncias civil, penal e administrativa, o ordenamento jurídico brasileiro tem acomodado importantes diplomas normativos que bem reportam uma verdadeira guinada da consensualidade aplicada ao enfrentamento de condutas ilícitas, mesmo nas searas do crime e da improbidade administrativa, a exemplo dos institutos

da colaboração premiada[2] (Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013); do acordo de não persecução penal[3] (Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou as disposições do Código de Processo Penal); e do de acordo de não persecução cível[4] (Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou as disposições da Lei n. 8.429/92).

Sintetizando as profundas alterações ocorridas no cerne do nosso ordenamento jurídico, o Código de Processo Civil (Brasil, 2015) contemplou de maneira expressa o princípio processual da consensualidade, estabelecendo que o "Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos", impondo, ainda, aos agentes do sistema de justiça que a "conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

A tendência pela valorização de uma Administração Pública consensual (ou dialógica) é inegável e irreversível, estando tal diretriz hoje consagrada em diploma legislativo próprio, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que expressamente dispõe sobre a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da própria Administração Pública. Também no bojo das recentes alterações promovidas no bojo da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, especificamente no campo do Direito Administrativo Sancionador, estabeleceu-se, em seu artigo 26, que a autoridade administrativa competente poderá celebrar compromisso com os interessados no sentido de eliminar irregularidade ou situação litigiosa.

---

[2] Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

[3] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]

[4] Art. 17. § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

3 ACORDO DE LENIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito brasileiro foi buscar na experiência legal norte-americana as raízes do programa de leniência, inicialmente como uma opção de detecção e repressão a atos lesivos à ordem econômica. O instituto em comento foi consagrado na legislação antitruste com o objetivo de dotar as autoridades públicas de instrumentos mais eficazes de investigação e combate aos cartéis. Depreende-se, nesse sentido, que o programa de leniência surgiu, primordialmente, da dificuldade da obtenção de provas de infrações à ordem econômica, despontando como um verdadeiro catalizador de processos na apuração antitruste ao viabilizar uma solução mais expedita e eficiente por parte das autoridades públicas.

A primeira experiência de leniência corporativa nos Estados Unidos remonta ao ano de 1978 com a criação de um programa que concedia anistia às empresas que, de forma cooperativa, apresentassem provas absolutas de práticas ilícitas ao órgão antitruste antes de iniciada qualquer investigação. Entretanto, o programa não logrou o êxito esperado, em função, especialmente, da ampla discricionariedade conferida à autoridade governamental na análise dos requisitos necessários à formalização do acordo, que poderia aceitar ou denegar o pedido da empresa sem maiores esforços argumentativos, gerando ambiente de grande desconfiança e insegurança jurídica por parte dos entes empresariais.

Ante a baixa atratividade de adesão ao modelo então vigente, em agosto de 1993, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos reformulou sensivelmente o programa de leniência, que foi modificado e atualizado até chegar à formatação atual, denominado de Amnestesy Program. Dentre as principais mudanças, algumas merecem destaque, uma vez que influenciaram significativamente a legislação brasileira: a primeira foi a concessão automática de leniência nos casos em que inexista qualquer investigação em curso com relação à conduta delatada; outra foi a possibilidade de concessão

de leniência mesmo quando já iniciadas as investigações dos ilícitos; por fim, tem-se a possibilidade de extensão de imunidade criminal a diretores, executivos e funcionários que cooperassem com as autoridades competentes.

As mencionadas mudanças representaram novo momento quanto à adesão e atratividade do programa, tornando-se o mais eficiente instrumento de investigação e combate aos cartéis, permitindo a descoberta de vários deles em diversos setores da economia norte-americana.

Na legislação brasileira, o acordo de leniência foi introduzido por meio da Medida Provisória n. 2.055, em agosto de 2000, a qual foi convertida na Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000, modificando a antiga Lei Antitruste brasileira, a Lei n. 8.884/94. A atual lei de defesa da ordem econômica, Lei n. 12.529/11, também contemplou capítulo próprio a versar sobre o acordo de leniência.

Embora inicialmente idealizado para o exclusivo combate de infrações à ordem econômica e livre concorrência, o legislador brasileiro, já conhecedor das vantagens decorrentes do mencionado mecanismo, estendeu a possibilidade de acordo de leniência também para a apuração de atos lesivos à Administração pública nacional e estrangeira. Assim, a Lei n. 12.846/13 dedicou capítulo exclusivo a tratar do assunto, Capítulo V, artigos 16 e 17:

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
>
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes

> ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil. (Incluído pela Medida provisória n. 703, de 2015) (Vigência encerrada)
> Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. (BRASIL, 2013a)

Vale salientar que, não obstante a existência de um verdadeiro marco legal a regular o tema, o sucesso e a efetividade das políticas de leniência, dependem da observância cumulativa de três fatores fundamentais, sendo eles a existência de penalidades pesadas que sejam aptas a intimidar e inibir a prática dos ilícitos; o receio da descoberta da prática desses mesmos atos ilícitos; e a transparência na aplicação do programa, de forma que as partes possam ter ampla previsibilidade do tratamento que receberão ao firmarem o pacto consensual, verdadeiro ditame que decorre do princípio da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, conforme se verá a seguir.

4 ACORDO DE LENIÊNCIA E SUA DISCIPLINA LEGAL

O acordo de leniência encontra sua disciplina nos artigos 16 e 17 da Lei n. 12.846/13, e nos artigos 32 a 55 do Decreto Federal n. 11.129/22,[5] tendo por

[5] O aludido regulamento veio à lume em substituição à disciplina então versada no Decreto Federal n. 8.420, de 18 de março de 2015.

primordiais objetivos a identificação dos autores da infração e a obtenção célere das informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A Lei Anticorrupção impõe a observância de uma série de pressupostos de validade e eficácia da celebração desse ato administrativo consensual, estabelecendo como requisitos a serem preenchidos cumulativamente: (i) que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar; (ii) que a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e (iii) que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Quanto ao primeiro requisito arrolado, justifica-se pela necessidade de se criar uma significativa instabilidade entre os atores responsáveis pela prática do ato lesivo à Administração Pública, gerando nessas pessoas o constante receio de serem descobertas em razão da delação de um deles. Há de se observar, entretanto, que tal requisito somente terá cabimento quando o ato lesivo for praticado num cenário de concurso de agentes.

De certa maneira, o programa de leniência se baseia na dinâmica da teoria dos jogos (game theory dinamics), que se projeta na aplicação do dilema do prisioneiro, análise desenvolvida na seara da matemática aplicada, em que se investigam as possibilidades existentes em determinado processo de tomada de decisão, que fica condicionado a variantes relacionadas ao fornecimento de uma informação compartilhada com outras pessoas, que podem se beneficiar ou se prejudicar a depender do momento e da oportunidade em que a informação é divulgada (RIBEIRO, 2017, p. 235).

Esse tipo de dinâmica que premia apenas o primeiro delator produz o reconhecido efeito de corrida às autoridades competentes pelo fundado temor da realização da denúncia em segundo lugar, oportunidade em que são reduzidas drasticamente as possibilidades de atenuação da penalidade a ser aplicada.

Em relação à quantidade de lenientes admitida por determinada infração, há de se considerar que o dispositivo legal foi importado diretamente do direito concorrencial, cuja centralidade repressora recai sobre a prática do cartel, infração necessariamente plurissubjetiva, dando a impressão

de que, uma vez formalizada a manifestação de uma pessoa jurídica, a manifestação de outras pessoas jurídicas envolvidas no ato de corrupção estaria prejudicada.

Tal interpretação deve ser refutada, afinal a racionalidade prevalecente no enfrentamento dos ilícitos concorrenciais não necessariamente deve ser a mesma aplicada ao enfrentamento da corrupção, cujo elemento central a balizar a conveniência e oportunidade da formalização do acordo de leniência tem por cerne o ineditismo da informação trazida pelo proponente e a consistência dos elementos probatórios trazidos à baila. Assim, torna-se possível que em complexo esquema de corrupção, com o envolvimento de diversas empresas e agentes públicos, a Administração Processante tenha interesse em informações e provas que sejam desconhecidas da primeira manifestante.

Em síntese, a delimitação da quantidade de pessoas jurídicas aptas à celebração do acordo não deve ser pautada pelo momento da manifestação e sim pelo conteúdo e utilidade da cooperação ofertada.

Sensível à controvérsia ora suscitada, o Decreto Federal n. 11.129/22, ao regulamentar o requisito legal em exame, trouxe à lume acertada ponderação, restando consignado que a precedência da manifestação somente será preponderante "quando tal circunstância for relevante".

O segundo requisito legalmente estabelecido, a cessação da conduta infratora, se apresenta como o mais lógico e natural dos pressupostos de um acordo de leniência. Se o acordo é um instrumento de coibição e repressão da prática de atos lesivos à Administração Pública, não há dúvidas de que, necessariamente, a pessoa jurídica que delata determinado esquema delituoso deverá se comprometer com a cessação integral e imediata desse mesmo ilícito, afinal o acordo de leniência não pode significar jamais carta branca para continuidade delitiva.

De outro lado, esse requisito somente poderá ser exigido quando a apuração estiver relacionada à prática de infrações de natureza permanente ou continuada, não se aplicando, portanto, àquelas infrações de natureza instantânea ou imediata, quando o próximo requisito legal, a admissão do

cometimento do ilícito, suprirá, em certa medida, a impossibilidade fática de observância do requisito em tela.

Superada a fase de indicação dos responsáveis pela materialização da infração e descontinuação da conduta delitiva, caberá, ato contínuo, ao interessado cooperar plena e permanentemente com as investigações e o correspondente processo administrativo de responsabilização, devendo, acima de tudo, fornecer informações, documentos e todas as demais evidências que comprovem efetivamente a ocorrência e extensão dos atos lesivos. Assim, o programa de leniência não se encerra na mera narração do histórico delitivo, indo muito além, exigindo-se do proponente a comprovação dos fatos informados por meio de prova idônea.

O acordo de leniência surgiu da dificuldade na produção de provas de determinadas infrações cometidas por pessoas ou entidades detentoras de sofisticado aparato organizativo. Um dos objetivos primordiais do aludido programa é justamente o incentivo negociado à oferta por parte do infrator de provas contundentes acerca da existência e forma de consumação do ato ilícito.

Para além dos requisitos acima versados, o regulamento federal, em seu artigo 37, estabeleceu ainda como pressupostos da pactuação do acordo, a reparação integral da parcela incontroversa do dano causado e a perda em favor do ente lesado ou da União, conforme o caso, dos valores correspondentes ao acréscimo patrimonial indevido ou ao enriquecimento ilícito direta ou indiretamente obtido da infração, nos termos e nos montantes definidos na negociação.

Ainda afeto à disciplina legal e regulamentar do acordo de leniência, cumpre fazer breve menção a alguns aspectos formais de cunho pragmático a serem observados na formalização do acordo. Tais elementos encontram-se melhor deduzidos no bojo do Decreto Federal n. 11.129/22, em especial nos artigos 38 a 55, que consagrou regras procedimentais orientadas ao fiel cumprimento da Lei (BRASIL, 2022a).

A proposta de celebração de acordo de leniência deverá ser feita de forma escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará

expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e às solicitações durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta. Esta também deverá ser apresentada pelos representantes da pessoa jurídica, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato.

Percebe-se, dessa maneira, que a iniciativa da proposta deverá partir exclusivamente do ente processado, não podendo jamais a Administração Processante impor a celebração do acordo, cuja voluntariedade assume o status de formalidade essencial à higidez do ato negocial. Conforme já salientado, a proposta de acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório final a ser elaborado no processo administrativo de responsabilização.

A proposta de celebração de acordo de leniência será submetida à análise de juízo de admissibilidade, para verificação da existência dos elementos mínimos que justifiquem o início da negociação, especialmente aqueles versados no §1º, incisos I a II, da Lei n. 12.846/13. Admitida a proposta, será firmado memorando de entendimentos com a pessoa jurídica proponente, com a definição dos parâmetros da negociação do posterior acordo de leniência.

Muito embora detenha natureza de pré-contrato, a assinatura do memorando de entendimentos apresenta aptidão para interromper a prescrição e suspendê-la pelo prazo da negociação, limitado a 360 dias. Ademais, a critério da autoridade competente, o processo de responsabilização de pessoa jurídica que esteja negociando a celebração de acordo de leniência poderá ser suspenso, sem prejuízo, entretanto, da continuidade de medidas investigativas necessárias para o esclarecimento dos fatos e da adoção de medidas processuais cautelares e assecuratórias indispensáveis para se evitar perecimento de direito ou garantir a instrução processual.

A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de 180 dias, contado da data da assinatura do memorando

de entendimentos, podendo o prazo ser prorrogado, caso presentes circunstâncias que o exijam. O ato de prorrogação da negociação preliminar deverá ser devidamente motivado pela autoridade competente.

Avançando na negociação e formalizado o acordo de leniência, deverão ser estipuladas as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, do qual constarão cláusulas e obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias. Nesse sentido, o acordo conterá cláusulas que versem sobre o cumprimento das obrigações necessárias à elucidação do feito, a exemplo da confissão e fornecimento de informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa; da expressa menção à possibilidade de perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo; da natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo; entre outras disposições.

Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência.

Por fim, no âmbito do Poder Executivo Federal, uma vez proposto o acordo de leniência, a Controladoria-Geral da União poderá requisitar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da Administração Pública Federal relacionados aos fatos que são objeto do acordo.

Quanto à definição da autoridade competente para pactuar o ato administrativo negocial, o acordo será celebrado perante a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, a exemplo de Ministros de Estado ou Presidentes de tribunais, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Percebe-se que, nesse aspecto, o modelo ora previsto se distancia, em certa medida, do modelo adotado na seara penal, a exemplo

da colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/13, em que a autoridade julgadora não participa das negociações instauradas entre o acusado e os órgãos de persecução, estando sua atuação limitada à homologação do acordo jurídico, sob o viés do controle de legalidade e da espontaneidade.

No modelo extrapenal adotado, a autoridade máxima, que a princípio será também a autoridade julgadora, detém, observados os limites estabelecidos em lei, a mais ampla competência negocial, participando ativamente das tratativas em curso, cuja atuação vai muito além de uma mera verificação de regularidade, legalidade e voluntariedade, usualmente levada a efeito na instância criminal.

No âmbito do Poder Executivo Federal, tal competência será exercida, por expressa disposição legal, pela Controladoria-Geral da União (CGU). Essa competência abrangerá, inclusive, os processos instaurados no âmbito dos demais órgãos e entidades integrantes da Administração Pública indireta, a exemplo de apuração existente no âmbito de uma empresa pública federal. Dessa maneira, uma vez proposto o acordo de leniência, a CGU poderá avocar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da administração pública federal relacionados com os fatos objeto do acordo em negociação, como, aliás, prevê o art. 41 de Decreto Federal n. 11.129/22.

No sentido de estabelecer maior segurança jurídica ao ato negocial, o regulamento federal estabeleceu, em seu artigo 35, que ato conjunto do Ministro de Estado da CGU e do Advogado-Geral da União disporá sobre a celebração de acordos de leniência pelo Ministro de Estado da CGU conjuntamente com o Advogado-Geral da União.

Ademais, o novel regulamento federal estabelece, ainda, que a CGU poderá aceitar delegação para negociar, celebrar e monitorar o cumprimento de acordos de leniência relativos a atos lesivos contra outros Poderes e entes federativos.

5 ACORDO DE LENIÊNCIA E INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

Conforme já mencionado, o acordo de leniência foi disciplinado ao longo dos arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/13. O tema encontra-se, ainda, regulamentado nos arts. 32 a 55 do Decreto Federal n. 11.129/22. Nos mencionados dispositivos pode-se verificar a disciplina dos aspectos centrais relacionados ao instituto em voga, tais como autoridade competente; requisitos necessários; formalidades e efeitos.

Uma observação digna de nota diz respeito ao fato de que o acordo de leniência somente será formalizado quando houver interesse da Administração, que se consubstancia no interesse processual de obtenção de novos elementos probatórios. A própria Lei Anticorrupção alberga essa opção ao dispor que da colaboração deverá resultar a identificação dos demais envolvidos e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Portanto, a efetiva pactuação do acordo de leniência não pode ser entendida como direito subjetivo do ente acusado, uma vez que se trata de mecanismo levado a efeito em prol da apuração e do processo administrativo de responsabilização. Em outras palavras, o acordo de leniência será examinado sob o aspecto da real existência de um interesse processual na produção célere de material probatório. Exame a ser exercido sob o crivo exclusivo do ente público processante, a partir da análise sobre as informações e provas já coletadas nos autos do correspondente processo sancionador.

Assim, se a Administração Pública já dispuser desses elementos probatórios de autoria e materialidade, não estará obrigada a pactuar leniência com a pessoa jurídica processada, ainda que ela se apresente de forma espontânea e prontamente ofereça colaboração. Nesses casos, a colaboração deverá ser considerada apenas como elemento geral de atenuação da pena, nos termos, aliás, do inciso VII, do art. 7º, da Lei n. 12.846/13 ("a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações").

Por isso, o aspecto tempestividade da informação denota destacada relevância na análise da pertinência e cabimento do ato administrativo consensual. Não obstante a proposta de acordo possa ser feita, nos termos do parágrafo 2º, do art. 38, do Decreto Federal n. 11.129/22, até a conclusão do relatório final a ser elaborado no processo administrativo, quanto mais avançada se encontrar a marcha processual, mais minuciosos e precisos deverão ser os dados fornecidos pela pessoa jurídica, comprovando efetivamente a prática do ilícito, a fim de que possam ser aproveitados no bojo do processo. Afinal, dentre os objetivos almejados pelo acordo, destaca-se "a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração".

6 ACORDO DE LENIÊNCIA E BOA-FÉ OBJETIVA

Considerando a índole negocial do acordo de leniência, não deve haver dúvidas sobre a possibilidade de incidência direta do princípio da boa-fé objetiva nas disposições legais e contratuais que regem o aludido negócio jurídico.

A boa-fé objetiva, cuja disciplina teórica e normativa foi inicialmente desenvolvida no âmbito do Direito Privado, descortina o dever das partes que compõem uma determinada relação jurídica de agir de acordo com padrões comportamentais pautados pela ética, honestidade, sinceridade, lealdade, transparência e mútua cooperação, de forma a garantir a existência de um ambiente isento de desvios de finalidades e comportamentos abusivos ou contraditórios. Em resumo, impõe-se a ambas as partes da relação jurídica o dever de agir conforme o comportamento esperado pelo Direito e, por isso, sujeito a uma análise de ordem objetiva (a conformidade ou não da conduta com o ordenamento jurídico, independentemente da intenção ou estado de consciência desses sujeitos).

Muito embora o tema estivesse inicialmente associado a clássicos institutos do ordenamento civilista, a doutrina brasileira (MARQUES, 2002, p. 417) passa a sustentar a positivação da boa-fé como uma modalidade de princípio geral do direito implícito, deduzido do sistema de valores consagrados pela Constituição Federal, em especial dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, segurança jurídica e moralidade administrativa.

Assim, considerando que a boa-fé objetiva pode ser extraída da própria Constituição Federal, especialmente, no que concerne ao Direito Administrativo, em razão do princípio da moralidade, deve-se reconhecer sua incidência sobre a própria Administração Pública, pautando, portanto, as condutas e comportamentos levados a efeito por seus órgãos e entidades. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 109) defende que o princípio da moralidade administrativa ampara os princípios da lealdade e boa-fé, de modo que a Administração Pública deve atuar "em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".

O princípio da boa-fé objetiva encontra guarida também no campo do princípio da segurança jurídica, sob a perspectiva da proteção à confiança, relevante aspecto da segurança jurídica elucidado em consagrado estudo produzido pelo professor Almiro do Couto e Silva (2005), segundo o qual se deve tutelar a legítima expectativa criada no administrado em razão de condutas e atos produzidos pelo próprio Poder Público, coibindo-se postura incoerente ou desleal.

Exposto o esteio constitucional a sustentar a aplicabilidade da boa-fé nas relações jurídico-administrativas, vale consignar que na seara do processo administrativo o princípio da boa-fé objetiva encontra-se hoje expressamente positivado no bojo da Lei n. 9.784/99, ao dispor, em seu art. 2º, que nos processos administrativos será observado critério de "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé".

Em razão da aplicação subsidiária do diploma geral de processo administrativo às leis que disciplinam processos administrativos sancionadores, inegável reconhecer a direta incidência do dispositivo supra no âmbito do processo administrativo de responsabilização, em especial no que concerne à negociação e pactuação do acordo de leniência, que tem na boa-fé mútua entre as partes acordantes um dos seus principais pilares de sustentação.

A boa-fé objetiva no âmbito do acordo de leniência deve comportar, inclusive, a observância dos efeitos dela decorrentes, conhecidos doutrinariamente como deveres anexos ou acessórios, tais como dever de transparência e informação; dever de lealdade e vedação do comportamento contraditório; dever de cooperação; dever de proteção; entre outros assim relacionados.

A importância do tema é tão concreta, que o princípio da boa-fé objetiva inspirou claramente o legislador da Lei Anticorrupção na elaboração de diversos dispositivos atinentes ao acordo de leniência, pautando comportamentos afetos à Administração Processante e ao ente processado.

Assim, por exemplo, ao dispor que a proposta de acordo de leniência rejeitada não importará em reconhecimento da prática do ilícito, busca-se tutelar o ditame de proteção à confiança e a vedação ao comportamento contraditório, afinal o particular não pode ter sua situação jurídica agravada em razão da tentativa legítima de colaboração. Ao seu turno, ao dispor que a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos ilícitos em apuração, ganha relevo a incidência do dever de cooperação, não podendo o particular se valer do instituto negocial com o objetivo escuso de minar o célere desenvolvimento do processo.

Também o decreto regulamentador acomoda disposições que decorrem do princípio da boa-fé objetiva. Assim, por exemplo, ao dispor, em seu art. 43, que, caso o acordo seja rejeitado, o ente processante não poderá utilizar os documentos recebidos durante o processo de negociação de acordo de leniência, exceto quando a Administração tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de

leniência. Trata-se de medida que tem por finalidade clara a vedação do comportamento contraditório.

A não observância do dever de boa-fé objetiva implicará repercussões na situação jurídica de ambas as partes integrantes da relação processual. Quando houver desrespeito ao ditame da boa-fé por parte do ente processante, deverá ser reconhecida a nulidade das provas eventualmente coletadas, aplicando-se o mesmo raciocínio que pauta a teoria das provas ilícitas, sem desconsiderar, também, a possibilidade de responsabilidade extracontratual da Administração Pública em razão de danos porventura causados, como a divulgação de informações protegidas por sigilo comercial, ou, até mesmo, danos causados à imagem do ente processado, tudo de acordo com o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Já quando a violação ao instituto em tela provier de conduta ou omissão imputável ao ente processado, a própria legislação cuidou de regular a situação, dispondo que em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos, contados do conhecimento do referido descumprimento.

O princípio em tela conformará também a necessidade de que a atuação dos órgãos de persecução, nas mais diversas áreas de responsabilização, seja empreendida de maneira congruente e compassada, de modo a não gerar legítimas expetativas que não poderão ser arrematadas.

Por exemplo, considerando que o acordo de leniência tem por escopo a conformação de condutas imputadas a pessoas jurídicas, é natural que se crie uma legítima expectativa de que as condutas correlatas imputadas a pessoas físicas também sejam contempladas em instrumentos negociais que venham conformar também a responsabilidade pessoal dos demais atores envolvidos, especialmente nas searas de responsabilidade penal e por ato de improbidade administrativa, não obstante a égide da independência de instâncias.

Assim, especialmente na fase de negociação dos acordos, devem ser fornecidas informações claras, fidedignas e objetivas acerca da resolução

consensual do ilícito, e sua abrangências às correspondentes searas de responsabilização. Tal aspecto só reforça a necessidade de atuação conjunta e ordenada dos órgãos estatais persecutórios.

7 ACORDO DE LENIÊNCIA E DEMAIS MECANISMOS CONSENSUAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Conforme mencionado alhures, o paradigma da consensualidade é realidade que se impõe no cerne do Direito Sancionador, nas suas mais diversas esferas. Mesmo nas searas de responsabilidade penal e de responsabilização por atos de improbidade administrativa, recentíssimas alterações legislativas contemplaram relevantes mecanismos de resolução consensual de ilícitos penais e atos de improbidade administrativa, a exemplo das disposições estabelecidas na Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, tendo sido disciplinados a celebração do acordo de não persecução penal e do acordo de não persecução cível.

Um dos pontos que mais têm fundamentado críticas à efetividade do modelo de leniência contemplado na Lei Anticorrupção diz respeito à ausência de garantias do leniente em relação às repercussões jurídicas advindas da infração administrativa na seara criminal. Da simples leitura dos atos lesivos constantes do art. 5º do mencionado diploma legal, pode-se perceber que tais condutas encontram-se tipificadas como ilícitos de natureza também penal, a exemplo do crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e crimes em as licitações e contratos, (arts. 337-E a 337-P do Código Penal). Muito embora não se admita, em regra, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, não há dúvidas sobre a responsabilização penal de pessoas físicas pelos ilícitos praticados no interesse direto de pessoas jurídicas.

Nesse aspecto, visualizam-se notas de retrocesso em relação ao modelo de programa de leniência contemplado na Lei n. 12.529/11, que versa sobre a prevenção

e repressão às infrações contra a ordem econômica, dispondo expressamente sobre a participação de pessoas físicas no âmbito do acordo de leniência e sobre a possibilidade de extinção de punibilidade dos crimes confessados:

> Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com *pessoas físicas* e *jurídicas* que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:
> [...]
> Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
> Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (BRASIL, 2013b)

Não há dúvidas de que a falta de previsão expressa sobre a participação de pessoas físicas no curso da negociação e sobre a correspondente possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes então relacionados descortina ambiente de insegurança e incerteza em relação à real extensão do acordo de leniência, fragilizando o juízo acerca da sua exata utilidade. Vale mencionar que a possibilidade de extinção da punibilidade penal é uma das marcas mais características do modelo de acordo de leniência adotado na grande maioria dos países, inclusive nos Estados Unidos, reconhecido berço da dinâmica do *plea bargain*.

Não obstante tal constatação, não se deve desconsiderar de forma peremptória a possibilidade de repercussões do acordo de leniência na seara de responsabilização criminal, a exemplo da suspensão condicional do processo criminal ou, mesmo, a extinção de punibilidade. Uma opção viável nesse sentido é a participação dos órgãos de persecução criminal no bojo da negociação em curso, em especial o Ministério Público. Ou seja, o órgão competente pela responsabilização administrativa deverá orquestrar a participação conjunta e efetiva do órgão ministerial na elaboração das cláusulas a serem observadas pelo delator, fazendo constar, dessa maneira, os efeitos da negociação na seara de responsabilização criminal.

O mesmo se diga em relação aos órgãos competentes para a imputação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Inclusive, conforme já aventado, a recente alteração promovida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, revogou a expressa vedação à transação, acordo e conciliação nas ações de improbidade administrativa, estabelecendo, em nova redação, que "Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil".

Percebe-se que tais modificações normativas alinham-se ao novo marco regulatório da atuação consensual da Administração Pública (Lei n. 13.140/15), impondo a necessidade de alinhamento e harmonização da atuação entre os diversos órgãos públicos com competência sancionadora. Sem sombra de dúvidas, o ideal seria que a própria norma estabelecesse as diretrizes e parâmetros mínimos dessa idealizada ação conjunta e concatenada às correspondentes

missões institucionais, entretanto, o vácuo normativo sobressalta um desafio a ser enfrentado com maturidade institucional e verdadeiro propósito republicano, devendo ser deixados de lado vaidades e personalismos de uma atuação que deve se pautar pelo crivo da eficiência e impessoalidade.

Aliás, a experiência prática revelou que a atuação isolada e dissonante dos órgãos competentes somente propiciou cenário de insegurança jurídica e sérios questionamentos quanto à validade dos atos negociais firmados.

Revelando a aventada maturidade institucional, vale mencionar ato orientativo emanado da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão incumbido de promover a integração e a coordenação dos órgãos ministeriais que atuam no combate à corrupção e à improbidade administrativa, que traça relevantes balizas à pactuação de atos negociais em atuação conjunta com outros órgãos de persecução. Coloca-se em destaque os enunciados pertinentes:

> [...] 2) Na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo de colaboração premiada, o início das negociações do acordo de leniência deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal.
>
> 3) Após as conversas iniciais com a empresa sobre os fatos e provas a serem apresentados, e estabelecida a necessidade e oportunidade do acordo para as investigações, o início das negociações sobre as cláusulas do acordo deve ser precedido pela assinatura de "Termo de Confidencialidade", que deve ser autuado em separado como "Procedimento Administrativo", com o assunto/tema "Acordo de Leniência", e distribuído por dependência ao inquérito civil ou outro procedimento que tiver sido anteriormente

> instaurado para apurar os fatos, se houver. O Procedimento Administrativo deverá ser mantido em sigilo durante toda a fase de negociação e, após a assinatura, até o momento fixado no acordo como próprio para o levantamento do sigilo.
> [...]
> 5) As negociações deverão ser realizadas por mais de um membro do MPF, preferencialmente, de ambas as áreas de atuação (criminal e improbidade administrativa).
> 5.1.- Caso **as negociações sejam realizadas em conjunto com outros órgãos,** tais como o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, Advocacia-Geral da União, Cade, Tribunal de Contas da União, **os acordos deverão ser lavrados em instrumentos independentes**, a fim de viabilizar o encaminhamento aos respectivos órgãos de controle. (BRASIL, 2022b, grifo nosso)

Outro relevante ato infralegal que revela sensibilidade institucional quanto à necessidade de atuação interinstitucional é a Portaria Conjunta n. 4, de 9 de agosto de 2019 (BRASIL, 2019), que disciplina a atuação conjunta da CGU e da Advocacia-Geral da União nas negociações, na celebração e no acompanhamento do cumprimento dos acordos de leniência de que trata a Lei n. 12.846/13. O normativo em tela coloca na mesma mesa de negociação agentes que dispõe de competência para a responsabilização administrativa e cível por atos de corrupção e improbidade administrativa.

Não obstante os esforços acima mencionados, para fins de melhor atendimento ao postulado da segurança jurídica, acredita-se que a

etapa necessária a ser cumprida é o advento de medida legislativa a ser empreendida pelo Congresso Nacional, estabelecendo no campo da legalidade as diretrizes da atuação conjunta dos diversos órgãos de persecução para uma adequada celebração dos instrumentos negociais, inclusive com a previsão dos efeitos desses acordos nas searas de responsabilidade penal, civil e administrativa, contemplando, ainda, as condutas impostas a pessoas físicas e jurídicas.[6]

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, festejada por muitos como Lei Anticorrupção Empresarial, inaugurou em solo brasileiro uma nova sistemática na seara da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública.

A nova legislação soma-se a outros diplomas já existentes, tais como a Lei de Improbidade Administrativa, fortalecendo o aparato normativo, processual e institucional, de combate a um dos principais males a assolar a sociedade brasileira, a corrupção. A norma em tela incorporou ao ordenamento pátrio diversos mecanismos de combate à corrupção previstos nos principais tratados internacionais sobre o tema e já consagrados nos ordenamentos jurídicos de diversos países, como Estados Unidos, Inglaterra e Chile.

Dentre os mecanismos consagrados no aludido ato normativo, ganha relevância o acordo de leniência, qualificado, nos termos do Decreto n.

[6] A título de exemplo, registra-se que se encontra em curso no Congresso Nacional projeto de lei que propõe alterações pontuais à redação original da Lei n. 12.846/13, estando previsto, por conseguinte, que o acordo de leniência poderá abranger, em relação às pessoas físicas signatárias, as sanções penais decorrentes da prática do ato. Nesse sentido, o PL n. 3.636/2015 ao propor a inserção de parágrafo único ao art. 30 da Lei n. 12.846/13, nos seguintes termos: "Parágrafo único. O acordo de leniência, quando celebrado em conjunto com órgãos do Ministério Público com atribuição para exercer a ação penal e a ação de improbidade pelos mesmos fatos, poderá abranger, em relação às pessoas físicas signatárias, as sanções penais e por improbidade decorrentes da prática do ato".

11.129/22, como ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Consoante se observa, o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na seara do direito sancionador, tem experimentado verdadeira mudança de paradigmas, uma vez que tem sido recorrente o emprego de institutos de cunho negocial, tendo por objetivo a coibição dos atos de corrupção, a célere produção de provas e a integral reparação dos danos causados.

Muito embora seja notória a consolidação de uma verdadeira política nacional de resolução consensual de conflitos, especificamente no contexto de combate à corrupção e enfrentamento da criminalidade do colarinho branco, a envolver a responsabilização de pessoas jurídicas pertencentes a grandes conglomerados econômicos e pessoas físicas inseridas nos altos círculos políticos e econômicos, verifica-se uma patente necessidade de uma atuação melhor articulada e harmonizada entre os distintos órgãos estatais persecutórios, nas searas de responsabilização penal, civil e administrativa.

Mesmo sendo inegável que tais órgãos já experimentam de certo nível de maturidade institucional que os conduzem à busca de atuações mais eficientes e impessoais, a práxis tem demonstrado níveis preocupantes de insegurança jurídica a assolar ambos os polos da relação jurídica, seja sob a perspectiva da instrução processual, seja sob a perspectiva do exercício do direito de defesa e devido processo legal.

Diante de tal ordem de fatos, acredita-se ser indispensável o advento de inovação legislativa, que estabeleça expressamente, em especial no contexto da Lei Anticorrupção, as diretrizes de uma atuação interinstitucional voltada à formalização de atos negociais que operem seus efeitos nas searas de responsabilidade administrativa, civil e penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei n. 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL, **Lei n. 10.259**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. 2013b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 abr. 2023.

BRASIL, **Portaria Conjunta CGU/AGU n. 4**, de 9 de agosto de 2019. Disciplina a atuação conjunta da Controladoria-geral da União e da Advocacia-Geral da União nas negociações, na celebração e no acompanhamento do cumprimento dos acordos de leniência de que trata a Lei n. 12.846/13. 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34882/5/Portaria_Conjunta_4_2019.pdf. Acesso em: 7 abr. 2023.

BRASIL, **Decreto n. 11.129**, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. 2022a. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. **Orientação n. 07/20177**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 2022b. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao_7_2017_assinada.pdf. Acesso em: 7 abr. 2023.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.785/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, p. 1-48, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**.** Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, 2003. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823. Acesso em: 10 ago. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século — o caso brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 13, p. 1-18, 2008.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

UNODC. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Viena: Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 6 abr. 2023.

CAPÍTULO 16

RELAÇÕES SEXUAIS E AMOROSAS NA INFILTRAÇÃO POLICIAL SOB O PRISMA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE DO CASO DO REINO UNIDO

SEXUAL AND ROMANTIC RELATIONSHIPS IN POLICE INFILTRATION UNDER THE PRISM OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: ANALYSIS OF THE UK CASE

Gilberto Schäfer[1]

RESUMO

A infiltração policial é uma Técnica Especial de Investigação (TEI) que deve ser usada de forma excepcional, subsidiária, proporcional, com um preparo adequado e profissional, e uma supervisão efetiva e meticulosa. No artigo apresenta-se a técnica no Direito brasileiro e se analisa a questão das relações amorosas e sexuais sob o prisma do postulado da dignidade da pessoa humana, tendo como caso a ser examinado o ocorrido no Reino Unido, especialmente

[1] Juiz de Direito, atuando no 2º. Juizado Empresarial Regional de Porto Alegre/RS. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Pós-doutor em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa; Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam); http://orcid.org/0000-0002-1425-5763; e-mail: gilbertoschafer@hotmail.com; Curriculum Vitae (sistema lattes): http://lattes.cnpq.br/5204288597170064.

Mark Kennedy e Katty Wilson. Conclui-se que essas relações amorosas violam a dignidade da pessoa humana por objetificar e instrumentalizar as pessoas e por discriminarem a mulher (discriminação indireta).

PALAVRAS-CHAVES: Infiltração Policial, Agente Infiltrado, Dignidade da Pessoa Humana, Relações sexuais e amorosas.

ABSTRACT

Police infiltration is a special investigative technique that must be used in an exceptional, subsidiary, proportionate manner, with adequate and professional training, and effective and meticulous supervision. The article presents the technique in Brazilian law and analyzes the issue of love and sexual relationships under the prism of the postulate of the dignity of the human person, taking as a case to be examined what happened in the United Kingdom, especially Mark Kennedy and Katty Wilson. It is concluded that these love relationships violate the dignity of the human person by objectifying and instrumentalizing people and by discriminating against women (indirect discrimination).

KEYWORDS: Police Infiltration, Undercover Agent, Dignity of the Human Person, Sexual and loving relations.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Técnica Especial de Investigação da Infiltração Policial: do Direito Internacional ao Direito Interno do Brasil. 3 Aspectos Gerais da Dignidade da Pessoa Humana. 4 Dignidade e Limitação da Infiltração. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A técnica da infiltração — não apenas de agentes policiais — é retratada pela indústria de entretenimento; filmes e séries de investigação criminal, de suspense e de espionagem exploram e, às vezes, abusam da fórmula. Quando se recua na história, verifica-se que a infiltração foi um estratagema utilizado por monarcas, tiranos e outros mandatários para obter informações sobre corrupção, traições, crimes ou meras informações para montar estratégias diplomáticas e de poder interno. Era a maneira que o Rei dispunha para obter informações de seus súditos e manter-se no poder, e de obter conhecimento sobre os Estados inimigos, utilizando-se estratagemas de espionagem, inclusive de embaixadores e do corpo diplomático, como se pode ver no escrito de Maquiavel em que instrui a Raffaello Girolami para que faça um relatório detalhado das informações pessoais do então rei da Espanha (MACHIAVELLI, 1997).

O desafio que se coloca é formular e compreender de que maneira uma técnica utilizada por Estados absolutistas, autoritários ou totalitários pode ser empregada como uma Técnica Especial de Investigação (TEI) por órgãos policiais e de inteligência de um Estado Democrático. Esse desafio é maior, porque a técnica se assenta no sigilo, na dissimulação, no engodo, utilizando-se de disfarce para ingressar no seio das organizações criminosas e em células terroristas (ARAS, 2001), restringindo demasiadamente outros direitos fundamentais, como a vida privada e intimidade.

Como nos episódios de entretenimento, os infiltrados assumem outras identidades, têm suporte para uma nova vida e passam a agir como integrantes do grupo no qual se introduziram. São artistas de um jogo perigoso e isso requer coragem, preparo emocional, domínio e conhecimento da linguagem, "hábitos, jargões e socioletos do grupo no qual pretende se infiltrar" (ARAS, 2001, p. 38).

A Técnica de Infiltração é complexa, perigosa para o agente policial; demanda supervisão e não deve ser utilizada de forma banal. Por esta razão, deve estar sujeita a rigoroso controle dos superiores e do Poder Judiciário além de sua utilização para investigação de crimes graves, segundo o princípio da lesividade ou da ofensividade (ARAS, 2001).

Essas atividades necessitam, sobretudo, de controle — interno e externo (do Ministério Público e do Poder Judiciário) — que acompanhe as fases da infiltração: prévio, simultâneo e posterior, levando em consideração a vida em uma sociedade democrática que se assenta nos direitos humanos.

Dentro desse contexto é que o assunto será apresentado. Em um primeiro momento, será feita uma apresentação da configuração da infiltração policial no Direito brasileiro, com as principais normas que a disciplinam.

O escopo do artigo será investigar a questão das relações amorosas e sexuais, tendo como parâmetro o postulado da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, irá se fazer uma explanação do delineamento desse postulado para depois utilizá-lo como preceito para o escrutínio sobre a infiltração que utiliza relações amorosas e sexuais para se aproximar do grupo do qual se deseja obter informações.

Em um terceiro momento, desenvolver-se-á, sob o ponto de vista ético, a questão de relacionamentos sexuais e amorosos, utilizando como caso a ser analisado a infiltração de agentes em grupos de ativistas ambientais e de proteção de animais ocorrida no Reino Unido, mas remetendo a casos ocorridos em outros países.

O tema fará uma revisão bibliográfica dos principais pontos no Direito brasileiro; utilizar-se-á, também, dos estudos e decisões judiciais que se produziram no Reino Unido a respeito da matéria.

2 A TÉCNICA ESPECIAL DE INVESTIGAÇÃO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL: DO DIREITO INTERNACIONAL AO DIREITO INTERNO DO BRASIL.

O instituto[2] do agente infiltrado faz parte das novas técnicas de combate ao crime organizado e de novas figuras de dogmática, como é o caso do maxi processo penal, inserindo-se como um dos meios repressores do Estado (KNIJNIK, 2004), instrumento previsto na Convenção de Palermo (Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004) que é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.[3]

Para a Organização das Nações Unidas (ONU, 2013), um agente ou oficial infiltrado é um agente do Estado que finge ser um criminoso para o fim de obter informações pela infiltração em uma organização criminosa. A infiltração é um meio de obter informações naquelas organizações que se utilizam do segredo e do sigilo para a realização de suas atividades (PACHECO, 2011)[4].

---

[2] Sem entrar em grandes perquirições filosóficas, um instituto se caracteriza por ser constituído por um conjunto de normas expedidas de uma determinada autoridade normativa (legislativo) e que forma a sua "institucionalidade". Quando se trata do Direito é necessário compreender que ele também deve ser reconhecido de maneira intersubjetiva e formado pelas decisões de autoridades que o aplicam e o interpretam (além do papel da chamada doutrina nesse processo), ou seja, o próprio instituto ou o instituto maior em que ele está inserido dará o modal de sua interpretação no sentido das regras do jogo (DWORKIN, 2002). Quando se trata de natureza jurídica, devemos lembrar que ela é ontologicamente normativa, devendo se compreender a sua função dogmática a partir desse dado. Ela é um dado cultural e não algo natural.

[3] Convenção de Palermo. Artigo 20: "Técnicas especiais de investigação 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as ***operações*** de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada".

[4] "Outro traço característico das organizações criminosas é o alto poder de intimidação de que se utilizam. É a famosa "lei do silêncio", imposta tanto aos seus membros quanto a pessoas estranhas à organização, com o objetivo de intimidar a formação de outras organizações da mesma natureza, de obter decisões políticas favoráveis, ou de punir aqueles que revelam segredos da organização; utilizando-se, para isso, de métodos extremamente cruéis e violentos, contra a pessoa ou seus familiares. Além disso, utilizam-se de métodos violentos também para ocuparem posições proeminentes ou mesmo o monopólio do mercado, obtendo o máximo de lucro sem a necessidade de realizar grandes investimentos, reduzindo os custos e controlando a mão-de-obra" (JOSÉ, 2010, p. 24).

Por isso, também para a ONU (2013), deve-se ter o máximo cuidado e preparação considerando os riscos e perigos inerentes à infiltração, especialmente quando esta é profunda (*deep cover*),[5] ou seja, quando se exige troca de identidade e o corte de laços familiares (JOSÉ, 2010). Exige-se preparação para que os agentes possam assumir a identidade falsa, baseadas em histórias que lhes deem suporte de tal forma que a ação não pareça representação, mas que se assuma o papel com credibilidade, que se torne aos olhares dos que convivem, história de vida. O agente infiltrado enfrenta perigos, inclusive à sua vida e integridade física, e é uma razão de que além de coragem, seja uma pessoa com excelente equilíbrio emocional, bem treinada e sobre a qual se exerça ampla supervisão.

Há estudos (CURRAN, 2021) que demonstram o grande grau de estresse dos agentes infiltrados. O medo de serem descobertos tem um impacto negativo no seu bem-estar psicológico, inclusive porque a descoberta pode implicar em uma consequência letal. Muitos agentes relatam ansiedade e paranoia. Há necessidade, por esta razão, de apoio adequado, de construção de histórias com credibilidade, fornecimento de documentos que comprovem a história secreta, um planejamento adequado.[6]

---

[5] Há uma nomenclatura policial para caracterizar a intensidade e o prolongamento da infiltração policial, dividida, no mínimo, em light cover ou na forma mais profunda, em deep cover. Sobre a apresentação da nomenclatura ver Oneto (2005).

[6] "Os resultados do presente estudo indicam que o medo da descoberta é um potente estressor no policiamento disfarçado e tem um impacto negativo no bem-estar psicológico. Cada participante relatou sentir medo de apreender uma retribuição violenta grave, com a perspectiva de ser descoberto como um policial disfarçado e, em um caso, era uma questão de vida ou morte. Os participantes discutiram sentir-se ansiosos por serem descobertos e sentir como se estivessem sendo observados, o que corresponde à cultura da "paranoia incessante". Apoio adequado e construção de lendas podem ser um fator importante na redução da probabilidade de um policial ser descoberto; no entanto, quão eficaz isso pode ser é incerto devido à consciência criminal das táticas policiais e, portanto, sua capacidade de responder a implantações secretas. Backstopping é a prática de fornecer a um policial disfarçado documentos que comprovem a identidade secreta e possam resistir a um intenso escrutínio, como documentos de identificação. A construção de lendas, no entanto, é um processo realizado pelo policial disfarçado, onde eles visitam locais para fazer com que sua identidade secreta seja reconhecida, antes de se envolver em qualquer coleta de evidências. O planejamento adequado é essencial para reduzir o risco de danos que recaem sobre o policial, como medidas adequadas em que um policial pode convocar reforços. Outra consideração é que sua segurança deve ser primordial para uma investigação, em vez das necessidades da investigação prevalecerem. Uma maneira de um policial disfarçado preservar sua identidade é por meio do uso de distração verbal a fim de desviar de desafios para a persona disfarçada. No entanto, outros argumentaram

Deve ser tomado o máximo de cuidado para avaliar os riscos devido ao enorme perigo e às dificuldades inerentes à técnica; somente policiais adequadamente treinados devem ser empregados para tal finalidade.

No Direito brasileiro, a infiltração policial foi introduzida pela Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, na redação dada pela Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001. O art. 2.º permitia que em qualquer fase de persecução criminal como procedimento de investigação e formação de provas a "infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial". O parágrafo único completava o regramento dispondo que a autorização judicial seria "estritamente sigilosa" e permaneceria "nesta condição enquanto perdurar a infiltração".

Essa permissão, concisa, sem parâmetros seguros, foi substituída pela Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, estruturando bases que fossem mais sólidas, em busca de maior clareza e precisão para a infiltração. A matéria está disciplinada nos artigos 10 a 14 do referido diploma normativo e contou com um acréscimo importante realizado pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 que introduziu na Lei do Crime Organizado a figura do agente de polícia infiltrado virtual[7]. Antes dessa modificação legislativa de 2019, a técnica foi ampliada para ser utilizada na luta contra o terrorismo (Lei n. 13.260 de 16 de março de 2006), contra o tráfico de pessoas (Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016) no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 13.441, de 8 de maio de 2017), nesse caso, para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

A Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013 é considerada a lei procedimental geral para a infiltração policial (RESCHKE; WENDT; MATUSUBAYCI, 2021). Segundo o art. 10 da citada lei, a infiltração de agentes pode ser requerida

que na infiltração secreta, é quase impossível proteger o policial caso ele seja descoberto como um policial disfarçado". (CURRAN, 2021).

[7] A lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 que trata da questão das drogas também prevê no seu art. 53 que em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos naquela lei é permitida a "I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes".

(representada) por delegado ou pelo Ministério Público, neste caso após manifestação técnica do delegado e "será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites". Uma motivação circunstanciada tem relação com as circunstâncias e particularidades do caso concreto (RESCHKE; WENDT; MATUSUBAYCI, 2021) devendo se abandonar motivações genéricas e não atingir as vedações do § 2º do art. 315 do Código de Processo Penal (CPP).[8] O juiz, na hipótese de representação do delegado de polícia, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público (§ 1º).

Conforme o § 2º do mesmo art. 10 a infiltração será regida pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, não será admitida se a prova puder ser realizada por outros meios disponíveis. A finalidade da medida é prevista para a colheita de provas e não para tarefas de inteligência (ZANELLA, 2017). No caso de tarefa de inteligência, a infiltração nunca poderá ser utilizada para produzir provas e as atividades devem se limitar unicamente a tarefas de inteligência sob pena de nulidade, como se pode ver no HC n. 147.837, Relator Min. Gilmar Mendes.[9] Aliás, nesse ponto, na infiltração para fins de inteligência, há falta de regulamentação e discussão democrática, inclusive sobre os poderes

[8] Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [...] § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[9] "Habeas corpus. 2. Infiltração de agente policial e distinção com agente de inteligência. 3. Provas colhidas por agente inicialmente designado para tarefas de inteligência e prevenção genérica. Contudo, no curso da referida atribuição, houve atuação de investigação concreta e infiltração de agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados. 4. Caraterização de agente infiltrado, que pressupõe prévia autorização judicial, conforme o art. 10 da Lei 12.850/13. 5. Prejuízo demostrado pela utilização das declarações do agente infiltrado na sentença condenatória. 6. Viabilidade da cognição em sede de habeas corpus. 7. Ordem parcialmente concedida para declarar a ilicitude dos atos da infiltração e dos depoimentos prestados. Nulidade da sentença condenatória e desentranhamento de eventuais provas contaminadas por derivação. (BRASIL, 2019). No corpo do acórdão: "Dos trechos anteriormente transcritos, percebeu-se que ambas as decisões, tanto do TJRJ como do STJ, partiram da

desses serviços de inteligência, especialmente os ligados à força policial, o que aumenta o poder e a falta de controle das agências de inteligência.[10]

A subsidiariedade que se propõe a avaliar os meios (não se dá tiro de canhão para matar pardais[11]) é também conduzida pela vedação do excesso (Übermaßverbot).

Há que se fazer esse exame de admissibilidade, uma espécie de checklist, que deverá ser demonstrada à autoridade. Primeiro, há que se atestar o pressuposto de que há indícios de fatos puníveis que permitam que o instrumento seja utilizado, ou seja, os tipos penais em que se admite a infiltração (real ou virtual). Isto é condição necessária (pressuposto), mas não condição suficiente. Ligado ao pressuposto haverá necessidade de que sejam declinados os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Os nomes e o local têm relação também com a competência (em razão da matéria, de pessoa ou de local), mas a questão do local ainda tem relação com a questão do controle da infiltração, de modo a que não se utilize uma infiltração para conseguir outra.

premissa de que a atuação do policial militar deu-se como agente de inteligência porque **"não atuou no intuito de investigar a suposta existência da organização criminosa em questão, tampouco se fez passar por um dos seus membros para o fim de com eles interagir"**, já que **"inexistiu o ingresso do agente no meio organizacional composto pelos réus, assim como não ocorreu simulação de que o policial fosse membro de facção voltada à prática de delitos"**. Entretanto, a partir do até aqui exposto, fragilizam-se completamente as premissas e, consequentemente, a caracterização da atuação do policial militar como agente de inteligência. Portanto, a partir do momento em que passou a obter a confiança de membros de um grupo específico e a obter elementos probatórios com relação a fatos criminosos concretos, o agente caracteriza-se como infiltrado, e isso pressupõe a autorização judicial, que deveria ter sido requerida aos órgãos competentes. Desse modo, as informações obtidas não podem ser destinadas à persecução penal, pois isso demandaria prévia autorização judicial, mas somente ser utilizadas com fins preventivos em atos de inteligência governamental. [...] Da leitura da sentença, vê-se que **a condenação se pautou nos dados coletados pela infiltração perpetrada pelo policial militar.** Dito isso, ainda que o Juízo tenha feito remissão a outras provas, vê-se que elas decorrem da clandestina infiltração do policial referido. **Resta claro, portanto, o prejuízo que impõe a declaração da nulidade da sentença**". (grifo nosso)

[10] Um dos casos mais famosos de infiltração (de inteligência!) ocorreu na ditadura militar brasileira em que o agente infiltrado Cabo Anselmo atuou nas forças de repressão do governo militar, coletando informações que fornecia aos órgãos de repressão e permitiram capturar guerrilheiros e opositores da esquerda, incluindo sua noiva, que, mesmo grávida, foi brutalmente torturada e morreria em uma prisão militar.

[11] Em alguns textos, frase atribuída a Jellinek: "*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*". No entanto, a grande maioria atribui a Fritz Fleiner (1912), exemplificativamente em Biaggini (2015, p. 14, tradução nossa): "Os limites de desempenho tornam-se visíveis, por exemplo, se olharmos para a imagem cativante usada por Fritz Fleiner em suas Instituições, 'A polícia não deve atirar em pardais com canhões' [...]".

O próximo passo será uma análise da medida em relação a sua finalidade. Se ela for inidônea, estará descartada, ou seja, se o meio não atingir a sua finalidade (relação de meio e fim) não poderá ser utilizada; deverá ser feita uma análise de que ela possa ser produzida por outros meios (aqui haverá um balanceamento dos meios e deverá ser justificado o motivo pelo qual outro meio não é idôneo para atingir um fim), de tal modo a balancear (ponderar) as vantagens e desvantagens. O fato de que outro meio seja menos eficaz, por si só não o elimina, pois a infiltração é a que causa maiores restrições aos direitos fundamentais e, por isso, deve ser utilizada de maneira parcimoniosa (RESCHKE; WENDT; MATUSUBAYCI, 2021)[12] pois a infiltração "deve ser a *ultima ratio* probatória, adotada tão somente em casos muito excepcionais, de extrema complexidade, envolvendo organizações criminosas bem estruturadas" (ZANELLA, 2017, p. 4), pois se entende que ela deva ser utilizada quando for "realmente imprescindível para apurar os crimes investigados, evitar crimes futuros e viabilizar a desestruturação do grupo organizado" (ZANELLA, 2017, p. 4). Como última razão, deve haver a demonstração do alcance das tarefas do agente infiltrado (art. 11) e de que o juiz fixe os limites da atividade de infiltração, medida que servirá de controle da operação.

Conforme o § 3º do artigo 10 (da mesma Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013) a infiltração será autorizada pelo prazo de até seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. A infiltração virtual (incluída pela Lei n. 13.964, de 2019) não poderá exceder a 720 dias. Quando se tratar de infiltração virtual prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o prazo é de noventa dias.[13]

[12] "Conclui-se, portanto, que **a infiltração é uma medida extremamente excepcional**, uma vez que a legislação deixa claro que o meio especial de prova será utilizado no âmbito de infrações cometidas por organizações criminosas e sendo imprescindível que não se consiga prova por outro meio. A imprescindibilidade, enquanto requisito legal, decorre, em última análise, do fato de ser a medida em tela excessivamente invasiva da intimidade do indivíduo" (RESCHKE; WENDT; MATUSUBAYCI, 2021, p. 48).

[13] Lei n. 13.441, de 8 de maio de 2017, introduz modificação no ECA: " Art. 190-AIII – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial".

O artigo 13 prevê que o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Há, portanto, uma limitação estrita aos fins para os quais a infiltração é destinada: a investigação; tudo o que ultrapassar esse limite é ilícito.

A infiltração deve ser conduzida por agente policial, devidamente treinado e apto a realizar a concreta infiltração. O infiltrado "deve seguir estritamente as determinações contidas na ordem de infiltração" (SOUSA, 2015, p. 100). Se não seguir as determinações, pode contaminar as provas colhidas, como também ser responsabilizado pelo excesso. "Destarte, não é incomum deparar com atuações irregulares de agentes de investigação, cujas provas fatalmente serão anuladas pelo juízo, justamente em razão da prática de condutas abusivas levadas a cabo na execução da operação de infiltração policial" (SOUSA, 2015, p. 100).

A infiltração utiliza de um engodo para a investigação, pois há ocultação de sua identidade que não se dá quando o policial simplesmente não se identifica ou na dicção de Wolff (2018, p. 218) "está à paisana". Há a utilização da dissimulação para enganar os membros da organização, e, na sua interação, obter informações e provas.

Esse engodo não admite, desde logo que o agente infiltrado atue como agente provocador, algo repudiado nas primeiras decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) (FRANÇA, 1998; 2005), especialmente quando representa uma incitação ao crime.[14] A primeira informação que se

[14] "8. Cidadão português nascido em 1955 e domiciliado em Campelos (Guimarães), Francisco Teixeira de Castro era, à data dos fatos, trabalhador de uma fábrica têxtil. Desde a sua libertação da prisão, ele está desempregado. **A intervenção dos dois agentes da polícia e a detenção do requerente** 9. No âmbito de uma operação de controlo do tráfico de estupefacientes, dois agentes da Segurança Pública (PSP) da esquadra de Famalicão, vestidos com roupas civis, abordaram repetidamente um indivíduo, V.S., suspeito de praticar pequenos tráficos para assegurar o seu consumo, principalmente haxixe, com o objetivo de identificar o seu fornecedor. Eles se ofereceram para comprar vários quilos desse entorpecente. Sem saber da sua função, V.S. concordou em fazer contatos para o efeito. Apesar da insistência dos dois policiais, ele não conseguiu entrar em contato com um traficante. 10. Em 30 de Dezembro de 1992, pouco antes da meia-noite, os dois agentes da polícia dirigiram-se à casa de V.S. e declararam que estavam agora interessados em comprar heroína. V.S. mencionou o nome de Francisco Teixeira de Castro como provável de encontrar tal produto, mas não conhecendo o domicílio deste último, aproximou-se de F.O., que o indicou a eles.

deve levar em conta é que o agente provocador foi uma figura muito utilizada pelas monarquias e pela inquisição para monitorar adversários, prender e matar inimigos (ONETO, 2005, p. 25). Ele utilizava de todos os métodos para sua eficácia, aparecendo como instigador e indutor. Por essa razão a figura é repudiada independentemente do nome que se utilize, sempre que se externar como um instigador ou indutor (KNIJNIK, 2004) "aparecendo como comprador ou fornecedor de serviços ilícitos" (GONÇALVES, 2001, p. 255).

O agente infiltrado oculta a sua identidade, pois objetiva obter provas que levem à condenação do investigado, "ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito, e provas contra ele" (KNIJNIK, 2004, p. 3). Diferencia-se do agente encoberto que é caracterizado pela passividade pois o "encoberto não provoca o crime, nem conquista a confiança de quem quer que seja, pois, aí, já se estará na figura do agente infiltrado". Trata-se da

> polícia à paisana, que, para combater o tráfico e consumo de estupefacientes, frequenta cafés, bares, ruas, estações de caminhos-de-ferro e demais lugares abertos ao público, na esperança, ou de presenciar os crimes em causa e deter os seus agentes, ou de quem dos traficantes

Essas quatro pessoas, no carro dos supostos compradores, foram até a casa do requerente. Este último, questionado por F.O., saiu de seu apartamento e se juntou ao carro em que os dois policiais estavam esperando com V.S. Declararam que queriam comprar vinte gramas de heroína por 200 mil escudos e exibiram um maço de notas do Banco de Portugal. 11. P. Teixeira de Castro aceitou fornecer-lhes heroína e dirigiu-se no seu próprio veículo, acompanhado por F.O., até à casa de outra pessoa, J.P.O. Obteve de outra pessoa três saquetas de heroína, uma pesando dez gramas e as outras duas cinco, e no seu regresso entregou-as ao requerente por um montante desconhecido, mas pelo menos superior a 100.000 escudos (PTE). 12. O recorrente, a posse das drogas, dirigiu-se então à casa de V.S., para a qual tinha regressado desde então e em frente à qual os dois polícias estavam à espera. Quando o requerente, convidado por V.S., entrou na casa, onde a transação deveria ocorrer, o requerente tirou do bolso uma das malas. Os dois polícias revelaram então as suas identidades e detiveram, por volta das duas horas da manhã, o Sr. Teixeira de Castro e V.S. e F.O. Eles revistaram os três indivíduos e encontraram no requerente, além dos outros dois sacos de heroína, uma quantia de 43.0000 PTE e uma pulseira de ouro". (FRANÇA, 1998, p. 1, tradução nossa)

> se lhe dirija, propondo-lhe a aquisição de estupefacientes. (KNIJNIK, 2004, p. 3)

A infiltração como técnica deve ter limites bem claros no ordenamento jurídico. Como se disse, o instituto do agente infiltrado guarda na sua essência um engodo, um engano, que é da essência do instituto, que é compartilhado com outros institutos semelhantes, como o do agente provocador. Neste último caso, como relatado acima, a validade da produção da prova é rechaçada pelo ordenamento jurídico, pois a instigação adquire tal relevância que o crime sequer seria cometido, se não fosse a presença do agente instigador.

A Lei do Crime Organizado prevê que "não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa" (art. 13, parágrafo único). A lei a trata como uma causa de não punição, mas ao mesmo tempo o texto legal utiliza a dicção de inexigibilidade de conduta diversa.[15] É certo que essa dicção elimina comportamentos nos quais o infiltrado possa ou vise "retirar benefícios ou vantagens pessoais (por ex., furtar uma quantia de dinheiro à qual tem acesso e que advém das actividades ilícitas do suspeito que investiga), pois a única finalidade aqui perseguida é o seu lucro pessoal" (LOUREIRO, 2013, p. 38).

Esse é justamente o ponto mais sensível de todo o arcabouço do agente infiltrado, saber até que ponto se pode permitir o cometimento de fatos delituosos ou mesmo de condutas ilícitas, não criminosas, mas que constituem violações graves. Claro que em cada infiltração será analisada

[15] "A escusa absolutória é uma causa pessoal de exclusão da aplicação da pena, por questões de política criminal, tendo um caráter eminentemente individual. Reconhece-se que, embora o ato praticado pelo agente infiltrado seja típico, antijurídico e culpável, não lhe será aplicada a pena por uma questão de política criminal, a qual é a própria essência da utilização da infiltração de agentes como meio de investigação de provas. Note-se que, sendo a escusa absolutória, como visto, uma causa pessoal e individual de exclusão de pena, a mesma não se estende aos integrantes reais da organização criminosa que tenham participado do delito juntamente com o infiltrado, os quais receberão a pena correspondente à sua participação criminosa". (JOSÉ, 2010, p. 80)

a necessidade, inclusive porque ela pode se dar no trabalho e nos meios lícitos (PACHECO, 2011), mas isso nem sempre será possível. Há relatos de que organizações extremadas e mafiosas exijam o cometimento de crimes contra a vida (ONETO, 2005, p. 96).

A grande questão é perquirir quais são os limites em que um agente do Estado estaria isento de pena, do direito sancionador e da responsabilidade administrativa. A infiltração já utiliza de um engodo, mas até que ponto poderia ir o cometimento de fatos delituosos em um Estado Democrático de Direito, sob a justificativa da imposição da lei contra grupos que a desafiam. Cabe saber quais são os limites de acordo com a proporcionalidade para a adoção de medidas especiais.

Quando da tramitação do projeto, foi elaborada uma lista com os crimes que os policiais não poderiam cometer: crimes contra a vida, a liberdade sexual e de tortura. Essa opção acabou não vingando, sob a justificativa de que "uma lista de crimes poderia possibilitar a fácil identificação por parte da organização criminosa de eventuais agentes infiltrados, criando 'rituais' de passagem, o que comprometeria o êxito das investigações e a segurança do agente" (BORBA, 2020, p. 103).

No entanto, ao se examinar os tipos elencados acima percebe-se que eles pertencem ao núcleo duro do ordenamento e que expressam os principais bens e valores tutelados (vida, integridade e dignidade). Portanto, se não estão de forma expressa, devem ser considerados como presentes na vedação do art. 13 da Lei das Organizações Criminosas.[16]

É evidente que a infiltração está atrelada a uma série de princípios do direito penal: moralidade, legalidade, devido processo legal, contraditório

[16] No mesmo sentido do texto: "No que diz respeito à ponderação dos bens jurídicos, existe um limite absoluto e intransponível constituído pelo «núcleo irredutível da dignidade e autonomia pessoal individual» (art. 34. c do CP), integrado por aqueles bens jurídicos imponderáveis, cujo sacrifício não é em nenhum caso razoável de exigir, a saber: a vida, a integridade física (no mínimo, a «essencial») e as «mais importantes dimensões da liberdade pessoal»95 . Já os bens que não assumem tão elevada dignidade, designadamente, a honra, os patrimoniais, os comunitários e os estaduais, podem eventualmente ser lesados ou postos em perigo de acordo com o resultado da ponderação efectuada em concreto, sendo certo que o Estado sempre responderá jurídico-civilmente pelos danos causados". (LOUREIRO, 2013, p. 39)

e ampla defesa, motivação das decisões judiciais, proporcionalidade (BORBA, 2020). De antemão, entretanto, constata-se que esses princípios têm o seu âmbito de eficácia readequados na infiltração policial. Ora devem ser chamados a agir de maneira muito forte pelas próprias regras que disciplinam o instituto (como a motivação e proporcionalidade), ora encontram forte mitigação como é caso da moralidade (a infiltração é um engodo) ou de interpretação ampliada da legalidade, como na locução autorizativa do art. 13 que isenta de pena crime cometido "quando inexigível conduta diversa".

Há, por isso, uma série de elementos conjugados na infiltração que devem ser aplicados, desde seu caráter subsidiário, a justificativa e a motivação, a supervisão. No entanto, um dos grandes vetores, aquele que sempre é inegociável, é a dignidade da pessoa humana, cujos delineamentos apresentaremos a seguir.

3 ASPECTOS GERAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é um dos fundamentos na qual os Estado Democráticos se assentam, como é o caso da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF). Kant (1986) fundamenta a ideia de dignidade no valor intrínseco das pessoas humanas. Será desumano, ou seja, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder se reduzir a pessoa à condição de objeto, à condição de meio; o ser humano diferencia-se das coisas que têm um preço e, por isso, pode-se pôr outra como equivalente. O ser humano não pode ser precificado, pois a dignidade não o permite, encontrando-se em cada pessoa, o humano todo, com um valor íntimo, devendo também reconhecer essa dignidade nas demais pessoas. A ideia básica da dignidade é o da não instrumentalização, com o objetivo de evitar que o indivíduo seja degradado à condição de mero objeto da ação estatal ou das relações sociais (BENDA, 1996). Trata-se de afirmar a qualidade

"intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade" (SARLET, 2001, p. 60). Em consequência, é extraído da dignidade um complexo de direitos e deveres que assegurem que a pessoa não seja tratada de modo degradante e desumano e que "venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos" (SARLET, 2001, p. 60).

A dignidade tem uma função normogenética, por se constituir em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e, por isso, é um valor estruturante e fundamento das demais normas, indicando que cada pessoa concreta pertence ao gênero humano (MARTINS-COSTA, 2003). Está relacionada ao tratamento de igual consideração e respeito que todos merecem, seja na garantia do mínimo existencial e das condições para o desenvolvimento da personalidade.

A doutrina tem afirmado a sua (im)possibilidade de ponderação, a sua função na relação com os direitos fundamentais de modo a evitar uma utilização apenas retórica ou o risco de atribuição de um conteúdo qualquer para evitar "riscos de arbitrariedade e de decisionismo judiciais que podem pôr em causa a separação de poderes própria de Estado de Direito", de acordo com a distinção apresentada por Novais (2017, p. 18).

Para Novais (2016), a dignidade em relação aos direitos fundamentais passa ser utilizada em dois âmbitos: a) contra os direitos fundamentais, em que toma uma base não consensual, fraturante, conflitual para limitar direitos. Aparece como contraposição à autonomia, à liberdade e ao bem-estar de pessoas concretas em defesa de valores vagos da humanidade em geral; e b) um conteúdo normativo a favor dos direitos fundamentais quando aparece como critério de interpretação, parâmetro de orientação das ponderações, permitindo filtrar razões para justificar a sua razão e ainda colocar-se contra restrições que *prima facie* seriam admissíveis.

A dignidade é um elemento constitutivo de muitos direitos fundamentais e contribui para a configuração do próprio ordenamento jurídico, impondo aos juristas o uso de interpretações e de regras de aplicação que preservem o seu conteúdo. Apresenta-se como um conceito transversal, tanto nos ordenamentos nacionais, como nos supranacionais, do qual é possível extrair normas de condutas e que também atua como limite de direitos e obrigações jurídicas, bem como aos poderes normativos exercidos pelo Estado.

A dignidade, nas funções interpretativa e integrativa, atua como fonte do direito especialmente para que se densifiquem cláusulas gerais dos textos legislativos.

No que tange aos direitos fundamentais, não deixa de ser paradoxal que a dignidade possa assumir funções aparentemente contrárias, pois tomadas sob aspectos diferentes, e, por essa razão, não contraditórias: a dignidade pode ser justificativa para a imposição de restrições, mas também apresentar-se como limites aos limites para que os direitos fundamentais não sejam indevidamente limitados. Ainda, no que tange aos direitos fundamentais, ela pode ser importante para a observância do conteúdo essencial ou constituir um direito fundamental como direito à dignidade (NOVAIS, 2018).

É imprescindível que se reconheça a igual dignidade a todos. Propõe-se a conformação da dignidade: a) por uma aplicação **incremental**, em que ele qualifica um ato como extremamente grave e requer a sua proscrição e banimento; e b) aplicação **subsidiária**: quando a aplicação atua como uma espécie de soldado de reserva para que áreas com déficit de proteção possam ser cobertas. Novais divide-a para efeitos de sistematização em dois grupos: a) dignidade como integridade: cuja violação se manifesta quando as condições de humanidade são desrespeitadas, seja desrespeitando a sua condição de sujeito e a dignidade para o seu desenvolvimento como sujeito; e b) dignidade como igualdade.

Há que se anotar que há casos em que a dignidade pode se manifestar independente do consentimento[17] como foi o caso do canibal de Rotenburg[18] e, em outras situações em que se reduz e coisifica a pessoa (escravidão, tráfico de pessoas) ou no tratamento de pessoas com deficiência mental em condições sub-humanas, como aliás ocorreu no caso Damião Ximenes Lopes julgado pela Corte IDH (COSTA RICA, 2006) em que Damião Ximenes foi submetido à contenção física tendo suas mãos amarradas para trás, seu corpo apresentava hematomas em várias regiões, como na região nasal, ombro direito e pé esquerdo, equimoses na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho, decorrentes de atos violentos que sofreu. Além disso, foram-lhe receitados remédios, sem que tivesse sequer lhe perguntado o que teria acontecido.[19]

---

[17] Caso sempre célebre — mas que também causa controvérsia — é o do lançamento de anões, julgado pelo Conselho de Estado (FRANÇA, 1995) em que se considerou que a dignidade da pessoa humana estaria inserida no conceito de ordem pública e que caberia às autoridades públicas tomar as providências cabíveis: "Considerando que cabe à autoridade investida do poder da polícia municipal tomar todas as medidas para impedir a violação da ordem pública; que o respeito pela dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida com o poder da polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais especiais, proibir uma atração que comprometa o respeito pela dignidade da pessoa humana". No original : "*Considérant que, pour annuler l'arrêté du 25 octobre 1991 du maire de Morsang-sur-Orge interdisant le spectacle de « lancer de nains » prévu le même jour dans une discothèque de la ville, le tribunal administratif de Versailles s'est fondé sur le fait qu'à supposer même que le spectacle ait porté atteinte à la dignité de la personne humaine, son interdiction ne pouvait être légalement prononcée en l'absence de circonstances locales particulières ; qu'il résulte de ce qui précède qu'un tel motif est erroné en droit [...] Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens invoqués par la société Fun Production et M. X. tant devant le tribunal administratif que devant le Conseil d'Etat ;Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause*". O caso foi parar na ONU, em que o Anão alega que foi discriminado. Talvez a decisão comece a provocar também outros reflexos de utilização do trabalho humano em jornadas extenuantes e controladas por aplicativos. Ver também a reflexão de Paul Cassia (2016), especialmente sobre o conceito de ordem pública.

[18] Para conhecer os detalhes escabrosos do caso em língua portuguesa ver: Reis (2011).

[19] Consta na referida decisão redigida pelo Juiz Sergio García Ramírez: "Em virtude de sua condição psíquica e emocional, as pessoas portadoras de deficiência mental são particularmente vulneráveis a qualquer tratamento de saúde e essa vulnerabilidade se vê aumentada quando essas pessoas ingressam em instituições de tratamento psiquiátrico. Essa vulnerabilidade aumentada se verifica em razão do desequilíbrio de poder existente entre os pacientes e o pessoal médico responsável por seu tratamento e pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das doenças psiquiátricas". (COSTA RICA, 2006, p. 9)

A dignidade deve ser exibida como a possibilidade de que as pessoas possam assumir a sua vida com autonomia, planejando o futuro em várias dimensões, desenvolvendo a sua personalidade com as condições existenciais mínimas apropriadas.[20]

Por essa razão, deve-se perquirir os limites da infiltração em um Estado Democrático e que não viole a dignidade da pessoa humana.

4 DIGNIDADE E LIMITAÇÃO DA INFILTRAÇÃO

A infiltração que será objeto de escrutínio neste artigo com base na dignidade da pessoa humana é do agente infiltrado que mantém relações amorosas e sexuais — alguns gerando filhos — com pessoas pertencentes aos grupos e organizações objetos da medida.

A questão remete ao exemplo fictício de James Bond, um dos mais famosos personagens dos serviços de inteligência que usou relacionamentos com mulheres para obter informações ou acesso a pessoas ou propriedades. É bom lembrar, que ali se tratava de um entretenimento, não há preocupações morais ou éticas sobre os engodos utilizados e muito menos se há impactos e danos psicológicos. Como sabemos, muitas vezes, a ficção apenas reconta a realidade e retrata acontecimentos, como no caso do uso e abuso de oficiais — homens (em grande número) e mulheres para o serviço de infiltração e inteligência.[21]

Um dos casos emblemáticos documentados é do Reino Unido. Um dos agentes infiltrados, Mark Kennedy, que se passou por Mark Stone,

[20] Sobre a questão de o mínimo existencial para uma vida com dignidade ver: Sarlet (2018).

[21] "At paragraph 177, he provides the example of James Bond, which has been picked up by the press as "ludicrous". In essence he is saying that James Bond and other fictional accounts of spies who have sex with innocent victims, undermines our argument that Parliament could not have contemplated that this sort of conduct might be established by a CHIS. They must have been aware that this was a possibility when they passed the legislation. (However, to take arguments from extreme fiction, is alarming, James Bond committed a range of extreme unlawful acts, such as extra judicial killing, that Parliament would also have been aware of but did not need to legislate for!)" (WISTRICH, 2013). Também reproduzindo e no sentido do texto: JONES (2013, p. 17).

manteve relações sexuais com Kate Wilson (LOADENTHAL, 2015a).[22] Conforme noticiado, Mark fingiu ser um ativista ambiental, mantendo um relacionamento de dois anos. Kate foi apenas uma das mulheres com quem Mark se relacionou durante os sete anos em que mantinha outra identidade. Na "vida real", porém, ele era casado e tinha filhos (LAVILLE; EVANS, 2011; O AGENTE..., 2018).

Outro caso a ser destacado, em que outra mulher vítima de espionagem, Jacqui, teve um filho com o policial disfarçado Bob Lambert, um homem casado com dois filhos pequenos. Desde que descobriu quem realmente era o pai de seu filho, Jacqui diz que se sentiu "estuprada pelo Estado". "É totalmente traumático para alguém descobrir que a pessoa por quem se apaixonou e com quem começou uma família realmente não existe. A traição a que essas mulheres foram submetidas foi imensa" (BROOKES, 2022, tradução nossa).

Uma das vítimas declara que não se trata apenas de um namorado que mente, que trai ou que está se relacionando com outra pessoa: "Trata-se de uma personagem fictício que foi criado pelo Estado e financiada com o dinheiro dos contribuintes" (MCCARTNEY; WORTLEY, 2014).[23] Uma das vítimas declara que o sentimento é muito mais dolorido do que descobrir que o outro (parceiro) está mentindo, mas que o (seu) relacionamento está sendo controlado pelo Estado. Como explicou: "Como me sinto é não ter descoberto que seu parceiro estava mentindo sobre quem ele é; é descobrir que seu relacionamento mais pessoal estava sendo controlado pelo estado sem o seu conhecimento" (MCCARTNEY; WORTLEY, 2014, p. 1-3, tradução nossa).[24]

Kate Wilson levou o caso para julgamento (REINO UNIDO, 2021). Conforme relatado, Mark Kennedy demitiu-se do Serviço de Polícia Metropolitana (Metropolitan Police Service — MPS) em março de 2010, e,

[22] Para um relato completo das principais infiltrações ler Loadenthal (2015a).

[23] Sob o sugestivo título "Raped by the State", no original: *"This is not about just a lying boyfriend or a boyfriend who has cheated on you. It is not even about a boyfriend who is having another relationship with somebody else. It is about a fictional character who was created by the state and funded by taxpayers' money".*

[24] Ver: Lewis, Evans e Pollak (2013).

segundo consta, passou a exercer o papel de agente secreto na vida privada. Em outubro de 2010, Mark Kennedy foi exposto como agente infiltrado (Undercover officer — UCO) por Lisa, outra mulher com a qual havia se relacionado, originando um grande debate no Reino Unido.

Kate Wilson, autora, em seu depoimento pessoal, expõe o impacto que isso teve sobre ela, causando-lhe medo, paranoia, confusão, pesar e um sentimento de traição. Afirmou que continua a sofrer desses efeitos, evidência que não foi contestada no Tribunal (REINO UNIDO, 2021).

Infiltrações como as relatadas remetem a questionamentos significativos dos pontos de vista ético e legal. Como descrito e criticado por muitos analistas, houve um desvio, inicial, para a coleta de informações, aparentemente com o objetivo de monitorar e interromper o direito democrático dos grupos políticos de protestar ou mesmo monitorar agentes políticos, mas sem dúvida, mesmo sem esse desvio, remanesceria o fato dos espiões enganarem ativistas para relações sexuais, comparecerem ao tribunal com nomes falsos, espionarem crianças e adotarem a identidade de bebês mortos[25] sem o consentimento de suas famílias.[26]

Há a notícia de que mais de 42 identidades de pessoas mortas foram usadas[27] causando dor e sofrimento para as suas famílias (EVANS, 2016). Aqui

[25] Segundo Harper, Ellis e Tucker (2021, nota 05) a tática foi popularizada pelo livro O dia do Chacal de Frederick Forsyth, em que um personagem, Charles Calthrop, viaja sob o nome de uma criança que morreu. O livro foi transformado em um filme com o mesmo nome "O Dia do Chacal" (1973) dirigido por Fred Zinnemann e estrelado por Edward Fox e Michael Lonsdale.

[26] "Large-scale undercover policing of political activism in the UK has seen more than a thousand political groups spied on since 1968. Unlike 'typical' undercover policing operations, seeking to gather evidence towards criminal prosecutions, the focus of these infiltrations has been intelligence gathering, seemingly with the purpose of monitoring and disrupting the democratic right of political groups to protest. We know that undercover officers (or 'spycops') have spent years at a time infiltrating political campaigns. Whilst undercover, spycops have engaged in a range of harmful practices, including deceiving activists into sexual relationships, law breaking, appearing in court under false names, spying on children, and adopting the identities of dead infants without consent of their families. An ongoing official inquiry has been tasked with investigating the spycops scandal in depth. More than a decade on from the first spycops exposures, many of the impacts of these deployments remain uncertain" (STEPHENS-GRIFFIN, 2022, p. xx).

[27] Conforme dito pelo responsável, a prática é muito mais ampla do que a utilização no SDS e NPOIU: "It is a fact that undercover officers working in the field of serious and organised crime also need to establish secure covert identities, create legends, obtain documentation and if necessary withstand invasive scrutiny by their targets. It would be a mistake to assume that the identities of dead children were used solely by the SDS and the NPOIU and the possibility is that the tactic was more widely used" (SAUL, 2013).

não pode ser deixado de se anotar que isto é uma intromissão enorme na vida privada das pessoas que tiveram as identidades de seus filhos utilizadas.[28]

Utilizar o nome de crianças (ou adultos) falecidas infringe a dignidade humana, pois a apropriação do nome representa uma objetificação de um ser humano, pois o nome é a sua representação e a sua memória que perdura mesmo depois de morta (BODIN DE MORAES, 2011). A esfera íntima da dor e do luto, que é única e própria de cada ser humana é violada, com utilização do nome, tornando instrumento o que deve ser objeto de respeito — aliás, uma das poucas coisas que podem restar de um ser humano após a sua morte, é o seu nome. Isto viola a vida privada dos familiares, colocando-se a dignidade ao lado desse direito fundamental — de forma a incrementá-lo —, que deve ser preservado.

E, no teste de proporcionalidade, certamente, há para o Estado outras formas de agir e criar personagens, sem precisar instrumentalizar o nome de uma pessoa falecida, causando dor e sofrimento, violando a memória e trazendo, pela potencialidade da publicização inerente à exposição do nome, designativo social, imensa dor. A utilização do nome de pessoa falecida assume maior gravidade, pois envolve alguém que não tem relação alguma com o caso (pessoa inocente ou não responsável), infringindo a memória dos pequenos falecidos atingindo os pais e familiares, inclusive porque abrange o sobrenome ou nome de família.

No caso do Reino Unido, acima exposto, o principal aspecto é a transformação do outro em objeto, especialmente, como ocorreu no caso da mulher, ou seja, a instrumentalização pela "coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou degradação da pessoa" (NOVAIS, 2018, p. 52). A tortura e a escravidão são condutas violadoras da dignidade e transformadoras das pessoas em coisas, tornando-as em objeto de desprezo, tratamento cruel,

[28] "'The appropriation of her dead child's identity has caused her hurt and offence but so too has the fact that it has taken almost four years for the police to admit to her that her son's identity was used. The complaint she lodged with the Metropolitan police in 2013 remains outstanding'. Shaw has previously said it was 'wrong that someone took Rod's identity without us knowing', adding that he was 'still my baby. I'll never forget him'" (EVANS, 2016).

degradação e humilhação. E claro que, por essa razão, tortura, escravidão, tráfico de pessoas ou crimes contra a vida (de modo geral ligada à dignidade) devem ser repelidas em uma infiltração.

O relato do Reino Unido também deve ser considerado como ensejador de desvalorização, humilhação e coisificação, pois ocorreu a violação da dignidade sexual das mulheres. É claro que também pode atingir homens e, às vezes, como fonte de chantagem, atingir parceiros do mesmo sexo, aliás uma forma típica de chantagem como nas chamadas armadilhas sexuais, em que se usam informações sexuais como forma de chantagem como o de parceiros do mesmo sexo (KOMPROMAT..., 2017).[29] A sexualidade num Estado Democrático orienta-se na necessidade de dar a todos o igual respeito com liberdade e dignidade, rompendo com qualquer tratamento subalterno (RIOS, 2006), tratamento subalterno que foi reforçado com um tratamento sexista dado às mulheres, principais vítimas nesse caso relatado.

No próprio julgamento foi apontada a discriminação, pois o impacto sobre as mulheres é maior do que para os homens devido ao risco de gravidez e, em última análise, ao impacto de ter um filho como resultado de tal relacionamento, e o impacto potencial na oportunidade de uma mulher criar uma família (REINO UNIDO, 2021).[30] No caso de "Lisa", ela passou seis de seus anos férteis em um relacionamento com Mark Kennedy, período

[29] Ver o caso do diplomata britânico John Vassall, chantageado pelos russos em Cardoso (2019).

[30] "That evidence shows that there were significantly more male than female UCOs, and that a significant number of those male UCOs engaged in sex with women. The impact on women was very much greater than the impact on men, and that was a direct consequence of the Respondents' failures in respect of training and supervision. This has nothing to do with how men or women choose to conduct sexual relationships, but rather was a function of the fact that there were far more male UCOs than female ones, and a significant number of the male UCOs chose to engage in sexual relationships with women. Even if the Respondents had thought exactly the same risk would have arisen with female UCOs, the reality was that the risk arose in respect of women not men. The risk of such impact was known to the Respondents, as can be seen from the Tradecraft Manual, but there was a notable failure to take any appropriate steps to prevent such intrusion into the lives of women. 308. Further, apart from the evidence of the much greater likelihood of impact on women from the statistical evidence, the impact on women was likely to be greater than that on men given that women were at risk of becoming pregnant, which would have undoubtedly further exacerbated the impact from the conduct of the UCOs. However, despite this obvious risk, the Respondents still failed to provide adequate training and supervision of male UCOs. We therefore find there was a differential impact which falls within Art 14" (REINO UNIDO, 2021, p. 115).

em que não teve filhos. E se produziu mais um impacto: a descoberta da verdadeira identidade de Mark Kennedy minou sua confiança em um outro relacionamento sério (REINO UNIDO, 2021).[31]

A Corte do Reino Unido aplicou o parâmetro da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que a Autora apresentou provas, *prima facie* de uma diferença de tratamento, o ônus da justificativa passou para o Réu. A Corte do julgamento entendeu que no caso não havia uma discriminação direta, pois não havia provas da intenção de que aquela discriminação se produzisse, mas o resultado foi o de produzir essa discriminação.[32]

Há aspectos dessa infiltração que revelam problemas legais de espionagem política, em que o fato de que o grupo possa presumir que os participantes de um movimento social/associativo possam ser agentes infiltrados, então isso quebra os laços de confiança do grupo, mas surge especialmente a questão do consentimento na relação sexual, pois a questão é saber até que ponto um consentimento em informações errôneas é válido (LOADENTHAL, 2015b, p. 63). A questão é saber como um engano pode se traduzir em um consentimento válido e se há diferença de um engano praticado por um indivíduo mal-intencionado e outro que recebe cobertura do Estado. Se é certo que o Estado deva se utilizar de engodo, ele não pode

[31] "302. Further, the Claimant says that the impact on women is greater than that on men because of the risk of pregnancy and ultimately the impact of having a child as a result of such a relationship, and the potential impact on a woman's opportunity to raise a family. In the case of "Lisa", she spent six of her child-bearing years in a relationship with MK during which time she did not have a child. The Claimant says that the discovery of MK's true identity undermined her trust and confidence in having another committed relationship" (REINO UNIDO, 2021, p. 113).

[32] No Brasil, houve um esforço doutrinária para construir um conceito de antidiscriminação referenciado na Constituição e nos vários tratados de que a República brasileira é parte. Nesse sentido, foi adotada, pelo pioneirismo entre nós e pela abrangência, a formulação de Raupp Rios (2008, p. 20) para quem discriminação é: "[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública". Desse conceito podem ser extraídas as duas formas de discriminação: a) a **discriminação direta** (intencional); b) **a discriminação indireta** (não intencional — *disparate impact*). A discriminação direta (a) ocorre consoante "práticas intencionais e conscientes" (RIOS, 2008, p. 20), quando há o propósito de discriminar. A discriminação direta pode ser dividida em: "discriminação (aa) ***explícita*** (***facial discrimination***), (ab) discriminação ***na aplicação*** do direito (***discriminatory application***) e (ac) discriminação ***na concepção*** do direito ou da medida (***discrimination by design***)" (RIOS, 2008, p. 92).

ser utilizado para penetrar em tal intensidade na esfera da intimidade e da privacidade das pessoas. Que as pessoas possam ser vítimas de estelionato sentimental,[33] aliás, tema de discussão atual, é um fato. Mas que o Estado patrocine esse engodo com o objetivo de buscar informações, não é admissível. Diferentemente do estelionato sentimental em que se busca valores, dinheiro, aqui haveria a busca de informações, com total violação dos valores sentimentais e de consentimento.

Mas o mais importante no caso foi de que a corte entendeu que houve a violação do artigo 3° da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes".

Segundo a Corte Europeia de Direitos humanos o artigo 3º da Convenção consagra um dos valores fundamentais das sociedades democráticas e por isto sua ligação direta com a dignidade humana (FRANÇA, 2015). Trata-se de um artigo que não pode ser derrogado, mesmo em casos de emergência em que se encontrem ameaçadas "a vida da nação, e mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como a luta contra o terrorismo e o crime organizado ou um afluxo de migrantes e requerentes de asilo, independentemente do comportamento do titular dos dados" (FRANÇA, 2022, p. 7).

O art. 3º. está no núcleo da dignidade da pessoa humana, não se admitindo a tortura ou o tratamento cruel e degradante mesmo para salvamento.[34] E os

[33] Ver a série documental *O Golpista do Tinder* (O GOLPISTA..., 2022) que trata do tema. Ver também Berlini (2022).

[34] Conforme Dias (2012): "Em setembro de 2002, G sequestrou uma criança de onze anos com o fito de pedir um resgate à família dela. Três dias depois do rapto, quando investia uma parte do dinheiro do resgate que, entretanto, recebera (sem que tivesse devolvido a criança à família), G foi detido pela polícia como suspeito do rapto. As investigações da polícia centraram-se na localização do lugar onde a criança estaria encerrada, partindo do princípio de que ainda estaria viva. Durante o interrogatório de G a polícia fez buscas ao seu domicílio, onde encontrou uma parte do dinheiro do resgate e um papel contendo pormenores da preparação do crime. Os indícios apontavam para considerar G autor do rapto, embora nada se soubesse sobre se existiam coautores que co-determinavam também o destino da criança. Mas como o suspeito se recusasse a colaborar na localização do esconderijo onde guardava a vítima, fornecendo pistas falsas, o Vice-Presidente da Polícia de Frankfurt ao tempo dos factos, Daschner, ordenou a um subordinado, E, que ameaçasse G com a sujeição a um tormento (provocação de dores, não de lesões físicas) e cumprisse a ameaça, caso o suspeito persistisse em não revelar a localização da criança. A diligência devia ser realizada na presença e sob a vigilância de um médico. Como escreveu no seu relatório, Daschner fê-lo perante a

Réus admitiram de que houve um tratamento degradante para as espionadas, pois foram transformadas em coisas, na medida em que se relacionavam de forma íntima com os policiais infiltrados. E a quebra foi ainda mais grave quando os Oficiais que supervisionavam a infiltração não pediram ou não se importaram em saber se o relacionamento era de caráter sexual, mais do que um erro de supervisão, algo para o qual fecharam os olhos, pois a resposta não importava.

Segundo o TEDH (FRANÇA, 2022), a humilhação deve ser avaliada a nível particular. É uma apreciação que depende das circunstâncias do caso, de sua natureza, do contexto e das modalidades de execução. Assim, esse aspecto da humilhação deve ser considerado do ponto de vista de todas as circunstâncias para que se possa verificar a humilhação perpetrada, o que também gera estigma social.

No âmbito aqui discutido a dignidade se coloca ao lado dos Direitos Fundamentais, pois a relação sexual com a Requerente constituiu também uma grave violação do seu direito ao respeito pela sua vida privada e familiar (artigo 8.º da CEDH). Para a corte não era necessária nem proporcional. O agente interferiu de forma substancial e grave, pois adentrou na esfera mais íntima: o lar, a casa, o convívio dos familiares e amigos "foi um abuso de confiança da mais alta ordem" (REINO UNIDO, 2021, p. 10, tradução nossa).

Aqui há violação da dignidade humana pois os fatos retratam uma impossibilidade de que as pessoas possam assumir a sua vida com autonomia, desenvolvendo a sua personalidade, inclusive a de constituir família. A autonomia reflete-se na possibilidade de planejar o futuro nas suas várias dimensões, com danos existenciais profundos, especialmente quando há geração de filhos. Embora o ser humano seja alvo dos mais diversos condicionantes, ele tem a possibilidade de fazer, com maior ou menor grau, escolhas individuais e coletivas, o que o distingue dos objetos e dos demais animais. Por essa razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem protegido também o projeto de vida das pessoas como um espaço de escolha,

urgência da situação e 'não para o esclarecimento do crime, mas exclusivamente para salvar a vida da criança raptada'. Logo após E ter proferido a ameaça referida, G confessou imediatamente onde tinha encerrado a vítima e onde tinha enterrado o cadáver. Sob a ameaça, G declarara-se responsável não só pelo rapto mas também pelo homicídio da criança".

autonomia e dignidade (SCHÄFER; MACHADO, 2013; SESSAREGO, 1992). O Estado, quando interfere na esfera individual, deve fazê-lo com base em valores de toda a comunidade, no âmbito de uma sociedade democrática, e deve atuar positivamente para que as pessoas tenham condições de desenvolver as suas potencialidades, autonomia e o seu bem viver.

Não se pense que essa forma de atuação não aconteça no Brasil. Aqui é famoso o caso Botelho, em que o capitão do exército, Willian Pina Botelho, utilizou o Tinder para se aproximar de integrantes de movimentos sociais e militantes de esquerda, com as informações colhidas de que a Polícia Militar prendeu 21 jovens que iriam participar de uma manifestação contra Michel Temer, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Esse oficial atuava em São Paulo e nas redes sociais usava a identidade Baltazar Nunes. "No dia da operação, o grupo percebeu que se tratava de uma ação planejada com antecedência e que deveria haver algum infiltrado. Como Baltazar foi o único liberado no dia, ficou claro que era ele" (EVANGELO, 2016, p. 1). A utilização do Tinder foi uma tática de buscar justamente informações sobre a esfera da intimidade, por ser um espaço do compartilhamento de informações pessoais que parecem não ser suscetível de vigilância política, pois livre desse escopo, eis que destinado a fins amorosos e sexuais (EVANGELO, 2016).

A questão dessa infiltração não mereceu a devida apuração no sistema brasileiro. A ação penal foi trancada com base na própria investigação das forças armadas e não por uma investigação independente a ser conduzida pelo Ministério Público. Não se conhece ação civil das vítimas, que foram absolvidas, pela inexistência de crime, seja porque vítima de espionagem, à guisa de inteligência, quando se tratava efetivamente de infiltração para dar supedâneo à condenação penal (SALVADORI, 2019).

Ainda, outro aspecto que merece reflexão é que a infiltração pode gerar conflitos para o próprio agente infiltrado, especialmente para os seus deveres de fidelidade e de constituir família. Não se quer aqui fazer uma leitura moralista do dispositivo, mas o agente infiltrado encontra-se em um trabalho estatal e essas consequências devem ser antevistas, sopesadas e supervisionadas.

Por essa razão, o Direito brasileiro permite, desde logo, dentro dos vários direitos de o agente infiltrado recusar ou fazer cessar a infiltração (art. 14 da Lei n. 12.850/13). Trata-se de importante instrumento para os casos de conflitos que levam a conflitos pessoais e familiares, como no caso. O bem-estar psicológico do agente também deve ser buscado. Ou seja, o agente infiltrado não está obrigado a realizar a infiltração e pode sair dela a qualquer momento.

A despeito do consentimento do agente infiltrado, e tomando, nesse momento, apenas esse ângulo para análise, o seu bem-estar, o Estado não pode permitir a infiltração que pode gerar consequências sobre a vida pessoal e familiar do agente, pois em um dos casos relatados houve como resultado a geração de filho, certamente com impactos sobre a criança assim nascida, sobre a mulher, mas também sobre o pai. No célebre caso do Anão, citado anteriormente, também houve consentimento e este não foi considerado nas diversas análises do caso, inclusive no Comitê de Direitos Humanos. Ainda, havendo como resultado a filiação, pergunta-se se essa criança, nascida nesse contexto, poderia demandar "alimentos" contra o Estado ou mesmo de uma compensação pelos gastos do nascimento. Vemos que uma resposta afirmativa encontra supedâneo em uma responsabilidade objetiva do Estado, ao menos de forma subsidiária, caso o pai não tenha condições de fazê-lo.

Há que se proibir a continuação da infiltração sempre que ela passar do ponto permitido. Para isso, há necessidade de supervisão, de regras e procedimentos claros. A infração da dignidade humana, agora do próprio agente infiltrado, pode se dar, mesmo com o seu consentimento, que é claro que é uma infração muito menor do que o fato de enganar outras pessoas, como foi no caso do Reino Unido.

5 CONCLUSÃO

A infiltração é uma TEI que deve ser usada de forma excepcional, subsidiária, proporcional, com um preparo adequado e profissional, uma supervisão efetiva e meticulosa.

Há um regramento especial que permite que o agente infiltrado possa exercer a infiltração com respaldo, e cometer até mesmo atos tipificados como crimes, desde que inexigível conduta diversa. No entanto, a inexigibilidade de conduta, deve colocar a salvo, desde já, aqueles atos abrigados pelo postulado ético da dignidade da pessoa humana fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF).

Estão vedados, por essa razão, perpetrar ilícitos graves como crimes contra a vida, a dignidade sexual, integridade corporal e realizar atos tipificados como tortura. No entanto, conceber a dignidade da pessoa humana meramente como obstáculo para esses casos graves é reduzir demasiadamente o seu âmbito de incidência e restringir a sua força como postulado normativo. A dignidade deve ser um obstáculo para todos os casos em que se objetifique as pessoas, como é o caso de relacionamentos amorosos com investigados e investigadas e, quiçá, terceiros que se relacionam com investigados e investigadas e, também, na infiltração virtual, como utilizar crianças para remeter material pornográfico para pedófilos.

Os casos do Reino Unido remetem a importantes reflexões sobre o emprego do agente infiltrado. Primeiro, para aceitar uma infiltração em um Estado Democrático, deve haver um escrutínio rigoroso da proporcionalidade, inclusive da necessidade de se infiltrar em movimentos ambientais, de proteção animal; segundo, devem ser fixados limites éticos rigorosos e claros, não podendo se admitir a utilização de pessoas de forma instrumental e de sua transformação em objeto. O Estado não pode admitir essas atitudes por parte dos seus agentes, por mais que mire na finalidade de responsabilizar criminalmente perpetradores de fatos delituosos.

O engodo, próprio da infiltração, viciou o consentimento das relações amorosas e sexuais. Os parceiros, no caso, as mulheres, foram objetificadas, os atos foram sexistas, pois as mulheres corriam o risco de gravidez (o que acabou ocorrendo em caso de nascimento de filhos) e pode prejudicar o seu projeto de vida, com alienação do tempo de idade fértil (o que prejudica as mulheres). Se o engodo é da essência da infiltração, ela não pode alcançar as relações amorosas e sexuais, que exigem um consentimento e envolvimento

amoroso e não podem ser objeto de uma encenação perpetrada pelo Estado por violarem a dignidade humana.

Há também impacto sobre a vida familiar do próprio agente infiltrado, apesar do seu consentimento, que pode repercutir nas suas esferas públicas e privadas, especialmente sobre a sua vida familiar, que também devem ser evitadas, mesmo que o infiltrado consinta ou deseje aquele relacionamento.

Violada a dignidade, as provas não devem ser aproveitadas e, em consequência deve o agente responder administrativamente, inclusive na seara do direito administrativo sancionador por eventual improbidade administrativa.

Há um ponto fundamental que deve ser agregado e cuja pesquisa deve apontar: o Estado deve responder civilmente quando ferir a dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019). A responsabilidade civil desempenha um papel fundamental na proteção de bens fundamentais, especialmente na "proteção do ser", diante da "proteção do ter" (FACCHINI NETO; FERRARI, 2014, p. 80) com o escopo de proteger os bens integrantes do direito de personalidade especialmente quando essas lesões comprometem o equilíbrio/essência pessoal, a dignidade (SOARES, 2009).

Quando se atinge a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil é um instrumento adequado para tutelar as pretensões reparatórias e compensatórias, com um grande efeito dissuasório.

Eventualmente, e, por fim, é claro que ainda há a possibilidade de adoção de uma tutela penal, dependendo de quais crimes tenham sido cometidos, além de sanções administrativas ou utilização de práticas restaurativas (de acordo com os pressupostos de sua utilização).

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir Barros. Infiltração policial como técnica de investigação. **Revista Bonijuris**, Curitiba , n. 583, p. 37-45, 2001.

BENDA, Ernesto. Dignidade humana e derechos de la personalidade. *In:* BENDA, Ernesto et al. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 117-144.

BERLINI, Luciana Fernandes. Responsabilidade civil por estelionato sentimental. **Migalhas**, 4 ago. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/370997/responsabilidade-civil-por-estelionato-sentimental. Acesso em: 24 ago. 2023.

BIAGGINI, Giovanni. Der Richter zwischen› Polis‹ und› Kosmo (poli) s‹–Zugleich ein Gedankenspiel zu Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik. *In:* BIAGGINI, Giovanni et al. Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer. Zurique: **Dike**, 2015.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BORBA, Gustavo Fernandes Mota. **A infiltração policial como instrumento legal no combate ao crime organizado:** aspectos éticos e legais acerca da atuação do agente infiltrado. Uberlândia: LAECC, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 147.837/RJ**. Habeas corpus. Infiltração de agente policial e distinção com agente de inteligência. Provas colhidas por agente inicialmente designado para tarefas de inteligência e prevenção genérica. Contudo, no curso da referida atribuição, houve atuação

de investigação concreta e infiltração de agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados. Caraterização de agente infiltrado, que pressupõe prévia autorização judicial, conforme o art. 10 da Lei 12.850/13. Prejuízo demostrado pela utilização das declarações do agente infiltrado na sentença condenatória. Viabilidade da cognição em sede de habeas corpus. Ordem parcialmente concedida para declarar a ilicitude dos atos da infiltração e dos depoimentos prestados. Nulidade da sentença condenatória e desentranhamento de eventuais provas contaminadas por derivação. Paciente: Eloisa Samy Santiago. Impetrante: OABRJ. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de fevereiro de 2019.

BROOKES Alice. Raped by the State. **Res Publica**, 14 fev. 2022. Disponível em: https://respublicapolitics.com/articles/raped-by-the-state. Acesso em: 24 ago. 2023.

CARDOSO, Carlos. Guerra aos espiões gays: governo dos EUA aponta Grindr como risco à Segurança Nacional. Meio Bit, 28 mar. 2019. Disponível em: https://meiobit.com/399706/guerra-aos-espioes-gays-governo-dos-eua-aponta-grindr-como-risco-a-seguranca-nacional/. Acesso em: 30 jan. 2023.

CASSIA, Paul. **Dignité(s)**: une notion juridique insaisissable? Paris: Dalloz, 2016.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de mérito, reparações e custas de 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 set. 2019.

CURRAN, Lian Scott. An exploration of well-being in former covert and undercover police officers. Journal of Police and Criminal Psychology, v. 36, p. 256-267, 2021. DOI: https://doi.org/10.1007/s11896-020-09406-x. Acesso em: 14 jan. 2023.

DIAS, Augusto Silva. Torturando inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, p. 235-276, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EVANGELO, Naiara Silva. Militância em aplicativos de relacionamentos: o caso botelho e uma reflexão sobre vigilância no Tinder. *In:* SIMPÓSIO NACIONAL ABCIBER, 19., 2016, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: PUCSP, 2016.

EVANS, Rob. Met to apologise to woman after admitting officer stole dead son's identity. The Guardian, 15 dez. 2016. Disponível em: https://www.theguardian.com/uk-news/2016/dec/15/met-police-barbara-shaw-rod-richardson-anti-capitalist. Acesso em: 14 fev. 2023.

FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. A Tutela Aquiliana de Direitos Fundamentais no Direito Comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. *In:* CASTRO, Matheus; PEZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína (Orgs.). **Série Direitos Fundamentais Civis: a ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. Tomo II. Chapecó/SC: UNOESC, 2014. 80 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Novo tratado de responsabilidade civil. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

FLEINER, Fritz. **Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht**s. Tübingen: Mohr, 1912.

FRANÇA. Conselho de Estado. Statuant au contentieux n. 136727. Relatora: Srta. Laigneau, 27 de outubro de 1995. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/. Acesso em: 24 ago. 2023.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Teixeira de Castro vs. Portugal, n. 44/1997/828/1034. 9 de junho de 1998. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62751. Acesso em: 24 ago. 2023.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. **Vanyan vs. Rússia,**. 15 de dezembro de 2005. Disponível em: https://www.hr-dp.org/files/2013/09/06/CASE_OF_VANYAN_v._RUSSIA_.pdf. Acesso em: 30 ago 2023.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. **Bouyid vs. Bélgica, n. 23380/09**. 28 de setembro de 2015. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-157670. Acesso em: 30 jan. 2023.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. G**uide sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme**. Estrasburgo: TEDH, 2022. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_FRA.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

GONÇALVES, Fernando et al. **Lei e crime**: o agente infiltrado versus o agente provocador; os princípios do processo penal. Lisboa: Almedina, 2001.

HARPER, David J.; ELLIS, Darren; TUCKER, Ian. Covert Aspects of Surveillance and the Ethical Issues They Raise. *In:* IPHOFEN, Ron; O'MATHÚNA, Dónal. Ethical Issues in Covert, Security and Surveillance Research. Bingley: Emerald, 2021.

JONES, Chris. Secrets and lies: undercover police operations raise more questions than answers. Statewatch Journal, [S. l.], v. 23, n. 2. Disponível

em: https://www.statewatch.org/statewatch-database/secrets-and-lies-undercover-police-operations-raise-more-questions-than-answers-by-chris-jones/. Acesso em: 5 out. 2023.

JOSÉ, Jamile Maria. A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

KNIJNIK, Danilo. O "agente infiltrado", "encoberto" e "provocador": recepção, no direito brasileiro, das defesas do entrapment e da "conduta estatal ultrajante", como meio de "interpretação conforme" da Lei 9.034/1995. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 826, p. 413-427, 2004.

'KOMPROMAT': a versão russa da chantagem com informações comprometedoras. Estado de Minas, 11 jan. 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/01/11/interna_internacional,838720/kompromat-a-versao-russa-da-chantagem-com-informacoes-comprometedor.shtml. Acesso em: 24 ago. 2023.

LAVILLE, Sandra; EVANS, Rob. Mark Kennedy report to rule out monitoring of undercover police. The Guardian, 14 out. 2011. Disponível em: https://www.theguardian.com/uk/2011/oct/14/mark-kennedy-undercover-police-report. Acesso em: 2 jan. 2023

LEWIS, Paul; EVANS, Rob; POLLAK, Sorcha. Trauma of spy's gilfriend: 'like being raped by the state'. The Guardian, 24 jun. 2013. Disponível em: https://

www.theguardian.com/uk/2013/jun/24/undercover-police-spy-girlfriend-child. Acesso em: 24 ago. 2023.

LOADENTHAL, Michael. 6 ways cops have used sex to infiltrate and disrupt protest groups. Green is the new red, 20 jan. 2015a. Disponível em: http://www.greenisthenewred.com/blog/6-ways-cops-used-sex-infiltrate-disrupt-protest-groups/8146/. Acesso em: 24 ago. 2023.

LOADENTHAL, Michael. Sexuality, Assault, Police Infiltration and Foucault: notes for further inquiry. *In:* LILLEY, PJ; SHANTZ, Jeff (Orgs.). **New developments in anarchist studies**. Brooklyn: Punctum Books, 2015b. p. 63-87.

LOUREIRO, Nuno Miguel Bonita Pereira. **A responsabilidade penal do agente encoberto**. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.

MACHIAVELLI, Niccolò. ´**Memoriale a Raffaello Girolami quando ai 23 d´Ottobre parti per la Spagna all´imperatore**. *In:* MACHIAVELLI, Niccolò. Opere I. A cura di Corrado Vivanti. Toniro: Einaudi-Gallimard, 1997. p. 729-732.

MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, **Personalidade, dignidade: ensaio de uma qualificação**. Tese (Livre docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MCCARTNEY, Carole; WORTLEY, Natalie. Raped by the State. **The Journal of Criminal Law**, Chicago, v. 78, n. 1, p. 1-3, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana:** dignidade e direitos fundamentais. Vol. I. São Paulo: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana:** dignidade e inconstitucionalidade. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2018.

O AGENTE infiltrado que recebeu aval da polícia para namorar mulher espionada. BBC, 21 set. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45599492. Acesso em: 2 jan. 2023.

O DIA do Chacal (Título original: The day of the Jackal). Direção: Fred Zinnemann. Reino Unido, 1973.

O GOLPISTA do Tinder. Dirigido por Felicity Morris. [*S.l.*]: Netflix, 2022. *Online* (114 min).

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ONU. Conferência das Nações Unidas para o combate ao Crime Transnacional Organizado. Viena, 2013. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2013_CTOC_COP_WG7/CTOC_COP_WG.7_2013_2_E.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011.

REINO UNIDO. **UKIPTrib_11_167_H**. Requerente: Kate Wilson. Requeridos: Comissário da Polícia Metropolitana e Conselho Nacional de Chefes de Polícia. 30 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.statewatch.org/media/2799/uk-spycops-ipt-judgment-30-9-21.pdf, Acesso em: 14 jan. 2023.

REIS, Fellipe Guerra David. O Canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade. **Revista Ética e Filosofia Política**, v. 1, n. 13, p. 139-162, 2011.

RESCHKE, Cristiano de Castro; WENDT, Emerson; MATUSUBAYCI, Mayume, Bezerra. Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes antropológicos**, v. 12, p. 71-100, 2006.

SALVADORI, Fausto. Militar que espionou manifestantes e ativistas se livra de investigação federal. **El País**, 17 maio 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/17/politica/1558119752_973399.html. Acesso em: 27 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre Direito ao mínimo Existencial para uma vida com Dignidade e os Direitos Fundamentais Sociais. *In:* NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de (Orgs.). **A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional.** Coimbra: Almedina, 2018. p. 115-139.

SAUL, Heather. Families of dead children whose identities were used by undercover police have not been informed. **The Independent**, 16 jul. 2013. Disponível em: http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/families-of-dead-childrenwhose-identities-were-used-by-undercover-police-have-not-beeninformed-8710867.html. Acesso em: 24 ago. 2023.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. Reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, 2013.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la Persona Humana. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 87-142, 1992.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

STEPHENS-GRIFFIN, Nathan. **"Nothing has changed..."**: a report from a survey of political activists targeted by undercover police in the UK. Newcastle: Universidade de Northumbria, 2022. Disponível em: https://researchportal.northumbria.ac.uk/ws/files/70346815/Spycops_Survey_Report_FINAL_April_2022.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

WISTRICH, Harriet. Explaining the judgment over secret tribunal. Police spies out of lives, 23 jan. 2013. Disponível em: http://policespiesoutoflives.org.uk/explaining-the-judgment-by-harriet-wistrich. Acesso em: 24 ago. 2023.

WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. *In:* Silva, Angelo Roberto da (Org.). **Crimes Cibernéticos**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de agentes. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes. Acesso em: 24 ago. 2023.

CAPÍTULO 17

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS LEGAIS E A POSSIBILIDADE DE SUA RETROAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT: CONCEPT, LEGAL CHARACTERISTICS AND THE POSSIBILITY OF ITS RETROITION TO ONGOING CASES IN THE VIEW OF THE SUPERIOR COURTS

Philippe Guimarães Padilha Vilar[1]

RESUMO

Neste trabalho, apresentado à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), como um dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Anticorrupção, objetiva-se analisar, sob o aspecto constitucional, legal e doutrinário, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), enquanto instrumento de Justiça Criminal Negocial, e sua retroatividade aos casos em curso no momento da sua instituição, segundo a visão dos Tribunais Superiores pátrios. Inspirado na *plea*

[1] Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Professor da Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Juiz de Direito.

bargaining do direito anglo-americano, o ANPP constitui negócio jurídico pré-processual que mitiga os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal e, uma vez cumpridas as condições acordadas, acarreta a extinção da punibilidade do investigado, o que confere às suas normas natureza híbrida (penal e processual) e impõe a sua aplicabilidade aos processos em curso por força do art. 5º, XV da Constituição Federal. Atualmente existem severas divergências interpretativas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da definição do marco temporal para incidência retroativa do instituto, o que impõe uma uniformização da matéria para preservação da segurança das relações jurídicas e reafirmação da natureza jurídica pré-processual do ANPP.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal; lei n. 13.964/2019; retroatividade; processos em curso.

ABSTRACT

In the present work, presented to the National School of Formation and Improvement of Magistrates as one of the requirements for obtaining the title of Specialist in Anti-Corruption Law, the objective is to analyze, under the constitutional, legal and doctrinal aspects, the agreement of non-criminal prosecution (ANPP), as an instrument of Criminal Negotiation Justice, and its retroactivity to ongoing cases at the time of its institution, according to the view of the Superior Courts of the country. Inspired by the plea bargaining of Anglo-American law, the ANPP constitutes a pre-procedural legal transaction that mitigates the principles of mandatory and unavailability of the criminal action and, once the agreed conditions are met, entails the extinction of the investigated person's punishability, which gives to its norms hybrid nature (criminal and procedural) and imposes its applicability to ongoing proceedings pursuant to art. 5, XV of the Federal Constitution. Currently, there are severe interpretive

differences within the scope of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court regarding the definition of the time frame for the retroactive incidence of the institute, which imposes a standardization of the matter to preserve the security of legal relations and reaffirm the ANPP pre-procedural legal nature.

KEYWORDS: Agreement of Non-criminal Prosecution; law No. 13.964/2019; retroactivity; ongoing cases.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Justiça criminal negocial: conceito e características fundamentais. 2.1 Justiça Criminal Negocial no Direito Comparado: A ***Plea Bargaining*** Norte-Americana; 2.2 Justiça Criminal Negocial no Direito Brasileiro. 3 Acordo de não persecução penal: conceito, características legais e natureza jurídica. 4 A retroavidade do ANPP aos processos em curso e a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o Sistema Penal Estatal, nas mais diversas sociedades, sempre foi concebido e estruturado num modelo eminentemente retributivo e encarcerador, impondo-se, basicamente, ao agente causador de um ilícito penal, em razão do mal gerado ao seio social, a necessária punição por meio da aplicação de uma pena privativa de liberdade, independentemente da gravidade de sua conduta.

No Brasil outra não foi a prática, tendo o modelo punitivista de privação de liberdade e da necessidade de ação penal sido a espinha dorsal de todo o seu arcabouço normativo e da sua política criminal ao longo dos anos, o que somente começou a mudar a partir da Constituição Federal de 1988 e de inovações/alterações legislativas surgidas a partir de então, a exemplo da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95) e do recente Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019).

De fato, com a nova Carta da República abre-se a possibilidade de instituição de uma nova política criminal para os delitos de menor gravidade, chamados pelos Constituintes de "infrações penais de menor potencial ofensivo" (BRASIL, 1988, art. 98, I), a cargo dos Juizados Especiais, com autorização expressa para a realização de transações penais entre o infrator e o órgão acusatório, afastando, assim, a obrigatoriedade da ação penal e a necessidade de imposição de pena privativa de liberdade ao transgressor, o que acabou por representar o primeiro embrião da Justiça Criminal Negocial no nosso país e a inspiração para a instituição de novas modalidades de jurisdição negocial, a exemplo do recente Pacote Anticrime e da sua normatização legal do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Com inspiração no Direito norte-americano e seu *plea bargaining*, o ANPP surge no Direito Processual Brasileiro inicialmente no ano de 2017, por iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (vide Res. n. 181/2017), como mais um instrumento de Justiça Criminal Negocial, autorizando, em linhas gerais, em determinados crimes, a abreviação do

processo penal e a facilitação da imposição de uma sanção penal mais branda ao réu em troca da sua conformidade à acusação e do cumprimento de algumas condições previamente acordadas.

Introduzido na legislação processual penal em 2019 por meio do Pacote Anticrime, o ANPP, que antes era de aplicabilidade duvidosa, dada a sua origem normativa meramente administrativa no âmbito do CNMP, passou a ser uma realidade no sistema de justiça criminal em razão da sua aplicabilidade em boa parte dos delitos sem gravidade tipificados no Código Penal e na legislação extravagante, pouco divergindo daquilo inicialmente fixado pela Res. n. 181/2017, o que impõe a realização de um estudo acerca de suas características, inspiração histórica e aplicabilidade concreta, especialmente se há espaço legal ou não para sua incidência no processos criminais que estavam ou estão em curso no momento da sua instituição. Para responder a esse problema, este artigo está estruturado em três tópicos.

No primeiro será abordado o fenômeno da Justiça Criminal Negocial, seu conceito e características fundamentais, seguindo-se ao exame da Justiça Criminal Negocial no Direito Comparado, notadamente do instituto da *plea bargaining* do Direito norte-americano, até chegar-se especificamente à análise da Justiça Criminal Negocial no Direito brasileiro.

No segundo tópico será analisado especificamente o ANPP, inserido na legislação processual penal brasileira pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.064/2019), esmiuçando-se o seu conceito, suas características legais e natureza jurídica.

Por fim, será enfrentado o problema proposto neste trabalho, qual seja, se o ANPP pode ou não incidir nos processos criminais em curso no momento de sua instituição e, em caso positivo, a visão dos Tribunais Superiores pátrios (Superior Tribunal de Justiça — STJ — e Supremo Tribunal Federal — STF) acerca do tema.

O aspecto metodológico da pesquisa utiliza como fontes de pesquisa a doutrina nacional e estrangeira, o Código de Processo Penal (CPP) e a Constituição Federal (CF), bem como decisões lavradas pelo STJ e pelo STF

no enfrentamento do tema ora proposto, além de artigos jurídicos extraídos da rede mundial de computadores.

Trata-se, ainda, de pesquisa classificada como exploratória, já que para examinar cada um dos tópicos do tema em estudo e alcançar o seu objetivo foi realizado levantamento bibliográfico. Por fim, considerando o aspecto técnico utilizado, a pesquisa se classifica como bibliográfica, já que fundamentada em materiais previamente elaborados, a exemplo de livros, artigos científicos, leis e jurisprudência.

2 JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

Nas palavras de Vasconcellos (2018, p. 50) a Justiça Criminal Negocial pode ser definida como

> O modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes — acusação e defesa — a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Segundo Mota *apud* Oliveira (2015, p. 11)

> A morosidade dos processos criminais, o elevado custo econômico e de pessoal, a baixa eficácia dos objetivos da prevenção geral e especial da pena, que em última análise, concretizam prioritariamente a função retributiva, têm conduzido a uma nova orientação de política criminal. Tanto na esfera legislativa quanto judicial, há o movimento de busca por mecanismos mais eficientes e céleres de aplicação da justiça penal mediante a flexibilização de normas do processo penal clássico para a realização dos fins da responsabilidade criminal.

Trata-se de modelo em evidente contraposição ao da tradicional Justiça Conflitiva-Retributiva, já que, diferentemente desta, onde predomina o antagonismo entre acusação e defesa e a rigidez dos direitos e garantias processuais das partes, sem qualquer possibilidade de sua flexibilização ou disponibilidade, tudo com vistas a assegurar a punição pessoal do agente, que assume posição eminentemente defensiva e passiva, independentemente de eventual reparação do dano, ressocialização ou pacificação social, naquela busca-se uma saída pacificadora, com efetiva solução do conflito social, tudo mediante espaços de oportunidade no processo, com concessões recíprocas entre o autor do fato e o Estado, os quais assumem funções protagonistas e colaborativas no processo, e maior grau de flexibilização/disponibilidade dos direitos e das garantias processuais penais, substituindo-se, em suma, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pelo princípio da oportunidade.

Esse fenômeno, nos dizeres de Rosimeire Ventura Leite (2013, p. 23),

> Compreende modelo de processo penal que atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos — órgão acusador, imputado e eventualmente vítima — de modo que a

> convergência de desígnios entre eles tenha papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento.

Além disso, conforme Rogério Sanches Cunha (2019), a Justiça Criminal Consensual pode ser dividida em dois modelos, o pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima, que não é objeto deste estudo, e o modelo de Justiça Negocial, em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes inerentes à satisfação da pretensão punitiva estatal, como a quantidade de pena, a forma de cumprimento e eventual reparação dos danos causados pela infração.

Portanto, são características fundamentais da Justiça Criminal Negocial:

a) participação efetiva de ambas as partes do processo penal (acusação e defesa);
b) manifestação de vontade de ambas as partes;
c) uma maior autonomia do titular da ação penal para, mediante critérios político-criminais e de oportunidade, desde que cumpridos certos requisitos previstos em lei, negociar com o infrator a melhor forma de satisfação da pretensão punitiva estatal;
d) flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal; e
e) maior disponibilidade dos atores da relação jurídico-penal quanto aos direitos e garantias processuais.

São exemplos de Justiça Criminal Negocial atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro a transação penal (art. 98, I da Constituição Federal c/c art. 76, Lei n. 9.099/95); a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95); o acordo de leniência (art. 16 da Lei n. 12.846/13); a colaboração premiada (Lei n. 12.850/13); e o ANPP (art. 28-A do CPP), objeto deste artigo, pois, basicamente,

> se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não

> resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso (VASCONCELOS, 2022, p. 15).

2.1 Justiça Criminal Negocial no Direito Comparado: A *Plea Bargaining* Norte-Americana

Para um melhor entendimento dos mecanismos de Justiça Criminal Negocial brasileiros, notadamente do ANPP, impõe-se necessariamente o exame do tema no Direito Comparado, porquanto a origem normativa de tais institutos sofreu significativa inspiração do Direito anglo-americano[2] e de sua *plea bargaining*.

Em linhas gerais a *plea barganing* consiste em uma negociação entre acusador e acusado, dentro do processo criminal, na qual o primeiro oferece ao segundo uma proposta de acordo que pode reduzir a pena pleiteada (Charge Bargaining), modificar o tipo de crime (Fact Bargaining), reduzir o número de crimes imputados na denúncia (Count Bargaining) ou, ainda, aplicar uma pena alternativa à prisão (Sentence Bargaining) (ENTENDA..., 2023).

Tais possibilidades legais decorrem, essencialmente, da própria realidade evidenciada no sistema judicial anglo-americano, na medida em que, sendo fundado nas bases do sistema da *common law*, onde os precedentes judiciais constituem fonte primária do Direito, os Tribunais têm maior liberdade para criar regras de direito, prevalecendo, portanto, em linhas gerais, o que é decidido sobre o que é legislado.

Tanto é assim que, nas palavras de Couto (2022, p. 115), diferentemente do Brasil, o devido processo legal (*due process of law*) constitui, naquele país, um direito

[2] Expressão usada para designar o sistema jurídico dos Estados Unidos da América, cujas raízes remontam à ***common law*** inglesa, o qual, nas palavras de Toni Fine, tem os seguintes aspectos: "1) as estruturas governamentais são marcadas por notáveis divisões de poder, tanto verticais quanto horizontais; 2) a existência de uma variedade de fontes de Direito, as quais nascem de cada ramificação do governo; e 3) a primazia de uma das suas fontes, qual seja, o chamado ***case law*** ou precedente". (FINE ***apud*** COUTO, 2022, p. 45)

pessoal e disponível que pertence ao réu. Pessoal "porque cabe ao próprio réu o direito de iniciar o processo para ser julgado perante o *trial by jury*, e disponível porque o réu pode abdicar de ser julgado pela corte para, então, negociar a sua culpa através da *plea bargaining*" (FERREIRA *apud* COUTO, 2022, p. 45).

Do mesmo modo, enquanto no Brasil

> A busca da chamada verdade real impõe uma atuação do juiz e dos demais envolvidos no sentido de descobrir, às vezes a qualquer preço, o que realmente ocorreu no mundo fático [...] na realidade estadunidense, conforme lembra Marco Aurélio Gonçalves Ferreira, permite-se a composição entre as partes através de uma verdadeira negociação da verdade. O que parece estranho à realidade brasileira é natural na realidade norte-americana, na qual importa a verdade negociada e estabelecida entre os envolvidos, e não os fatos efetivamente ocorridos". (FERREIRA *apud* COUTO, 2022, p. 130)

Embora inicialmente não tenha contado com o incentivo dos juízes,[3] a *plea bargaining* tem hoje uma expressiva incidência nos casos criminais praticados nos Estados Unidos, representando, atualmente, segundo dados estatísticos oficiais, a medida aplicada em mais de 94% dos processos submetidos a sua Justiça Criminal (FISHER, 2003, p. 223), o que inegavelmente repercute em toda a administração da Justiça norte-americana, uma vez que a sua estrutura judiciária acaba sendo direcionada para a solução de

[3] Conforme Marco Couto (2022, p. 132): "existiam alguns significativos motivos que levavam os juízes a desenvolver certa aversão à ***plea bargaining***, quais sejam, (i) eles não tinham o mesmo volume de trabalho dos acusadores, (ii) eles desempenhavam a sua atividade em período integral, (iii) eles tinham salários mais elevados do que os salários dos acusadores e (iv) eles não tinham o mérito da sua atuação relacionado a qualquer estatística que revelasse grande número de condenações".

menos de 10% dos processos criminais judiciais. Tanto é assim que a Suprema Corte dos Estados Unidos comumente ressalta a importância do instituto para o sistema de justiça e a necessidade do encorajamento do seu uso nas instâncias inferiores (COUTO, 2022).

De acordo com Couto (2022), tal encorajamento e posterior simpatia do Poder Judiciário e dos demais atores envolvidos, ressalte-se, decorre de uma série de fatores, quer do elevado número de casos criminais levados ao sistema de justiça diariamente, que poderia fatalmente inviabilizar a prestação jurisdicional célere e efetiva caso todos os casos fossem submetidos a formal julgamento, quer dos custos relacionados ao processo, quer de outros aspectos práticos, como a diminuição de erros judiciais nas sentenças e a própria divisão da responsabilidade do julgamento, que deixou de ser unicamente do Juiz e passou a ser partilhada também com a acusação e a defesa.

Assim, como regra geral do sistema, incentiva-se e busca-se primordialmente a celebração de um acordo entre acusação e defesa, independentemente da natureza da infração penal, o que não ocorre, p. ex., no Brasil, e, somente na hipótese desse acordo não se mostrar viável, será instaurada a acusação formal, com apresentação do caso ao *grand jury*, uma espécie de juízo preliminar de admissibilidade da acusação, composto normalmente por 23 (vinte e três) jurados, os quais têm o poder de admitir ou não a acusação, passando, assim, o caso a final e efetivo julgamento pelo *trial by jury*.

Ordinariamente, a *plea bargaining* é celebrada no momento pré-processual, i.e., antes da apresentação de uma acusação formal pelo órgão julgador, porém, nada impede que, a qualquer momento, seja tentado e formalizado o acordo, desde que entendidos presentes os requisitos para tanto. Em todas as hipóteses, porém, o acordo necessariamente deve ser submetido a homologação pela autoridade judiciária competente, a qual deve averiguar pessoalmente se o réu celebrou a avença voluntariamente e entendeu as consequências advindas dessa celebração, conforme decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *McCarthy v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 1969).

Aqui, merece registro o fato de que, no sistema anglo-americano, embora o órgão acusador tenha um grande espaço de atuação para o oferecimento e celebração da *plea bargaining*, dispondo de ampla liberdade para dispor total ou parcialmente da pretensão punitiva estatal, a sua ação também não se encontra isenta de certos limites e controles, sempre a cargo do Poder Judiciário, sendo-lhe vedado, p. ex., coagir o réu a não interpor recursos com a ameaça de que, nesse caso, buscará piorar a sua situação (ESTADOS UNIDOS, 1978).

Também a defesa tem a sua atuação controlada pelo Poder Judiciário no sistema da *plea bargaining* norte-americano, não podendo, assim, atuar nos interesses do réu de forma ineficiente, quer abaixo do padrão objetivo de razoabilidade, quer com ausência de profissionalismo, permitindo que um resultado diferente do pretendido pelo acusado seja alcançado, sob pena de invalidade do acordo (ESTADOS UNIDOS, 1984).

Nesses termos, vê-se que no sistema anglo-americano, diferentemente do Brasil, a ação penal e o processo-crime são a *ultima ratio*, adotadas se e somente se inviável a formalização da *plea bargaining*, o qual constitui elemento central da política criminal e do sistema de justiça, decorrendo a sua aplicabilidade de uma série de razões práticas, notadamente da noção de necessidade de preservação do Poder Judiciário do ônus de conduzir um julgamento para todos os crimes noticiados e da economia às partes do tempo, dos custos inerentes ao processo e da incerteza quanto ao resultado do julgamento, poupando, p. ex., o réu, do risco de punição mais severa e da publicidade deletéria que um julgamento normalmente envolve.

2.2 Justiça Criminal Negocial no Direito Brasileiro

A análise do fenômeno da Justiça Criminal Negocial no Direito brasileiro não pode se dissociar da sua realidade jurídica e social, especialmente porque, diferentemente do sistema anglo-americano, de inspiração no sistema de precedentes da *common law* inglesa, onde o

decidido prevalece sobre o legislado, o nosso sistema jurídico é fundado na *civil law*, ou seja, no direito legislado e codificado, o que acaba por repercutir na instituição e forma de aplicação de determinados institutos, ainda que de inspiração no direito consuetudinário.

De fato, embora no sistema da *civil law* a jurisprudência constitua fonte do direito, não cabe aos tribunais a criação de regras de direito, mas apenas ao parlamento, sendo a atuação do Poder Judiciário, em regra, limitada à interpretação dessas regras, cuja incidência é obrigatória nas relações sociais, determinando a forma, o modo, a extensão e a validade das normas jurídicas aos casos concretos.

O sistema judicial criminal brasileiro, o qual inclui todos os órgãos responsáveis pela persecução penal estatal, também não foge a essas mesmas premissas sistêmicas, de modo que a sua atuação se encontra vinculada a todo um arcabouço normativo e principiológico, não podendo fugir daquilo previamente fixado na Constituição e nas leis, em especial no CPP, sob pena de nulidade.

Nesse sentido a adoção de métodos negociais no sistema de justiça criminal brasileiro depende necessariamente da fixação de prévias balizas normativas, sendo que o Poder Judiciário e os demais órgãos da persecução penal estatal, especialmente o Ministério Público, estarão sem espaço legal para assim agirem. Dito isso, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, sempre tratou a questão penal sob o prisma eminentemente individual e punitivista, impondo a necessária intervenção estatal, por meio dos seus órgãos de persecução penal e da instauração de um processo-crime, sempre que constatada a prática de uma infração penal.

Assim, o direito penal que, principiologicamente, deveria constituir a *ultima ratio*, i.e., a última trincheira a ser buscada para a solução de um conflito, tal como ocorre nos Estados Unidos, acabou se transformando no Brasil na solução primordial para a imensa maioria dos problemas da sociedade, o que gerou não apenas um estrangulamento do sistema de justiça, ante ao elevadíssimo número de processos-crime submetidos à apreciação

pelo Poder Judiciário, como um demasiado incremento na quantidade de prisões, muitas vezes pela prática de pequenos delitos, as quais poderiam ser evitadas caso os respectivos fatos recebessem tratamento adequado por métodos menos invasivos de solução de conflitos.

Atento à essa realidade, ainda que tardiamente, o legislador constituinte de 1988 previu expressamente a primeira hipótese de tratamento diferenciado para os casos criminais de menor potencial ofensivo, bem como a possibilidade de transação penal, todos da alçada dos Juizados Especiais Criminais, permitindo a aplicação de penas alternativas à prisão não apenas por meio da via ordinária do processo-crime, mas, principalmente, pela possibilidade de formalização de um acordo diretamente entre o autor do fato e o órgão de acusação (vide art. 91, I da Constituição Federal).

Esse pequeno embrião plantado pelo legislador constituinte, embora limitado aos casos criminais menos graves, é tido pela doutrina pátria como o marco inicial da instauração da justiça criminal negocial no ordenamento jurídico brasileiro e da relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, tradicional nos países que adotam o sistema da *civil law* (caso do Brasil), permitindo a partir dessa experiência a instituição de novos instrumentos negociais no âmbito do sistema de justiça penal, que culminaram com a criação, dentre outros, do recente ANPP (art. 28-A do CPP), introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei n.º13.964/2019).

Em um sistema judiciário que muitas vezes não apenas incentiva como impõe a litigiosidade, e onde ingressaram apenas no ano de 2021 cerca de 2,2 milhões de casos novos criminais, sendo 1,5 milhão (56,5%) na fase de conhecimento de primeiro grau, 11,1 mil (0,4%) nas turmas recursais, 573,5 mil (21,4%) no segundo grau e 140,2 mil (5,2%) nos Tribunais Superiores, sem contar as 441,7 mil (16,5%) execuções penais iniciadas, totalizando, assim, aproximadamente 2,7 milhões de novos processos criminais, com manutenção de um acervo pendente que oscila entre 5,3 e 5,5 milhões de processos (BRASIL, 2022), e onde existem aproximadamente 662 mil pessoas presas em celas físicas e 176 mil em prisão domiciliar (LEVANTAMENTO..., 2022), a revisão do modelo tradicional punitivista, de obrigatoriedade da

ação penal, se impõe não apenas para racionalização das prisões e melhor operacionalização do sistema prisional brasileiro, já tão deficitário em vagas,[4] mas, precipuamente, para a própria sobrevivência do sistema de justiça.

Isso porque, pelos números estatísticos oficiais, os casos pendentes equivalem a 2,8 vezes a demanda, e, ao final de 2021 havia 2,3 milhões de execuções penais pendentes, sendo 1,4 milhão alusivas a penas privativas de liberdade (60,1%) e apenas 903 mil relacionadas a penas alternativas (40%), além do que das execuções penas iniciadas (441,7 mil), 35,7% delas (158,7 mil) tiveram como resultado a aplicação de pena privativa de liberdade, o que importa concluir que significativa parte dos já escassos recursos orçamentários e humanos do sistema de justiça brasileiro são direcionados ao andamento e solução de toda sorte de processos criminais, muitos dos quais poderiam receber melhor e mais efetivo tratamento por meio de métodos de justiça criminal negocial, desafogando o judiciário para o julgamento de situações realmente mais graves e de indispensável atuação.

É diante desse cenário social e jurídico, de constante incremento dos processos criminais e da população carcerária, que surge no ano de 2019 o ANPP como fundamental alternativa para a composição dos conflitos de interesses penais, a fim de viabilizar a satisfação da pretensão punitiva estatal sem a necessidade de formação de um juízo condenatório e envio do infrator ao sistema prisional.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS LEGAIS E NATUREZA JURÍDICA

Formalmente inserido na ordem jurídica nacional pela Res. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, o ANPP foi concebido para a

[4] Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2022, em 2021 existiam 634.469 vagas em 1.560 estabelecimentos penais, para uma população de 820.689 pessoas privadas de liberdade (FBSP, 2022).

> Resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais e prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos penais. (BRASIL, 2017)

Trata-se, portanto, de evidente instrumento de política criminal destinado à expansão da justiça penal negocial e ao aprimoramento e eficiência da persecução penal estatal, otimizando por um lado a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário e, de outro, assegurando maior efetividade e rapidez na satisfação da pretensão punitiva estatal, sem a necessidade de formal instauração da ação penal.

Incorporado à legislação processual penal brasileira com a reforma empreendida pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), constitui, nas palavras de Vasconcelos (2022, p. 15):

> Um mecanismo de simplificação procedimental que se realiza por meio de um negócio jurídico entre acusação e defesa, em que o imputado abre mão do exercício de direitos fundamentais (como ao processo, à prova, ao contraditório, ao silêncio etc.), conformando-se com a pretensão acusatória ao se submeter voluntariamente às condições (sanções) pactuadas e confessar, em troca de benefícios (como uma sanção menos gravosa, além de evitar o início do processo ou

> uma sentença condenatória definitiva e seus efeitos, como os maus antecedentes).

Percebe-se, aqui, a primeira característica do novel instituto que o diferencia dos demais mecanismos de justiça penal negocial já existentes no direito nacional, porquanto não se trata de instrumento destinado à mera colaboração do sujeito, em troca de benefícios, para a consecução de provas e a melhor instrução probatória (acordo de colaboração premiada), tampouco à mera e passiva adesão do sujeito a certas condições previamente fixadas pelo órgão acusador ou pela lei, sem muita margem de negociação entre as partes, (a exemplo da suspensão condicional do processo), mas de verdadeiro negócio jurídico pré-processual em que Ministério Público e a defesa, mediante concessões recíprocas e posições ativas, com elevada margem legal para fixação das condições, melhor ajustam a satisfação da pretensão punitiva estatal, evitando, assim, o oferecimento de denúncia e a deflagração de um processo penal.

Por outro lado, embora se assemelhe à transação penal, na medida em que ambos importam na completa exclusão do processo-crime, o ANPP dele se diferencia quer em razão do maior espectro legal de incidência, já que não se limita às infrações de menor potencial ofensivo abrangidas pela Lei n. 9.099/95, quer em razão da necessidade de formal confissão do delito, além do que não se destina ao mero cumprimento de pena não privativa de liberdade, mas ao cumprimento de condições.

Embora configure nítida exceção legal aos princípios da obrigatoriedade (art. 24 do CPP) e da indisponibilidade (art. 42 do CPP), na medida em que, diante das circunstâncias do caso concreto e das balizas normativas fixadas, está o órgão acusatório autorizado a não oferecer denúncia e formalizar acordo com o acusado, o ANPP não constitui direito subjetivo do réu que possa ser concedido contra a vontade do Ministério Público, porquanto cabe a este órgão analisar se a medida se mostra adequada e suficiente à reprovação e prevenção da infração penal, sem prejuízo do controle do ato em qualquer hipótese pelo Poder Judiciário.

Segundo a dicção do art. 28-A, *caput* do CPP, mediante o cumprimento de algumas condições, a seguir comentadas, aplicadas cumulativa ou alternadamente,

> [...] não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]. (BRASIL, 1941)

Nesse sentido, vê-se inicialmente que um dos primeiros requisitos de ordem objetiva para o cabimento do ANPP é a existência de justa causa para o ajuizamento da ação penal, i.e., a existência de lastro probatório mínimo (prova da materialidade e indícios de autoria) capaz de legitimar a instauração de uma ação penal, porquanto, não havendo tal suporte, deve o órgão acusatório promover o arquivamento das peças investigativas.

O segundo requisito objetivo diz respeito ao tipo de infração penal passível de submissão ao ANPP, tendo o legislador fixado como marco as infrações (crimes ou contravenções) cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e que não tenham sido cometidas com violência ou grave ameaça, o que amplia consideravelmente o espectro de incidência do instituto para boa parte dos tipos previstos no Código Penal e na legislação extravagante.

Para aferição da pena mínima, por sua vez, deverão ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (art. 28-A, §1º, CPP), excluindo-se, porém, eventuais agravantes e circunstâncias judiciais/legais, sem prejuízo de aplicabilidade do instituto na ocorrência de desclassificação do delito ou outra circunstância processual que afete objetivamente e em tese o patamar de pena incidente sobre o agente (prescrição parcial, trancamento parcial do processo etc.). Além disso, no caso

de concurso de crimes, entende a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios que as penas mínimas dos delitos imputados devem ser somadas para averiguação do preenchimento ou não desse requisito objetivo.

A exigência legal — e genérica — de que o crime não deve ter sido praticado com violência ou grave ameaça, sem especificar o momento dessa violência/grave ameaça — se na conduta ou no resultado –, bem como se tal violência deve ser ou não necessariamente direcionada contra pessoa, não implica em automática exclusão do cabimento do ANPP nos delitos culposos ou naqueles em que a violência foi aplicada contra uma coisa, na medida em que, segundo a melhor doutrina, a violência ou grave ameaça deve ser intencional e direcionada à pessoa, sob pena de fugir ao escopo pretendido pelo legislador.

Ainda que não tratado expressamente pela lei, entende a jurisprudência pátria ser inaplicável o ANPP nos crimes hediondos, bem como nos casos de racismo e injúria racial[5], porquanto o acordo não seria necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, tal como exigido expressamente no *caput* do art. 28-A do CPP, requisito que será melhor analisado à frente.

Também impede a lei a incidência do ANPP quando cabível ao fato o instituto da transação penal previsto na Lei n. 9.099/95 (art. 28-A, §2º, I, CPP), uma vez que mais benéfico ao acusado, não se lhe exigindo nesse caso, p. ex., a formal e circunstanciada confissão do delito. Outrossim, numa leitura estrita da norma, vê-se que o cabimento em tese da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n. 9.099/95) não impede a formalização do ANPP.

Igualmente, veda-se a aplicação do novel instituto ao agressor nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (art. 28-A, §2º, IV, CPP), o que se justifica por coerência sistêmica, haja vista o disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha, que proíbe a incidência de outros institutos criminais negociais aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

[5] BRASIL, 2022 (STF, RHC 222.599/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 06 fev. 2023).

Para além dos requisitos relacionados ao fato praticado, exige a lei que o próprio agente também preencha alguns requisitos para que o ANPP possa ser formalizado, a exemplo de não ser reincidente, na definição do art. 63 do Código Penal (observado o período depurador do art. 64 do mesmo diploma legal), e de não haver elementos que indiquem uma conduta criminal habitual, reiterada ou profissional sua, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (art. 28-A, §2º, II, CPP).

Essa habitualidade criminosa, registre-se, diz respeito não à prática dos crimes dogmaticamente definidos como habituais, mas a uma participação contumaz do agente na prática de infrações penais de qualquer natureza, podendo e devendo, inclusive, ser averiguada para efeito de negativa de acordo a existência de inquéritos e/ou processos penais em curso, a exemplo do que já ocorre para o oferecimento da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n. 9.099/95).

No tocante às infrações penais pretéritas tidas por insignificantes, entende a doutrina, acertadamente, que tal previsão se mostra de todo desnecessária, já que, reconhecida a insignificância em fato anterior, resta afastada a própria tipicidade material do delito, não havendo que se falar em reincidência.

Outro requisito legal diz respeito ao fato de o agente não ter sido beneficiado, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, §2º, III, CPP). Assim, obsta-se que o réu, outrora beneficiado com algum instituto de justiça criminal negocial, volte a ser agraciado com idêntico benefício antes de cumprido um período depurador mínimo de cinco anos.

Importante destacar, nesse ponto, que o marco para contagem do prazo quinquenal não é a data da homologação judicial do acordo, mas a do cometimento da infração, e que somente acordos devidamente celebrados e homologados podem ser contados para avaliação da possibilidade ou não de nova concessão do benefício, o que exclui, p. ex., as propostas anteriormente recusadas pelo autor do fato. De todo modo, acordos anteriormente

celebrados e voluntariamente descumpridos pelo beneficiário impedem por completo o oferecimento de nova proposta.

Por fim, como último requisito para formalização do ANPP, entende o legislador que o acordo somente pode ser celebrado se "necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime", o que confere ao órgão acusatório uma maior discricionariedade subjetiva para avaliação da possibilidade concreta de sua propositura.

Essa discricionariedade, por sua vez, não pode ser ilimitada e puramente subjetiva, sob pena de injustiças e tratamento desigual para situações idênticas, o que impõe não apenas o controle judicial, já autorizado pelos §§5º e 14 do art. 28-A do CPP nas hipóteses de recusa ao oferecimento do acordo e de fixação de condições inadequadas, insuficientes ou abusivas ao acusado, como o dever de adequada fundamentação da recusa por parte do Ministério Público.

O certo é que, especificamente nesse item, deve o Ministério Público avaliar motivadamente se a conduta praticada, à luz das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, pode receber o adequado tratamento penal pela via do ANPP ou se, ao revés, exige a propositura da ação penal.

Preenchidos os requisitos legais para cabimento do acordo, impõe a legislação processual penal que sejam fixadas certas e determinadas condições a serem cumpridas pelo autor do fato, cumulativa e alternadamente, a saber:

a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumentos, produto ou proveito do crime;
c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;
d) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução;

e) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Tais condições, ressalte-se, embora devam guardar proporcionalidade e adequação com a infração penal em tese praticada, não configuram penas propriamente ditas (embora empiricamente delas se aproximem), mas apenas obrigações impostas ao autor do fato, o que afasta a possibilidade de coerção Estatal para cumprimento forçado do que foi acordado.

Isso porque não há análise meritória do fato quando da homologação judicial do acordo, mas apenas aferição do preenchimento dos seus requisitos legais, de modo que, uma vez descumprido o avençado, caberá ao órgão acusatório unicamente pleitear a rescisão do ANPP e, em substituição, buscar a instauração de ação penal pelo oferecimento de denúncia.

Tratando-se de instrumento negocial pré-processual, o acordo deve ser formalizado por escrito no âmbito do órgão acusatório e contar com a presença indispensável da defesa, a quem cabe atuar nos interesses do investigado e negociar as melhores condições para cumprimento (art. 28-A, §3º, CPP).

Uma vez formalizado o acordo entre as partes, incumbe agora ao Poder Judiciário avaliar a validade da avença e exercer o controle crítico sobre aquilo que foi ajustado, devendo ser designada audiência para homologação, com necessária oitiva do investigado, na presença do seu defensor, para averiguação da voluntariedade do agente (art. 28-A, §4º, CPP).

De fato, como instrumento de justiça penal negocial, o ANPP somente será válido se o investigado, de maneira livre e consciente, i.e., com plena compreensão de tudo aquilo já investigado, de todo o material probatório colhido e de todas as implicações e consequências jurídicas do seu ato, celebrou voluntariamente o acordo, o que afasta, p. ex., a possibilidade de formalização de avença com pessoa inimputável.

Nesses termos, verificando a autoridade judiciária que o acordo atende a todos requisitos legais, lançará a devida homologação e devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo das execuções penais (art. 28-A, §6º, CPP). Do contrário, constatando que as condições não guardam proporcionalidade, suficiência ou adequação à reprovação e prevenção do crime, ou mesmo a ausência de algum requisito legal, deverá a autoridade judiciária recusar a homologação e devolver os autos ao órgão acusador para reformulação da proposta, complementação das investigações ou oferecimento de denúncia (art. 28-A, §§5º, 7º e 8º do CPP).

Expostos os requisitos legais para incidência do ANPP, importa, por fim, analisar a natureza jurídica dessas disposições, i.e., se têm conteúdo exclusivamente material, se apresentam apenas repercussões na esfera processual ou características híbridas (penais e processuais).

Corroborando com Lopes Júnior (2010, p. 126), ao diferenciar leis penais puras, leis processuais penais puras e leis híbridas (penais e processuais) que

> A primeira é aquela que disciplina o poder punitivo estatal e o conteúdo material do processo, cabendo para o Direito Penal (tipificação de crimes, pena máxima e mínima, regime de cumprimento) a retroatividade da lei penal mais branda e a irretroatividade da lei mais maléfica. A segunda regula o início, desenvolvimento ou fim de um processo e seus institutos processuais (perícia, rol de testemunhas, forma de realizar os atos processuais, ritos), aplicando-se o princípio da imediatidade, não ocorrendo o efeito retroativo. Por fim, a última possui peculiares características penais e processuais, aplicando-se para tais casos as regras do Direito Penal, no caso a lei mais branda retroage e a mais gravosa não).

Tal discussão se mostra relevante, porquanto, possuindo o ANPP natureza meramente processual, as suas disposições não têm o condão de retroagir para alcançar fatos anteriores à data da sua instituição, ao passo em que, sendo de natureza material ou mista, as suas disposições atingirão os fatos anteriores à entrada de sua vigência, a teor do art. 5º, XL da Constituição Federal.

Ocorre que, como o ANPP é um negócio jurídico processual que decorre da vontade das partes e repercute diretamente no poder punitivo estatal, uma vez que tanto impede o ajuizamento de ação penal como, cumpridas as condições fixadas, acarreta a extinção da punibilidade do agente, não podendo, assim, sequer constar da certidão de antecedentes penais (art. 28-A, §13, CPP), entende a doutrina de forma uníssona que os dispositivos legais que o regulam possuem natureza híbrida (processual e material), de modo que o instituto deve retroagir para alcançar os fatos anteriores à sua entrada em vigor, o que vem gerando grande celeuma jurisprudencial acerca do tema, a seguir detalhada.

4 A RETROAVIDADE DO ANPP AOS PROCESSOS EM CURSO E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Embora dogmaticamente a natureza híbrida das normas que regulam o ANPP seja isenta de dúvidas e de maiores discussões, uma das situações mais discutidas atualmente em relação ao tema diz respeito justamente ao seu cabimento nos processos que já estavam tramitando quando do seu advento na ordem jurídica nacional, mais precisamente em qual momento ou até qual fase do processo penal essa retroatividade deve incidir.

Tanto é assim que cinco correntes se formaram acerca do assunto a partir do exame não apenas do caráter híbrido da norma, mas, precipuamente, das características legais e fins pretendidos pelo instituto, cada uma fixando os seguintes marcos limites para o cabimento do acordo:

a) até o recebimento da denúncia;
b) até o início dos atos de instrução processual;
c) até a sentença;
d) até o trânsito em julgado;
e) a qualquer momento, desde que não extinta a punibilidade do agente.

A primeira corrente sustenta que o ANPP somente pode ser celebrado até o recebimento da denúncia, pois, se o acordo é denominado "de não persecução", ele somente poderia ser celebrado até o início da persecução, cujo marco seria obviamente o recebimento da denúncia. Assim, ainda que o instituto seja mais benéfico ao réu, caso haja a protocolização da acusação e a instauração da ação penal, com formal e regular início da persecução penal estatal antes do advento da Lei n. 13.964/2019, não haveria espaço legal para a retroação e incidência do ANPP ao caso concreto.

Essa corrente, nas palavras de Leite (2020),

> Tem fortes argumentos pela própria nomenclatura do instituto e pelo fato da homologação do acordo estar entre as atribuições do juiz de garantias", tendo sido adotado, inclusive, "no Enunciado 20 do Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça: cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da lei n. 13.964/2º19, desde que não recebida a denúncia e também no Enunciado 30 da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria do Ministério Público de São Paulo: aplica-se o artigo 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal.

Segundo o Ministro do STJ Olindo Menezes, "a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela lei n. 13.964/2019, revelasse incompatível com o propósito do instituto quando já recebida a denúncia e encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias".[6] Além disso, segundo o Ministro da mesma Corte, Rogério Schietti Cruz, "o caráter predominantemente processual do art. 28-A do CPP e a razão de ser do instituto conduzem a se sustentar que sua retroatividade, diversamente do que ocorre com as normas híbridas com prevalente conteúdo material, deve ser limitada à fase pré-processual da *persecutio criminis*".[7]

A segunda corrente teve aplicabilidade reduzida ao âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, justificando-se no fato de que o acordo seria cabível mesmo após o recebimento da denúncia sempre que não iniciada qualquer incursão probatória nos autos, sendo o início da instrução o marco indicativo da persecução penal estatal que impediria a celebração do ANPP. Essa tese, registre-se, não se coaduna quer com a ideia do caráter material quer com a ideia do caráter híbrido das normas procedimentais, tanto que sequer chegou a ser discutida pela jurisprudência.

Para a terceira corrente o ANPP é cabível até a prolação de sentença, sendo esse o ultimato para a possibilidade de aplicação do instituto. Trata-se de posição que se coaduna analogicamente à jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, notadamente o STF, acerca da aplicabilidade da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), entendendo que, após a entrega da prestação jurisdicional e do exercício de um juízo meritório acerca dos fatos e provas constantes no processo, não mais seria possível a formalização do negócio jurídico processual, uma vez que, nesse momento processual, a aplicação do instituto não mais atenderia a finalidade para a qual foi instituído (MENDONÇA, 2020).

A quarta corrente detém entendimento mais amplo acerca do cabimento do ANPP, entendendo-o possível a qualquer momento, inclusive

[6] BRASIL, 2022 (AgRg no AREsp n.º1.983.450/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região). 6ª Turma. DJe 24 jun. 2022).

[7] BRASIL, 2022 (AgRg no Resp n. 1.993.219/CE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. 6ª Turma. Dje 09.08.2022).

na fase recursal, desde que não transitada em julgado a sentença penal, uma vez que a natureza híbrida do instituto (norma de natureza processual e penal) não autorizaria uma interpretação restritiva da sua aplicabilidade, sob pena de violação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Entende-se aqui que a persecução penal somente se encerraria com o trânsito em julgado da sentença e o início da execução da pena, sendo a materialização do título executivo penal o óbice intransponível para a celebração do acordo, vez que a finalidade principal do instituto é justamente compor entre as partes (acusação e defesa) a satisfação da pretensão punitiva estatal, já alcançada por meio da prolação de sentença e formação do título executivo.

Já a quinta e última corrente, de caráter ainda mais ampliativo, prega que o ANPP pode e deve ser aplicado a qualquer momento, ainda que após o trânsito em julgado da sentença, desde que ainda não extinta a punibilidade do agente, numa aplicação irrestrita do postulado da retroatividade da lei penal mais benéfica, sob o argumento de que a sua incidência seria mais benéfica e afastaria eventual reincidência e/ou maus antecedentes advinda da prolação de sentença, porém, e mais uma vez, nesse caso ficaria ainda mais evidente a inutilidade do instituto, já que destinado à simplificação da satisfação da pretensão penal estatal, já alcançada anteriormente.

O exame do tema na seara dos Tribunais Superiores também não está isento de divergências, sendo possível distinguir ao longo do tempo, desde o advento da Lei n. 13.964/2019, aplicação de, pelo menos, três das correntes anteriormente explanadas no âmbito quer do STJ , quer do STF, além da mudança de entendimento e algumas divergências entre turmas e ministros.

Chamado a se debruçar inicialmente sobre o tema, o STJ instaurou uma séria divergência quanto ao momento de aplicabilidade do instituto na seara de suas Quinta e Sexta Turmas, ambas responsáveis pelos julgamentos em matéria penal, o que levou o STF a afetar o tema a julgamento pelo seu Plenário nos autos do HC n. 185913/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, ainda pendente de deliberação definitiva pela Suprema Corte.

Isso porque a Quinta turma do STJ sempre adotou a corrente que entende que o ANPP, embora alcance os processos em curso, somente

retroage para atingir aqueles onde ainda não houve o recebimento da denúncia, já que esse ato marca o início da persecução penal estatal. A esse respeito e por todos

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL. TEMPUS REGIT ACTUM. ART. 2º DO CPP. PROCESSO EM FASE RECURSAL. PRECLUSÃO. RÉU CONDENADO. AGRVO REGIMETAL DESPROVIDO.
>
> I — "A Lei nº 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23.01.2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, embora sem qualquer tom de retroatividade. Não obstante, já assente nesta eg. Corte que, em geral, a Lei que [...] compreende normas de cunho processual [...] a sua aplicação é imediata, ainda que em relação a processos já em curso, nos termos do art. 2° do Digesto Processual Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal ou tempus regit actum)" (RHC n. 130.175/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 03/09/2020).
>
> II - Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, como no presente caso. Precedentes.

> Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.886.717/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 19 out. 2020).

Por outro lado, a Sexta Turma do STJ compreendia que o instituto podia retroagir para atingir todos os processos em curso, ainda que sentenciados, desde que pendente, ainda, o trânsito em julgado da condenação, *verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATURA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.
>
> 1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).
>
> 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n.

> 13.964/2019). (AgRg no HC n. 575.395/RN, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 14 set. 2020).

Essa divergência entre turmas permaneceu até o julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 628647/SC, Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, encerrado em 09/03/2021, quando a Sexta Turma do STJ modificou a sua orientação e aderiu ao entendimento da Quinta Turma, no sentido de que o ANPP somente se aplica a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a respectiva denúncia ministerial, se não vejamos

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal.
>
> 2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o

> membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.
> 3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio tempus *regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.
> 4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.
> 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 628.647/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 7 jun. 2021).

A aparente estabilização da matéria no âmbito do STJ, no sentido do cabimento do ANPP apenas enquanto ainda não recebida a denúncia,

não repercutiu com a mesma intensidade perante o STF, o qual ainda não se debruçou definitivamente acerca do limite temporal de aplicação desse instituto e continua a apresentar, por suas turmas e ministros, sérias divergências sobre o tema.

Em seu exame inicial da matéria o Pretório Excelso, por sua Primeira Turma, adotava o entendimento — hoje consolidado — do STJ no sentido de que, esgotando-se na fase pré-processual, o ANPP teria sua retroatividade assegurada aos fatos anteriores à sua vigência, desde que não recebida a denúncia, porquanto esse seria o marco de encerramento dessa etapa pré-processual, tal como se vê do julgado abaixo transcrito, da relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, lavrado em 11 de novembro de 2020

> EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus *regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o

> ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26 nov. 2020).

Posteriormente, no ano de 2021, a mesma Primeira Turma passou a adotar posicionamento ainda mais restritivo no sentido de que o ANPP não incidiria nos casos em que já **oferecida** a denúncia, de modo que o marco do encerramento da fase pré-processual não mais seria o recebimento da peça acusatória pela autoridade judiciária, mas a simples formalização da acusação pelo Ministério Público (oferecimento da denúncia), *verbis*

> EMENTA Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Direito Penal e Processual Penal. Lei nº 13.964/19. Aplicação retroativa. Oferecimento de acordo de não persecução criminal. Feito em que já havia sido oferecida denúncia, havendo sentença penal condenatória, confirmada em sede recursal, antes da

> entrada em vigor do novo diploma legislativo. Impossibilidade na hipótese. Precedentes. 1. O acordo de não persecução penal instituído pela Lei nº 13.964/19 esgota-se na fase pré-processual, não incidindo em casos em que, como o presente, já ocorreu o **oferecimento** da denúncia. 2. Agravo regimental não provido. (Grifos nossos). (RHC 200311 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 31 maio 2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 03 ago. 2021 PUBLIC 04 ago. 2021).
>
> EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRARDINÁRIO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. INAPLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O acordo de não persecução penal "instituído pela Lei nº 13.964/19 esgota-se na fase pré-processual, não incidindo em casos em que, como o presente, já ocorreu o **oferecimento** da denúncia" (ARE 1.293.627-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). Precedente. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (Grifos nossos). (RE 1339284 AgR-segundo, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11nov. 2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29 nov. 2021 PUBLIC 30 nov. 2021).

Essa tese, contudo, limitou-se a escassos julgados, tendo se firmado na Primeira Turma o entendimento de que o acordo de não persecução penal

(ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Também a Segunda Turma do STF passou a adotar a tese firmada pela Primeira Turma de que o ANPP se esgota na fase pré-processual e sua aplicação retroativa apenas pode ocorrer nos processos onde ainda não recebida a denúncia (vide ARE 1254952 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17 ago. 2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 17 nov. 2021 PUBLIC 18 nov. 2021), porém, essa aparente pacificação da matéria não durou muito tempo.

Isso porque a mesma Segunda Turma, no julgamento do HC 220479, da Relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 19 dez. 2022, passou a dar interpretação mais ampliativa ao instituto para assegurar a sua aplicabilidade a todas as investigações criminais e ações penais em curso até o trânsito em julgado, com supedâneo na natureza híbrida da norma processual e no princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL da CF), o qual teria eficácia plena e aplicabilidade imediata, em decisão assim ementada:

> Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ORDEM CONCEDIDA. 1. A expressão "lei penal" contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem

> diretamente no status libertatis do indivíduo. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência. 3. Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 4. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 5. Ordem concedida para reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução Penal. (HC 220249, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19 dez. 2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 03-02-2023 PUBLIC 06 fev. 2023).

Esse mesmo posicionamento passou então a ser replicado e, hoje, pode-se afirmar ser a tese vigente no seio da Segunda Turma do STF, consoante se

verifica dos seguintes julgados: HC 203440 AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13 fev. 2023; RHC 207880 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13 fev. 2023; HC 222719 AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13 mar. 2023; ARE 1379168 AgR-quarto, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mar. 2023; ARE 1379168 AgR-terceiro, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mar. 2023; HC 215539 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mar. 2023; RE 1339068 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. julgado em 27 mar. 2023; ARE 1404072 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. julgado em 27 mar. 2023.

Não obstante, cumpre registrar que, recentemente, nos autos do HC 217275 AgR-segundo, Rel. Min. Edson Fachin, julgado definitivamente em 27/03/2023, a Segunda Turma ampliou mais uma vez o escopo das normas que regulam o ANPP, entendendo-as cabíveis até mesmo a feitos já transitados em julgado, desde que a respectiva ação penal estivesse em curso quando da vigência da Lei n. 13.964/2019.

Tal inovação jurisprudencial, além de divergir em absoluto do entendimento vigente na Primeira Turma da mesma Corte, põe por terra todo o posicionamento consolidado no âmbito do STJ, com potencial de gerar grande insegurança jurídica e multiplicação de ações para revisão de condenações criminais já transitadas em julgado, o que certamente abarrotará ainda mais o sistema de justiça.

Outrossim, a ampliação demasiada do marco temporal de incidência retroativa do ANPP desnaturará por completo a essência do instituto, o qual não apenas foi concebido para incidir na fase pré-processual, como tem por objetivo primordial a desburocratização da persecução penal e o direcionamento das ações penais para crimes mais graves e de impacto social mais relevante.

Importante destacar, por fim, que não há ainda indicativo claro na Suprema Corte acerca de qual dos entendimentos acabará por prevalecer, especialmente em razão da recente aposentadoria do Min. Ricardo Lewandowski, um dos árduos defensores da aplicação ampliada do instituto,

bem como da ressalva de posicionamento feita pelo Min. André Mendonça nos autos do próprio HC 217275 AgR-segundo/SP.

Urge, portanto, que se leve a julgamento plenário o HC n. 185913/DF, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, a fim de que não apenas as balizas temporais de aplicação do instituto sejam claramente definidas e a segurança jurídica volte a imperar, mas, precipuamente, para que os objetivos pretendidos pelo legislador sejam reafirmados, limitando-se a incidência retroativa do ANPP à fase pré-processual, enquanto não recebida a denúncia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, embora ainda prevalente na ordem jurídica nacional o modelo clássico de jurisdição criminal, calcado na obrigatoriedade e na indisponibilidade da ação penal, muito em razão da própria tradição jurídica por nós herdada e da formatação constitucional dos órgãos de persecução penal, é claro que a Justiça Penal Negocial, apesar de ainda incipiente, vem sendo cada vez mais normatizada e utilizada no Brasil.

Essa nova forma de pensar a política criminal, permitindo a composição da satisfação da pretensão punitiva estatal em delitos de menor gravidade pelas próprias partes conflitantes, permite que os recursos materiais e humanos dos órgãos de persecução penal sejam direcionados para a prevenção e punição de delitos mais graves, com notório impacto social, reduzindo as demandas judiciais criminais e, consequentemente, a morosidade da justiça e os gastos com a movimentação da máquina judiciária.

Exemplo disso reside na *plea bargaining* do Direito anglo-americano, instrumento negocial penal extremamente exitoso que permite uma ampla negociação entre acusação e defesa acerca da melhor forma de satisfação da pretensão punitiva estatal, evitando o tempo e os custos de um processo judicial, tanto que hoje representa a medida aplicada em mais de 90% dos casos criminais praticados nos Estados Unidos da América, sem a qual, sabidamente, o seu sistema de justiça entraria em colapso.

No caso brasileiro, a edição da Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, e a consequente introdução na nossa legislação processual penal do ANPP, de clara inspiração na *plea bargaining* norte-americana, trouxe novo e mais amplo mecanismo legal para mitigação dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, permitindo uma maior liberdade ao órgão acusatório e à defesa para, mediante concessões recíprocas, melhor ajustarem a satisfação da pretensão punitiva.

Ainda que a liberdade conferida às partes para formulação do acordo não seja tão ampla quanto aquela prevista no sistema da *common law*, e que haja um controle judicial mais rígido dos termos avençados, o certo é que a instituição do ANPP configura uma clara mudança de rumos na política criminal nacional, que finalmente privilegia a solução negociada para as infrações penais menos graves e passa a enxergar a persecução penal formal, leia-se, ação penal, como *ultima ratio*.

Outra não poderia ser a posição do legislador brasileiro, ante à enormidade de casos criminais e à grande massa carcerária que assola o País, a impor uma urgente e eficaz atuação de todos os Poderes Públicos para mitigação de tais problemas e obtenção de uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz.

Passível de incidência nas infrações penais cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, ressalvadas aquelas praticadas com violência ou grave ameaça, definidas como hediondas ou relacionadas a racismo, o ANPP hoje só se vê excluído de pouquíssimos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante, de natureza patentemente grave, o que demonstra a envergadura do instituto e o seu potencial para o descongestionamento e desburocratização do sistema de justiça criminal brasileiro.

Dentro desse contexto, e considerada a natureza híbrida do instituto (norma de natureza processual e penal), é de curial importância a interpretação dos Tribunais Superiores pátrios quanto ao marco temporal de aplicação do instituto aos casos em trâmite quando do advento do ANPP, ante os reflexos concretos da medida não apenas em relação ao investigado, mas em toda a administração da justiça.

Enquanto instrumento destinado à não persecução penal, i. e., à não instauração de formal ação penal em face do investigado, entende a melhor doutrina, e hoje à unanimidade, o STJ, que o ANPP somente pode ser aplicado enquanto ainda não recebida a denúncia, porquanto esse seria o marco da instauração da persecução penal estatal.

Esse entendimento, embora inicialmente seguido também à unanimidade pelo STF, acabou por sofrer recente alteração, de modo que atualmente vige notória divergência no âmbito das suas Primeira e Segunda Turmas, já que esta última ampliou sucessivamente o escopo de atuação do instituto, permitindo a sua aplicação inicialmente até enquanto não transitada em julgado a sentença e, mais recentemente, para situações já transitadas em julgado, desde que em curso no momento da vigência da lei que instituiu o benefício.

Nesse sentido, embora fundamentado em interpretação mais aberta do art. 5º, XL da Constituição Federal, o último posicionamento não apenas desconfigura por completo o instituto do ANPP, já que concebido para atuar apenas na fase pré-processual, como certamente alcançará efeito prático contrário ao pretendido pelo legislador, incentivando o ajuizamento de uma inesgotável gama de revisões criminais para revolvimento de situações já consolidadas, estrangulando ainda mais o Poder Judiciário, o que impõe a imediata uniformização da matéria pelo Plenário do STF nos autos do HC n. 185.913/DF, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 181**, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 575.395/RN**. Gravo regimental no habeas corpus. Fraude à licitação. Falsidade ideológica. Acordo de não persecução penal. Pacote anticrime. Art. 28-a do código de processo penal. Norma penal de natura mista.

Retroatividade a favor do réu. Necessidade de intimação do ministério público. Decisão reconsiderada. Agravo regimental provido [...]. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 8 de setembro de 2020. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000931310&dt_publicacao=14/09/2020. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1886.717/PR**. Agravo regimental no recurso especial. Contrabando. Art. 28-a do cpp. Acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Norma de cunho processual. *Tempus regit actum*. Art. 2º do CPP. Processo em fase recursal. Preclusão. Réu condenado. Agravo regimental desprovido [...]. Agravante: Nelson Pereira dos Santos. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer, 6 de outubro de 2020. Disponível em: Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191464/SC**. Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-a do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 628.647/SC**. Agravo regimental no habeas corpus. Direito penal e processual penal. Acordo de não persecução penal. Art. 28-a do CPP, introduzido pela lei n. 13.964/2019. Norma híbrida: conteúdo de direito penal e processual penal. Retroatividade. Possibilidade até o recebimento da denúncia. Agravo regimental desprovido. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 9 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003060514&dt_publicacao=07/06/2021. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1983450/DF**. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Decisão de inadmissibilidade. Impugnação suficiente. Conhecimento. Acordo de não persecução penal - ANPP. Impossibilidade. Denúncia recebida. Substituição da pena reclusiva por restritiva de direito. Negativa ante a existência de condenação definitiva por fato posterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da não culpabilidade [...]. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª região), 21 de junho de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103159801&dt_publicacao=24/06/2022. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1993219/CE**. Agravo regimental no recurso especial. Art. 28-a do CPP. Processo sentenciado. Recebimento da denúncia antes da vigência da lei n. 13.964.2019. Aplicação retroativa do acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Agravo regimental não provido [...]. Relator: Min. Rogério Schietti, 2 de agosto de 2022. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200854887&dt_publicacao=09/08/2022. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 185913/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes 3 de agosto de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352528245&ext=.pdf. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 220249/SP**. Habeas corpus. Processo penal. Acordo de não persecução penal. Crime de furto qualificado. Sentença prolatada antes da vigência da lei 13.964/2019. Aplicação do art. 28-a do CPP. Norma de conteúdo misto. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, xl, cf. Ordem concedida [...]. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: https://portal.stf.

jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355687221&ext=.pdf. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222599/SC**. Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processual penal. Agravo regimental. Princípio da dialeticidade recursal. Observância. Necessidade. Embargos de declaração. Tese defensiva. Inovação. Impossibilidade. Crime racial. Acordo de não persecução penal. Inaplicabilidade. Recurso ordinário não provido [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 7 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356846599&ext=.pdf. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus 203440/SP**. Segundo agravo regimental em habeas corpus. Interposição pelo ministério público federal. Acordo de não persecução penal – ANPP. Possibilidade de aplicação aos processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu). Reconsideração da decisão anteriormente agravada para conceder a ordem. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355966982&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 207880/SC**. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Interposição pelo ministério público federal. Acordo de não persecução penal – ANPP. Possibilidade de aplicação aos processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu). Reconsideração da decisão anteriormente agravada para conceder

a ordem. Agravo regimental a que se nega provimento [...].. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355966986&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus 222719/DF**. Segundo agravo regimental em habeas corpus. Interposição pelo ministério público federal. Acordo de não persecução penal – ANPP. Possibilidade de aplicação aos processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu). Reconsideração da decisão anteriormente agravada para conceder a ordem, de ofício. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de março de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357003040&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Quarto Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1379168/MG**. Quarto agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processo penal e processual penal. Acordo de não persecução penal - ANPP. Possibilidade de aplicação a processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu). Reconsideração de decisão anterior. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 27 de março de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357123540&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2a Turma). **Terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1379168/MG**. Terceiro agravo regimental no recurso extraordinário com agravo.

Processo penal e processual penal. Acordo de não persecução penal - ANPP. Possibilidade de aplicação a processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu). Reconsideração de decisão anterior. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 27 de março de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357123520&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2a Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 215539/SP**. Agravo regimental em habeas corpus. Interposição pelo ministério público federal. Acordo de não persecução penal ANPP. Possibilidade de aplicação aos processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu). Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 27 de março de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357123392&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2a Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1339068/PR**. Agravo regimental em recurso extraordinário. Matéria criminal. Acordo de não persecução penal. Sentença prolatada antes da vigência da lei 13.964/2019. Aplicação do art. 28-a do CPP. Norma de conteúdo misto. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, CF. Atual jurisprudência da segunda turma desta corte. Agravo desprovido. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de março de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357123471&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1404072/SC**. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Acordo

de não persecução penal. Sentença prolatada antes da vigência da lei 13.964/2019. Aplicação do art. 28-a do CPP. Norma de conteúdo misto. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, xl, CF. Atual jurisprudência da segunda turma desta corte. Agravo desprovido. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de março de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357305059&ext=.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

COUTO, Marco. **Acordo de não persecução penal e *Plea Barganing* norte americana**: comparar para compreender. Curitiba: Juruá, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte *geal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

ENTENDA o que é o '*Plea Bargain*', instrumento jurídico americano que estava previsto no pacote anticrime do ex-ministro Sérgio Moro. **IPLD**, São Paulo, 16 maio 2023. Disponível em: https://www.ipld.com.br/entenda-o-que-e-o-plea-bargain/. Acesso em: 6 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Mccarthy v. Estados Unidos, 394 U.S. 459, n. 43**. 2 de abril de 1969.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Bordenkirsher v. Hayes, 434 U.S. 357, n. 76-1334.** 18 de janeiro de 1978.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, n. 82-1554**. 14 de maio de 1984.

FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022-infografico.pdf. Acesso em: 8 abr. 2023.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A presunção de inocência e a construção da verdade:** contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FISHER, George. **Plea bargaining's triumph**: a history of a plea bargaining in America. Standford: Standford University Press, 2003.

LEITE, Rodrigo. O acordo de não persecução penal retroage para alcançar os processos em curso? E até qual momento essa retroatividade deve incidir? **MSJ**, 21 out. 2020. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/21/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-retroage-para-alcancar-os-processos-em-curso-e-ate-qual-momento-essa-retroatividade-deve-incidir/ Acesso em: 12 abr. 2023.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEVANTAMENTO do Depen aponta que houve aumento de 75% de atividades educacionais no sistema penitenciário brasileiro. **Senappen**, Brasília, DF, 7 nov. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/levantamento-do-depen-aponta-que-houve-aumento-de-75-de-atividades-educacionais-no-sistema-penitenciario-brasileiro. Acesso em: 8 abr. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MENDONÇA, Andrey Borges. **Lei anticrime:** um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal:** uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CAPÍTULO 18

CADEIA DE CUSTÓDIA: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PELA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

CHAIN OF CUSTODY: LEGAL CONSEQUENCES ARISING FROM THE BREAK IN THE CHAIN OF CUSTODY

Emerson José do Couto[1]

RESUMO

Este trabalho abordou o problema da violação da cadeia de custódia da prova, instituto introduzido no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei n. 13.964/2019. Para atingirmos nosso objetivo, trabalhamos o conceito da cadeia de custódia e a sua finalidade, bem como os principais argumentos das duas correntes doutrinárias que tratam dessa questão. Analisamos os poucos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF)e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dada a novidade do instituto. Por fim, a partir do

[1] Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (1994). Exerceu a advocacia de 07/1995 a 05/2013, sendo que até 08/2003 pelo Banco do Brasil S/A. De 09/2003 até o ingresso na Magistratura Federal exerceu a advocacia como profissional liberal. Juiz Federal desde 2013, atualmente é Juiz Titular da 1ª Vara Federal com Juizado Especial Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Avaré (SP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Juiz Formador da ENFAM. Pós-graduado em Direito Anticorrupção pela ENFAM.

conceito de prova ilícita e atento à finalidade da cadeia de custódia, nos posicionamos sobre as consequências da sua quebra.

PALAVRAS-CHAVE: cadeia de custódia; conceito; finalidade; violação; consequências jurídicas.

ABSTRACT

This paper addressed the problem of breaching the chain of custody of evidence, an institute introduced in the Code of Criminal Procedure by Law 13.964/2019. To achieve our goal, we explored the concept of chain of custody and its purpose, as well as the main arguments of the two doctrinal currents that deal with this issue. We analyzed the few precedents of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, considering the novelty of the institute. Finally, based on the concept of illicit evidence and mindful of the purpose of the chain of custody, we took a position on the consequences of its breaking.

KEYWORDS: chain of custody; concept; purpose; violation; legal consequences.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Cadeia de custódia. 2.1 Noções gerais; 2.2 Conceito de cadeia de custódia; 2.3 Finalidade da cadeia de custódia. 3 Violação da cadeia de custódia. 3.1 Inadmissibilidade da prova cuja cadeia de custódia foi violada; 2 Teoria da nulidade na violação da cadeia de custódia; 3.3 Nossa posição sobre a violação da cadeia de custódia. 4 Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

Toda ação penal é precedida, em regra, de uma investigação preliminar que se inicia a partir do momento em que a autoridade policial toma conhecimento da ocorrência de um fato criminoso. Tão logo isso ocorre, a primeira providência que a autoridade policial deve fazer é a de se dirigir ao local e adotar os cuidados para que o estado e a conservação das coisas não se alterem, até a chegada dos peritos criminais e apreender os objetos relacionados aos fatos depois que forem liberados pelos peritos, além de outras providências de investigação, nos exatos termos do art. 6º do Código de Processo Penal (CPP). Tem-se, assim, o início das investigações.

Investigar, conforme Cavalcanti[2] registra, "é a operação de perquirir, rastrear, pesquisar, seguindo vestígios, informações necessárias à elucidação do fato". Os vestígios podem ser tudo o que for deixado na cena do crime e, nas palavras de Paul Leland Kirk,[3] "[...] servirá como uma testemunha silenciosa [...]". O rastreamento, a pesquisa e a coleta de vestígios são atos praticados pela autoridade policial, muita vez sem a possibilidade de se repetirem, revelando intuitivamente a importância da documentação de toda a investigação e a possibilidade de rastreamento da história da fonte de prova que foi produzida sem a participação do investigado, a fim de que a partir dela o juiz possa tentar reconstruir mentalmente o fato criminoso e, assim, se convencer sobre a existência e autoria de infração penal.

Apesar dessa manifesta importância de cuidado com a idoneidade da fonte de prova, até há pouco tempo o CPP parcamente dispunha a respeito da documentação do vestígio. No entanto, às vésperas do Natal de 2019 o Brasil recebeu de presente a Lei n. 13.964,[4] de 2019, editada com a finalidade de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, na qual, dentre

[2] CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 153 p.

[3] VILAR, Gustavo Pinto; GUSMÃO, Luiz Eduardo.; Identificação, isolamento, coleta e preservação do vestígio cibernético. *In:* VELHO, Jesus Antonio. (Org.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millenniu, 2016. 18 p.

[4] BRASIL. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019.

outras tantas novidades importantes, se destacaram as normas introduzidas no Capítulo II, do Título VII do CPP, que disciplinam procedimentos para a documentação da história cronológica de vestígios: **a cadeia de custódia**.

A positivação de normas sobre a cadeia de custódia se deu em cinco artigos (158-A a 158-F), em que se procurou conceituar alguns termos e expressões, delimitar as etapas do rastreamento do vestígio: identificação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, guarda, manuseio, armazenamento e até o descarte. Apesar do texto legal chegar a detalhar o que se deve fazer com o lacre que foi rompido pelo perito para examinar o vestígio que lhe foi entregue, não previu qual a consequência para a investigação criminal ou para o processo penal, em caso de **violação ou quebra da cadeia de custódia da prova**.

Este será, portanto, o objeto de estudo do nosso trabalho, em que, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, procuraremos identificar as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais que estão se formando acerca desse problema e, ao final, informar a posição o que assumimos acerca dessa importante questão.

2 CADEIA DE CUSTÓDIA

2.1 Noções gerais

A noção de cadeia de custódia, no sentido de certificação de procedência ou origem de algo, não é nova e nem exclusiva do Direito. Já no início do século XX, a Europa passou a construir progressivamente um conceito de **denominação de origem** e em 1935 um decreto-lei "relativo à defesa do mercado do vinho criou a denominação de origem controlada",[5] posteriormente estendido a outros produtos agrícolas e alimentares nos

[5] INAO. Appelation d'origine protégée/contrôlée (AOP/AOC). 2015. Disponível em: https://www.inao.gouv.fr/Les-signes-officiels-de-la-qualite-et-de-l-origine-SIQO/Appellation-d-origine-protegee-controlee-AOP-AOC.Acesso em: 23 abr. 2023.

idos dos anos 1990. O propósito por detrás desse controle é o de afiançar que um dado produto é, realmente, o que ele diz que é e que foi efetivamente produzido em "uma zona geográfica particular onde a originalidade da produção provém diretamente das especificidades" locais, em que uma comunidade construiu "ao longo de sua história um saber-fazer coletivo de produção [...] em interação entre o meio físico e biológico e um conjunto de fatores humanos", que lhe conferem características especiais e que distingue esse produto de outros semelhantes. Pretende-se, assim, a partir da certificação de procedência, garantir a autenticidade do produto.

Por exemplo, na França, a certificação de origem dos vinhos é feita pela Appellation d'Origine Contrôlée (AOC) e ela:

> Confirma que o vinho provém de determinado vinhedo e foi produzido de acordo com as leis locais, sendo a mais alta categoria de vinhos franceses. É feito um controle rigoroso, no qual o vinho tem que provir da zona especificada no rótulo e respeitar as especificações como, por exemplo, a densidade e volume total produzido, as uvas e os métodos de vinificação[6].

Há outros incontáveis exemplos de sistemas de "certificação" de autenticidade, inclusive adotado pelo Poder Público brasileiro, como são os casos do sistema de rastreamento de produtos florestais pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), de minerais, de animais etc. Até mesmo um simples exame de sangue rotineiro é submetido a rigorosos procedimentos de controle e rastreamento.

Conforme vemos, a noção por detrás desses sistemas de "controle e rastreamento" de vinho, madeira, animais, é o de atestar a fidedignidade do

[6] O QUE é denominação de origem? **Winepedia**, 19 dez. 2016. Disponível em: https://www.wine.com.br/winepedia/sommelier-wine/denominacao-origem-vinhos/. Acesso em: 23 abr. 2023.

produto; da sua reputação; de que é proveniente do local cujas particularidades geográficas e saberes humanos são os que lhe dão características especiais; que as condições de produção e salubridade foram observadas, em suma: objetiva provar que o produto é o que ele diz ser em seu rótulo e permitir que essa autenticidade possa ser verificada.

Em uma linguagem cotidiana, podemos transpor essa concepção de aferição da confiança na integridade e autenticidade do produto, e de sindicância da sua origem, para a cadeia de custódia da prova criminal. Isto é, a cadeia de custódia e a documentação da história do vestígio está para a prova criminal, como os sistemas de origem controlada estão para a certificação de originalidade dos produtos regionais.

O CPP brasileiro já previa noções rudimentares de conservação da integridade e autenticidade do vestígio, na medida em que impunha à autoridade policial o dever de preservar o estado e conservação das coisas até a chegada do perito criminal, bem como deveria apreender os objetos que tivessem relação com o fato criminoso e colher todas as provas para esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Além disso, os institutos de criminalística sempre detiveram (e ainda detêm) procedimentos operacionais padrões, contemplando regras para a coleta, acondicionamento, manuseio, exame do material periciado e seu armazenamento até o descarte. É fato, porém, que não havia procedimentos uniformes. Essa necessidade foi suprida, em um primeiro momento, pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (Senasp), que no âmbito do Programa Brasil Mais Seguro, de 2012, lançou em 2013 um manual de procedimentos padrões exatamente para uniformizar os processos de produção da prova técnica.[7]

Depois, no ano de 2014, houve a edição da Portaria Senasp n. 82[8], de 16 de julho de 2014, para regulamentar as atividades da Força Nacional

[7] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento operacional padrão**: perícia criminal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2013.

[8] BRASIL. **Portaria Senasp n. 82**, de 16 de julho de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. 42 p.

de Segurança Pública, na qual o Governo Federal reconheceu em suas consideradas que a "cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios" visando à preservação da confiabilidade e da transparência da produção da prova pericial, que se estende até a conclusão do processo judicial, com o fim de conferir ao vestígio uma "certificação de origem", com o escopo de dar "credibilidade e robustez suficientes" a permitir a admissão em juízo daquele dado elemento probatório.

Entretanto, foi com a Lei n. 13.964, de 2019, que pela primeira vez foram introduzidas no CPP normas procedimentais mínimas para a construção da cadeia de custódia válida, o que nos pareceu ser o reconhecimento pelo Congresso Nacional da importância de cuidados que se deve dispensar ao vestígio e à sua rastreabilidade. Registramos que a existência de regras não provenientes do Poder Legislativo não retira a novidade da cadeia de custódia no Direito Processual brasileiro. Conforme reconheceu pelo Professor Gomes Filho[9], a cadeia de custódia é uma "novidade no nosso sistema processual penal, porquanto na redação original do [Código de Processo Penal], ainda mantida, logo que tivesse conhecimento da ocorrência de infração penal" caberia à autoridade policial se deslocar até o local em que o crime foi praticado e assegurar que o estado de coisas não se alterasse até a chegada dos peritos e, uma vez liberado, deveria apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso.

Nesse passo, quando o legislador introduziu os artigos 158-A a 158-F, com todos seus parágrafos e incisos, ele inovou o ordenamento jurídico para delimitar, em abstrato, procedimentos mínimos para a construção da cadeia de custódia e que passaram a ser de observância obrigatória para os órgãos de investigação, acusação e até mesmo para a defesa do investigado ou réu, na tarefa de produção de provas a fim de serem usadas na investigação ou no processo criminal.

[9] GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Orgs.). **Código de Processo Penal comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 504 p.

2.2 Conceito de cadeia de custódia

A Lei n. 13.964, de 2019, conceituou a cadeia de custódia no art. 158-A do CPP, ao dizer que

> considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados **para manter e documentar a história cronológica do vestígio** coletado em locais ou em vítimas de crimes, com a finalidade de rastrear a sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte[10].

Ao examinarmos unicamente o art. 158-A acima mencionado, a primeira ideia que nos vem à mente é a de que a cadeia de custódia se resumiria à documentação da história cronológica do vestígio, conforme sustentado por Badaró[11] ao lecionar que "quando se fala em 'cadeia de custódia' a expressão deve ser entendida com a elipse de '**documentação da cadeia de custódia'**", com o escopo de permitir uma conferência de integridade, identidade e autenticidade da prova.

Outros autores, contudo, têm uma visão diferente sobre o conceito de cadeia de custódia. Prado[12], por exemplo, a ela se refere como um **método de preservação** da integridade do elemento probatório, e não só de sua documentação, a fim de se assegurar a sua autenticidade em contexto de investigação e processo criminal. Lima[13] a vislumbrou como "um **mecanismo garantidor** da autenticidade das evidências coletadas e examinadas" para evitar qualquer adulteração do vestígio e funcionaria como uma "**documentação formal** de um procedimento destinado a manter e

[10] BRASIL, 2019, grifo nosso.

[11] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. 510 p. Grifo nosso.

[12] PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. 162 p.

[13] LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime, comentários à Lei 13.964/2019, artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020. 251 p.

documentar a história cronológica de uma evidência". Já Cunha[14] diz que a cadeia de custódia seria "a **sistematização de procedimentos** que objetivam a preservação do valor probatório da prova pericial caracterizada, mais precisamente, da sua autenticidade".

Também há autores, como é o caso de Nucci[15] e Dezem,[16] que aderiram ao conceito legal de cadeia de custódia, sendo que o primeiro afirmou que ela se destina a "detectar a lisura da produção da prova, em particular, a pericial".

Como notamos, a cadeia de custódia ora é entendida como um método de preservação da prova ora como uma documentação formal de sua colheita ou, ainda, como um mecanismo garantidor ou uma sistematização de procedimentos de produção da prova.

De nossa parte, negamos à cadeia de custódia o atributo de simples método, mecanismo, sistematização ou mera documentação do vestígio. Para nós, ela compõe um **conjunto mínimo de procedimentos** que devem ser empregados para a produção válida de um elemento probatório (material ou imaterial) e para a documentação da sua história cronológica, que só se encerra com o descarte. De fato, o artigo 158-A, *caput*, do CPP brasileiro, ao se referir à cadeia de custódia, fala em procedimentos (forma legal de agir) para: a) conservar o vestígio na mesma condição que foi encontrado (integridade e autenticidade do vestígio ou amostra, *rectius*, "mesmidade"); b) preservar a história cronológica do vestígio (tempo); c) formalizar a posse e manuseio do vestígio (pessoas); e d) anotar adequadamente informações sobre o vestígio: registro e rastreabilidade (documentação). São, pois, procedimentos de identificação, apreensão, acondicionamento, transporte, guarda, alteração de posse, manipulação, descarte do vestígio e documentação de cada uma dessas etapas. Daí porque conjunto de procedimentos e documentação, e não

[14] CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime, Lei 3.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 196 p.

[15] NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado, Lei 13.964/2019 e promulgação dos vetos de 29.04.2021**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 87 p.

[16] DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2020. 121 p.

apenas método ou mecanismo de coleta de prova e não só documentação do que foi feito.

E esses procedimentos devem ser empregados para a apreensão de qualquer vestígio (material ou imaterial) que tenha ligação direta com o fato, componha ele o corpo de delito ou não. Os vestígios materiais mais importantes, porém, não os únicos, são aqueles que informam o **corpo de delito**, que corresponde a "tudo o que consiste na materialidade do meio imediato, ou do efeito imediato do delito",[17] como é o caso da moeda falsa, de uma arma de fogo, de fluidos corporais, o documento material ou ideologicamente falso, a mercadoria proibida, o texto escrito, a imagem criminosa, a lesão causada na vítima ou o dano à coisa etc. Também consistem vestígios materiais, que não compõe o corpo de delito, "tudo o que, quer como causa, quer como efeito, não tem ligações imediatas com a consumação do delito",[18] como o clássico exemplo do candieiro quebrado mencionado por Malatesta[19] ou, nos dias atuais, a luva, a bituca de cigarro ou uma balaclava abandonada na cena do crime da qual se retiram material biológico capaz de identificar a pessoa que fez uso dessas coisas ou, ainda, os aparelhos eletrônicos: computadores, tablets e smartphones, além de textos publicados em plataformas eletrônicas.

Quanto aos vestígios imateriais, nos referimos especialmente àqueles transitórios, incorpóreos, como a palavra falada que consubstancia a materialidade de um crime contra a honra, o gesto obsceno ou mesmo uma determinada ação, a conversa interceptada. Apesar de serem impalpáveis, esses vestígios podem ser captados e guardados em mídias digitais, de modo que os procedimentos traçados pela Lei n. 13.964, de 2019 devem ser adotados na coleta do suporte físico em que arquivados e, ainda, não excluem o emprego de técnicas próprias para a conservação de dados eletrônicos, como é o caso do emprego da função criptográfica hash.

---

[17] MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: J. Alves de Sá. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927. 646 p.

[18] *Ibid.*, p. 646.

[19] *Ibid.*, p. 646.

O conjunto de procedimentos que compõem a cadeia de custódia podem ser classificados em duas fases: externa e interna. Na fase externa o início da cadeia de custódia ocorre com a preservação do local de crime, procedimentos de investigação em que se detecte a existência de vestígio, a busca pelo vestígio, o reconhecimento, o isolamento, a fixação, a coleta, o acondicionamento, o transporte e o recebimento. A recepção e conferência, a guarda, o armazenamento, o registro, o processamento, a preservação de amostra para contraprova, a classificação, a distribuição dos vestígios entre os peritos, a documentação e descarte ocorrem internamente, isto é, nos respectivos Institutos de Criminalísticas.

Assim, podemos concluir que o conjunto de procedimentos que integram a cadeia de custódia da prova se inicia com a preservação do local de crime e se estende até o descarte do vestígio, sendo que cada uma de suas etapas está ligada, em série, à seguinte, formando, figurativamente, uma corrente que será tão forte quanto o seu elo mais fraco e compreende "a ideia de que todos os atos contribuem para o efeito substancial derivado do ato final, e a noção sobre a coordenação e vinculação entre os atos que o compõem".[20]

2.3 Finalidade da cadeia de custódia

As normas procedimentais que informam a cadeia de custódia abordaram ponto essencial do processo penal, que é a conservação do vestígio, sobretudo quando ele compõe o **corpo de delito**. O efeito desejado desses procedimentos (a finalidade), inclusive a documentação, é a de garantir a inteireza (ausência de adulteração) do vestígio (características físicas, químicas e biológicas) e a possibilidade de se conhecer a história da fonte de prova, de modo a permitir que as partes, a partir da análise da documentação, conheçam o caminho que foi trilhado pela coisa, que deverá

[20] FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 109 p.

incluir informações que indiquem, inclusive, em que situação estava o local em que ela foi reconhecida como material de potencial interesse para a produção de prova criminal.

Conforme explicado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):[21]

> A [...] cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e, principalmente, o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade [...].

A cadeia de custódia é, em suma, o resultado da soma de todos os atos praticados para a produção e preservação do caminho histórico de um vestígio que servirá de fonte de prova em investigação ou processo criminal e a sua fiel documentação. E os elos desse encadeamento devem ser suficientemente fortes para comprovar que essa fonte de prova não foi corrompida a ponto de perder a sua capacidade de "fazer que se conheça em justiça a verdade de uma alegação pela qual se afirma um fato do qual decorrem consequências jurídicas".[22]

A propósito, não encontramos divergência na doutrina no que se refere à finalidade da cadeia de custódia, pois nos pareceu que os autores consultados estão alinhados no entendimento de que a preservação da cadeia de custódia tem por fim assegurar que a produção da prova seja a mais perfeita possível,

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas-corpus n. 77.836.** Recorrentes: Dilson Faiz e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 5 fev. 2019.

[22] COLIN, Ambroise; CAPITANT, H. Cours élémentaire de droit civil français, 10ª ed., 1948, *apud* PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 591 p.

para que nela o juiz possa se fiar no momento de examinar a veracidade acerca da autoria e materialidade do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

De fato, "para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa, é necessário que adquira a certeza de que foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora". [23] E essa certeza há de vir por meio de prova confiável, que, naturalmente, "[...] não pode ser qualquer prova, mas deve ser uma prova lícita, ou seja, uma prova buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas leis [...]"[24]. Licitude quanto à produção e confiabilidade quanto à sua aptidão para incriminar o investigado ou o acusado. Conforme explica Moraes: [25]

> Por prova incriminadora deve se entender a apta a demonstrar, em uma linguagem técnico-processual, a materialidade do crime com todas as suas circunstâncias e a sua autoria. Isto significa que a prova a ser produzida pelo Ministério Público de modo lícito somente afastará a presunção de inocência e, com isso gerará a condenação, se tiver a aptidão de demonstrar a materialidade e a autoria da infração. Isso significa que a prova lícita a ser produzida pelo acusador (público ou privado) será adequada e eficaz para afastar a presunção de inocência, se tiver conteúdo incriminador'.

Não nos parece haver dúvida de que a prova suficiente para condenação deve ser lícita e incriminadora, de modo que, para nós, a cadeia de custódia

[23] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. 249 p.

[24] MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 463 p.

[25] ***Ibid.***, p. 464.

tem por finalidade garantir que as partes e, principalmente o juiz, seu destinatário, possam conhecer toda a história cronológica da origem da fonte de prova que foi apresentada no processo, a fim de comprovar a materialidade e a autoria de um determinado crime. E ao conhecer esse caminho, o juiz poderá decidir se a prova terá ou não aptidão para influenciar o seu julgamento, a partir da consideração que as partes produzirem no processo visando convencê-lo de suas teses.

Portanto, temos que o fim almejado com a adoção dos procedimentos mínimos previstos em lei para a produção de uma fonte de prova é o de demonstrar em juízo (provar) a autenticidade e integridade da fonte de prova, bem como a legalidade dos procedimentos empregados para a produção desse vestígio. Pode-se afirmar, então, que a finalidade da cadeia de custódia é, conforme percebido por Badaró,[26] de ser a prova da prova, isto é, a realização dos procedimentos que compõem a cadeia de custódia atesta que o vestígio é aquele mesmo que foi legalmente coletado, tal qual foi encontrado ("mesmidade"): íntegro, autêntico, que não foi adulterado, modificado e nem perdeu os atributos que permitirá ao magistrado decidir se possui ou não aptidão para incriminar alguém.

3 VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A Lei n. 13.964/2019, ainda que tenha sido relativamente minuciosa ao tratar da cadeia de custódia, silenciou acerca das consequências para a investigação criminal ou para o processo penal, em caso de a autoridade competente ou o agente público não observar as diretrizes estipuladas para a conservação da cadeia de custódia, uma vez que não se esclareceu, objetivamente, qual a consequência jurídica em caso de violação da cadeia de custódia.

[26] BADARÓ, 2021, p. 519.

Sobre essa questão, as opiniões doutrinárias tomaram dois rumos bem delineados: de um lado se situam os que defendem a tese de que, violada a cadeia de custódia, o elemento probatório não pode ingressar no processo ou, se nele estiver, deve ser excluído, porque a não observação da cadeia de custódia acarretaria a inadmissibilidade da prova, dada a sua ilicitude. Na outra ponta estão os que sustentam que a eventual quebra da cadeia de custódia não implica a inadmissibilidade do vestígio, pois caberá ao magistrado, no momento do julgamento, decidir se aquela fonte de prova tem ou não aptidão de influenciar a sua decisão, de modo que à hipótese de violação da cadeia de custódia deveria incidir a *ratio decidendi* da teoria das nulidades.

3.1 Inadmissibilidade da prova cuja cadeia de custódia foi violada

Há doutrinadores que defendem que a violação da cadeia de custódia impede que o elemento de prova ingresse no processo para ser avaliada pelo magistrado, por se tratar de prova ilícita (art. 5º, LVI, da Constituição de República) (BRASIL, 1988). Segundo esses autores, mesmo as provas obtidas por meios lícitos poderão ser convoladas em ilícitas, em caso de haver o rompimento da cadeia de custódia. Eles defendem a tese de que essa violação implicaria o descumprimento de regras legais (no caso, normas processuais) e, por corolário, contaminaria a prova que nem sequer poderia ser valorada pelo juiz. Nesse passo, demonstrada a violação da cadeia de custódia, o elemento probatório não pode ingressar no processo ou, se lá estiver, deve ser retirado.

Com efeito, ao cuidar dessa temática, Prado[27] defende que, uma vez violada a cadeia de custódia, a fonte de prova não pode ser admitida e nem examinada pelo juiz:

[27] PRADO, 2021, p. 169.

> A cadeia de custódia da prova como método é a um tempo garantia e condição de possibilidade do exame do corpo de delito à luz do conjunto de direitos que caracterizam o devido processo legal.
> A cadeia de custódia das provas está abrigada na ampla cláusula do devido processo legal, quer por sua dimensão procedimental, dimensão que convive com a presunção de inocência, o contraditório e o direito de defesa, quer à vista de sua vertente material, que por sua vez configura obstáculo à incriminação generalizada e ilegal na origem da doutrina garantista do corpo de delito.
> A raiz constitucional da limitação do poder punitivo tem na cadeia de custódia das provas uma concretização independente e anterior ao regramento da sua documentação, instituído pela lei de 2019.
> É possível, portanto, que a cadeia de custódia das provas tenha sido rompida ou não reservada – vale lembrar, trata-se de um conceito epistêmico e jurídico, e não de uma coisa real – em casos anteriores à entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, resultando na inadmissibilidade do elemento probatório que não goza da chancela da 'mesmidade'".

Já no ano de 2014 o professor Prado[28] já defendia que:

> A supressão indevida de elementos informativos opera efeito impeditivo de emprego das

[28] PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 87 p.

> informações remanescente, que carecem de suficiência probatória. O material probatório remanescente está afetado pela referida quebra e configura prova ilícita, pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação.
>
> A decisão política que proscreve provas ilícitas escuda-se em experiência de preenchimentos posteriores de lacunas relacionadas aos requisitos legais para as providências cautelares.
>
> Trata-se de algo equivalente à lavagem de provas ilícitas, que em concreto sabota o sistema normativo de controles epistêmicos do processo.

Essa também é a opinião de Matida[29] ao defender que o exame de integridade da cadeia de custódia está situado em uma etapa anterior à atribuição de valor à fonte de prova, que é a fase de admissão. Nesse passo, defende ela, "não se deve, portanto, misturar a etapa na qual se examina a sua avaliabilidade à etapa posterior em que se realiza a sua avaliação propriamente dita". Para Lopes Júnior,[30] se constatada a quebra da cadeia de custódia, a consequência deve ser, inequivocamente, "a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada. É a 'pena de *inutilizzabilita*' consagrada pelo direito italiano".

Para os adeptos da ideia de exclusão do elemento probatório, a cadeia de custódia é procedimento e, como tal, é forma que garante o devido processo legal, mediante o encadeamento lógico de etapas que irá permitir o rastreamento para avaliação da legalidade e da autenticidade da prova, a fim de garantir que aquele vestígio apresentado como prova do fato é o

[29] MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 331, p. 6-9, 2020.

[30] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2020. ***E-book***. Posição 5.8 do Capítulo VIII.

mesmo que foi coletado, sem adulterações. Argumentam que certeza de mesmidade do vestígio não pode depender de critérios objetivos ligados à boa ou má-fé dos agentes estatais que lidaram com a prova, mas sim de critérios objetivos, racionais (epistêmicos) para se conhecer a verdade de que o vestígio apresentado em juízo é o mesmo que foi coletado pelos agentes estatais, dado que a liberdade não pode depender de circunstâncias como a bondade, lisura ou boa-fé dos agentes estatais.

Bem por isso, assim eles defendem, identificada a violação da cadeia de custódia, a prova deixa de ser confiável. E, perdida a confiança, ela não pode ser conhecida pelo magistrado, independentemente de se perquirir sobre eventuais prejuízos para a defesa, sob pena de se aumentar a chance de condenação de inocentes, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Em síntese, aduzem que é por meio da cadeia de custódia que se garante a autenticidade (idoneidade) do vestígio, que a doutrina denomina de lei da mesmidade para a reconstrução dos fatos; é por ela que se permite o controle pelas partes, pelo juiz e pela sociedade dos meios de produção de prova; permite uma espécie de controle especial sobre a confiabilidade das assertivas feitas pelos peritos; é por meio da cadeia de custódia que se torna possível controlar e sistematizar sobre a correção dos procedimentos destinados à obtenção e preservação das fontes de provas; de se preservar a confiabilidade e a transparência da colheita de vestígios e da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial; certificar a origem e a destinação dos vestígios; e conferir maior credibilidade e robustez à prova. Assim, a quebra da cadeia de custódia significa uma violação à lei processual, que precisa ser respeitada, de modo que constatado o defeito na cadeia de custódia, a prova deve ser excluída do processo, sem o que não se implementa o devido processo legal.

3.2 Teoria da nulidade na violação da cadeia de custódia

Em posição diversa dos que defendem a exclusão da prova em caso de violação da cadeia de custódia, situam-se aqueles que defendem que o vestígio cuja a cadeia de custódia não foi observada não deve ser excluído

do processo, mas que o juiz deverá valorá-lo com menor peso no momento da análise da prova.

Ao tratar dessa questão, Badaró[31] explica que, sob o ponto de vista terminológico, não seria "possível violar a cadeia de custódia em si", porque ou se tem ou não se tem uma cadeia de custódia, que para ele tem o sentido de documentação da cadeia de custódia. O ilustre Professor das Arcadas esclarece que se a fonte de prova (ou o vestígio) for adulterada, não há de se falar em violação da cadeia de custódia, mas em fraude ou adulteração da própria fonte de prova, e arremata:[32]

> As irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificado, no momento da valoração. [...] Ainda que com cuidados redobrados, é possível que mesmo em caso nos quais haja irregularidades na cadeia de custódia, a prova seja aceita e admitida sua produção e valoração. Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenham dúvidas sobre a autenticidade ou a integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que ela tenha sido adulterada, substituída ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise.

Esse também é o entendimento de Nucci[33] ao considerar que o CPP apresentou definições e uma lista de estágios da cadeia de custódia, o que pode evidentemente implicar a falta de uma das fases da cadeia de custódia

[31] BADARÓ, 2021, p. 516-517.
[32] *Ibid.*, p. 519.
[33] NUCCI, 2021, p. 87-88.

ou mesmo o seu exercício de modo diverso, o que poderia "gerar uma nulidade relativa, dependendo de prova do prejuízo para a parte" e acrescenta:

> É preciso frisar que o Brasil é um país continental, de modo que, se a cadeia de custódia pode ser bem executada num Estado mais rico, como o Paraná, pode enfrentar muitas dificuldades, até pelas imensas distâncias, em Estados como o Amazonas. Portanto, o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta. Pode ser avaliada como nulidade relativa, dependendo da prova do prejuízo pela parte interessada.

Gomes Filho[34], de sua vez, sustenta que em caso de quebra da cadeia de custódia não se deve adotar a tese de inadmissibilidade da prova, pois a prova ilícita, inadmissível, é apenas aquela que for obtida com violação da lei material, o que não ocorre quando há a violação da cadeia de custódia, daí porque "a questão deve ser resolvida à luz do regime das nulidades processuais do Código de Processo Penal". Cunha[35] igualmente defende que a hipótese de quebra da cadeia de custódia não pode ser confundida com a obtenção ilegal da prova, pois prova obtida ilicitamente não poderia nem sequer ser custodiada e acrescenta que o problema deve ser resolvido no momento da avaliação da fonte de prova, de modo que quanto maior a preservação da cadeia de custódia, maior será o seu valor. Lima[36] faz a seguinte síntese sobre a aplicação da teoria das nulidades à hipótese da quebra da cadeia de custódia:

[34] GOMES FILHO, 2020, p. 505.
[35] CUNHA, 2020, p. 202.
[36] LIMA, 2020, p. 257.

> Eventual falha na observância de uma das etapas listadas nos incisos do art. 158-B do CPP não importará 'automaticamente na inutilidade/ invalidade do vestígio como elemento probatório para utilização no bojo de procedimento investigatório ou ação penal. Com efeito, a finalidade desse detalhamento procedimental é para conferir maior fidedignidade ao contexto geral da prova, mas não se apresenta como essencial à própria validade em si do elemento probatório, que será valorado ulteriormente pelo julgador.

Importante destacar que nenhum dos autores que sustentam que a quebra da violação da cadeia de custódia deva ser resolvida na valoração negam que a finalidade dela é a de dar maior credibilidade ao vestígio, e exatamente por isso entendem que é no momento da avaliação da prova que o magistrado deve examinar se a falha apontada na cadeia de custódia foi capaz de retirar ou não a sua confiabilidade.

Da análise das duas posições doutrinárias (inadmissibilidade versus valoração), a nota que me pareceu distinguir entre uma corrente e outra é a opção doutrinária que fizeram em tema de prova ilícita. De fato, para a corrente que defende a exclusão do vestígio, está claro que ilícita será a prova que for obtida com violação a regras materiais, processuais e procedimentais, ao passo que, tivemos a impressão, os adeptos da solução pela valoração consideram ilícitas unicamente as provas que são obtidas com infringência a normas legais de conteúdo material.

3.3 Nossa posição sobre a violação da cadeia de custódia

Os argumentos centrais dos que defendem que a violação da cadeia de custódia implicaria a inadmissibilidade da fonte de prova repousa em considerar que o descumprimento de algum dos procedimentos previstos nos artigos 158-A e seguintes, do CPP brasileiro, implicaria a ilicitude da prova e imporia a sua

inadmissibilidade no processo, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Isso porque, o art. 157, *caput*, do referido Código, ao dispor sobre a prova ilícita prevê que assim serão consideradas aquelas obtidas com violação à Constituição ou a normas legais. Nesse passo, defendem que a consequência da não observância dos preceitos alusivos à cadeia de custódia implicaria, *ipso facto*, a ilicitude da prova por violação a normas processuais, de modo que ela não poderia nem sequer ser introduzida no processo e, se fosse, deveria ser excluída.

Além disso, veem na irrestrita observação das normas que regulamentam a cadeia de custódia a única forma de preservar a credibilidade do vestígio como fonte de prova potencialmente incriminadora, pois somente assim seria possível ter a garantia de que a prova apresentada ao juiz seria a mesma prova, sem nenhuma mácula, que foi colhida pela autoridade pública e que não foi de nenhum modo adulterada.

Compreendemos a preocupação com a preservação da cadeia de custódia e concordamos que a sua observância deve ser buscada a todo custo, pois a opção do legislador em disciplinar o procedimento de identificação, coleta, transporte, manipulação, armazenamento etc. do vestígio, visa assegurar o bom resultado da colheita da prova, sobretudo em relação às irrepetíveis, a fim de que, conhecendo todo o histórico do vestígio, o réu possa exercer a sua defesa plenamente e o juiz acreditar que aquele vestígio é, realmente, o que o órgão de acusação diz o que ele é.

Nem por isso, contudo, nos parece correto afirmar que a pura e simples demonstração de violação da cadeia de custódia em qualquer grau, ou etapa, seria suficiente para, *de per si*, impedir a admissibilidade do vestígio na investigação criminal ou no processo penal, uma vez que as imposições legais relativas às formas não podem ser inflexíveis, mas, sim, imantadas de razoabilidade e sem se olvidar o fim a que se destina, sob pena de tomarmos as regras procedimentais como um fim em si mesmo e representativas de direitos absolutos. De fato, conforme lembram Cintra, Grinover e Dinamarco:[37]

[37] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 350 p.

> A disciplina relativa das formas do procedimento é a melhor solução, acatada aliás no direito moderno; e o bom resultado do processo depende em grande parte da maneira pela qual o legislador cumpre sua tarefa. A experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Esse pensamento é a manifestação do princípio da **instrumentalidade das formas**, o qual (associado a algumas regras contidas na teoria das nulidades processuais) vem dar a justa medida do sistema de legalidade formal.

Conforme defendemos neste trabalho, a cadeia de custódia é um conjunto de procedimentos para produção e documentação de fonte de prova, com o objetivo de preservar a fidedignidade desse elemento de prova. Daí porque não podemos concordar com a tese de que eventual violação da cadeia de custódia consistiria em produção de prova ilícita. É fato que o artigo 157, *caput*, do CPP brasileiro, com a redação dada na reforma de 2008, ampliou o conceito de prova ilícita, o que tem levado a equívocos e confusões, conforme adverte Gomes Filho:[38]

> [...] a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais

[38] GOMES FILHO, 2020, p. 495.

> implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP. Não se confunde, assim, com a vedação de ingresso no processo (inadmissibilidade) da prova ilícita.

Essa também é a opinião de Fernandes:[39]

> Com apoio em terminologia de Nuvolone, adotada por Ada Pellegrini Grinover, pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendido norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual.

[39] FERNANDES, 2010, p. 81-82.

> [...] Deve-se entender, na esteira do que sustentavam Nuvolone e Ada Pellegrini Grinover como acima exposto, que as normas legais são as de conteúdo material, mais especificamente as de natureza penal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem acolhido a tese de que a inobservância de regras processuais na produção de provas não a convola automaticamente em prova ilícita, salvo se a parte interessada demonstrar prejuízo ao exercício da ampla defesa e contraditório:

> [...]1. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção [...][40].
> [...] I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas*

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas-corpus n. 132.149.** Agravante: Euzimar Supriano da Silva e outro. Agravado: Superior Tribunal Miliar. Relator: Min. Luiz Fux, 2 jun. 2017.

> *de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada.[41].
>
> [...] 1. A nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que **a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado**. Precedentes: HC 104.767, Primeira Turma, de que fui Relator, Dee de 17.08.11; HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki DJe de 26.11.13; RHC 117.674, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 07.10.13; HC 117.102, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13.08.13; RHC 109.978, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 08.08.13; HC 111.825, Primeira Turma, Redatora

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 117.102**. Paciente: J A de S. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 jun. 2013.

> para o Acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 17.10.13; RHC 107.394, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 06.05.13. [...][42].

Consoante se vê, nem toda violação a ato normativo processual irá, *ipso facto*, macular a prova a ponto de não ser admitida no processo, exceto se a falta abalar credibilidade e integridade da fonte de prova ou prejudicar a defesa. Com efeito, na análise do problema da violação da cadeia de custódia não podemos olvidar a sua finalidade, que é a de maximizar a garantia de integridade e autenticidade do vestígio, a fim de que ele possa ser acreditado como elemento de convicção capaz de incriminar o investigado ou réu, bem como que este possa exercer seu direito de defesa em toda a plenitude, com os meios e recursos previstos no ordenamento jurídico.

É importante deixarmos claro que não somos favoráveis que as regras procedimentais para a cadeia de custódia possam ser desprezadas deliberadamente. O que defendemos é que as normas procedimentais para a construção da cadeia de custódia não podem ser vistas com um fim em si mesmo, mas como meio de maximizar a credibilidade da produção da prova, até porque não seria possível conseguir documentar uma cadeia de custódia com a garantia de que nenhuma de suas etapas tenha sido, de algum modo, violada.

De fato, como já vimos neste trabalho, e assim determina o §1º do art. 158-A do CPP brasileiro, o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local do crime. Ora, se aceitássemos a tese de que toda e qualquer violação da cadeia de custódia implicaria a não admissão da prova, a maioria dos crimes violentos não poderia nem ao menos ser investigada, porque, invariavelmente, sempre há alguém que, por mera curiosidade, acaba ingressando indevidamente em local de crime e isso significa violar a cadeia de custódia na etapa da preservação do local de crime. Aliás, muitas vezes o próprio autor da infração promove alterações no local exatamente

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 116.569**. Paciente: Rita de Cassia Vieira Marcondes. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux, 4 fev. 2014.

para suprimir vestígios e assegurar a sua impunidade. Esse simples fato já demonstra não ser razoável afirmar que a violação da cadeia de custódia impede a admissão do vestígio em qualquer hipótese.

Nem por isso as autoridades competentes podem abdicar do dever de preservar o local do crime tão logo seja possível, isto é, no momento imediato que ela chegar, tem a obrigação de providenciar tudo o que estiver a seu alcance a fim de preservá-lo para a atuação dos peritos criminais, de modo que o local não venha a ser contaminado a ponto de impedir a responsabilização do agente infrator. A propósito, de todas as possíveis violações da cadeia de custódia, a contaminação da cena do crime é uma das mais graves, daí porque deve ser evitada a todo custo. Na história recente, há clássicos exemplos de crimes de homicídio em que o esclarecimento dos fatos foi prejudicado pela falta de cuidado na preservação do local de crime, como nos emblemáticos casos Amanda Knox e O. J. Simpson, nos quais o fundamento para a absolvição dos acusados se deu pela contaminação dos vestígios, tornando-os inservíveis para prova em processo penal.

De outro lado, nem sempre o comprometimento do local do crime impede a identificação do autor do delito, tal qual se deu, de triste memória, no caso Isabella Nardoni, cujo trabalho pericial realizado com excelência foi capaz de desvendar a materialidade e a autoria do crime de homicídio, a despeito da atuação dos responsáveis no sentido de forjar um acidente e de esconder os vestígios comprometedores.

Examinando, ainda, as diversas etapas da cadeia de custódia, pode ocorrer que ela não seja fielmente observada ou até mesmo violada, sem que isso acarrete qualquer prejuízo ao exercício do contraditório pelo réu ou, ainda, que implique qualquer desconfiança na autenticidade do vestígio. A título de exemplo, no julgamento do HC n. 220.138[43] o STF concluiu que eventuais inconsistências na cadeia de custódia não impede a condenação do agente, se a fonte de prova ainda puder demonstrar a materialidade do crime. Esse julgado enfrentou a questão da quebra da cadeia de custódia

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas-corpus n. 220.138.** Agravante: João Vicor Pires Branco. Agravado: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Dias Toffoli, 13 dez. 2022.

por divergência da quantidade de drogas descrito no auto de apreensão e a quantidade de drogas contida no laudo definitivo. Por unanimidade de votos, a nulidade da prova foi rechaçada, porquanto a Suprema Corte brasileira entendeu que essa divergência na quantidade de drogas não afastou a materialidade do crime, uma vez que a menor quantidade de drogas descrita no auto de apreensão já era suficiente para caracterizar o crime do art. 290 do Código Penal Militar.

Em hipótese similar, o STJ, ao julgar o AgRg no AREsp n. 1.847.296/PR[44], também recusou a absolvição de pessoa condenada pelo crime de contrabando, mesmo reconhecendo a divergência da quantidade de cigarros apreendidos ao comparar o número de maços informado no auto de infração lavrado pela Receita Federal (1.050 maços) com a porção descrita no auto de apreensão e exibição elaborado pela Polícia Civil (10.050 maços). Para o STJ, essa divergência não impediu a comprovação da materialidade do crime, pois mesmo a menor quantidade de maços de cigarro estrangeiro já seria suficiente para conformação do crime de contrabando.

Essa decisão proferida no AgRg no AREsp n. 1.847.296/PR foi posteriormente impugnada por *habeas corpus* ajuizado perante o STF, que foi improvido, tendo sido consignado no v. acórdão[45] que:

> [...] O Superior Tribunal de Justiça deixou evidente a comprovação de que o réu manteve em depósito pelo menos 1.050 maços de cigarros estrangeiros sem a devida documentação da regular internalização em território nacional. Ou seja, a contradição do número de cigarros apreendidos não proporcionou prejuízo para

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.847.296.** Agravante: José Roberto de Carli. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 22 jun. 2021.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas-corpus n. 206.145**. Agravante: José Roberto de Carli. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 dez. 2021.

> a demonstração da materialidade do crime imputado ao acusado. [...]

É importante notar que nesses exemplos, tanto o STF quanto o STJ justificaram racionalmente a validade da prova, não obstante a existências problemas na cadeia de custódia, esclarecendo objetivamente que a sua violação não implicou prejuízo à defesa, porque o defeito na documentação não retirou a confiabilidade de que o crime imputado ao réu foi devidamente comprovado, sinalizando que permanece hígida a concepção de que eventuais inobservâncias de regras procedimentais não estão inseridas nas causas de ilicitude da prova.

Mas há, ainda, outras hipóteses em que até mesmo a perda do vestígio não irá acarretar a inadmissibilidade da prova ou determinar a sua retirada do processo, se tal fato não comprometer o direito de ampla defesa do acusado. A título de exemplo, imaginemos a hipótese de um incêndio acidental na central de custódia que consumir toda a droga apreendida na posse do réu, quando isso ocorrer depois que o laudo definitivo tiver sido produzido e já submetido ao crivo do contraditório em que não houve alegação de problema na cadeia de custódia até então. Também não implicará prejuízo à defesa ou mácula à validade da prova o rompimento inadvertido do lacre do invólucro em que armazenado uma arma de fogo em que a sua numeração não tiver sido raspada. Nesse caso, mesmo não se preservando a integridade da cadeia de custódia na fase do armazenamento, essa falha não retira a credibilidade do vestígio, pois facilmente o problema da existência da arma se resolve, mediante a comparação da arma sem lacre e seu número de registro, com os demais dados documentados no processo, especialmente com o autor de apreensão.

Assim, a questão central que se coloca no exame do problema da violação da cadeia de custódia é o saber se o vício apontado impede ou não o controle epistêmico da integridade da prova. E se a resposta for afirmativa, então tem-se prova não confiável e, assim, sem condição de ser usada para comprovação da materialidade e/ou autoria.

Nesse sentido, o STF[46] concedeu ordem de *habeas corpus* para trancar definitivamente ação penal, reconhecendo a falta de justa causa e a impossibilidade de desenvolvimento válido do processo, por vícios de incompletude dos laudos periciais que foram produzidos pela perícia criminal e pela completa destruição dos produtos apreendidos na posse do paciente. No caso examinado, foram apontadas falhas graves na fase de investigação levada a efeito pela autoridade policial que inviabilizaram o direito de defesa, pois a prova pericial não indicou objetivamente quais os elementos que revelavam a falsidade dos selos públicos e que tornariam os produtos apreendidos impróprios para o consumo e essa dúvida não foi suprida antes da destruição das mercadorias apreendidas. Assim, diante da impossibilidade material de complementação do laudo pericial pela destruição das coisas apreendidas sem guarda de amostra, a ação penal foi definitivamente trancada.

Em outro julgamento em que se discutia a quebra da cadeia de custódia, o STF[47] decidiu que, podendo a prova cuja credibilidade foi posta em dúvida ser repetida, então ela deveria ser renovada, sem, portanto, simplesmente concluir pela sua inadmissibilidade:

> Reclamação. Penal e Processual Penal. 2. Interceptação telefônica e telemática. 3. Súmula Vinculante 14, do STF. Direito de defesa e contraditório. 4. Situação de dúvida sobre a confiabilidade dos dados interceptados juntados aos autos, embasada em elementos concretos. 5. Necessidade de preservação da cadeia de custódia. 6. Possibilidade de obtenção

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 214.908**. Paciente: Rafael Joseph Belaciano. Impetrante: Diogo Tebet da Cruz e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 set. 2022.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 32.722**. Reclamante: Ricardo Cosme Silva dos Santos. Reclamado: Juízo da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Cáceres. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 maio 2019.

> dos arquivos originais, enviados pela empresa Blackberry, sem prejuízo à persecução penal. 7. Procedência para assegurar à defesa o acesso aos arquivos originais das interceptações, nos termos do acórdão.

O caso tratado nesse julgado diz respeito à manipulação que a Polícia Federal promoveu em diálogos travados por meio de aplicativo da operadora BlackBerry, que se deu com a inserção do nome dos acusados ao lado do *Nickname* ou do ID, sem interferência no conteúdo das mensagens, para melhor compreensão dos diálogos. Ainda assim, o STF, apesar de reconhecer que a alteração dos cabeçalhos das mensagens não comprovasse, automaticamente, a edição das mensagens, ponderou que os arquivos contendo vestígios de crimes poderiam ser editados pela autoridade policial, o que fazia surgir dúvidas sobre a confiabilidade e a fidedignidade da prova. No entanto, não determinou a mera exclusão do vestígio, mas sim a repetição da coleta da prova, pois os arquivos originais ainda estavam mantidos na posse da operadora e, então, ordenou a entrega de cópia desses arquivos originais à defesa do acusado. Na decisão, foi consignado que era possível a repetição do ato de verificação da integridade da fonte de prova, o que não acarretaria prejuízo à defesa do réu. Por isso, mesmo já tendo sido ele condenado em primeira instância no momento do julgamento da Reclamação, a sentença não foi anulada. Entretanto, para equacionar o direito de ampla defesa a ser exercício a partir do recebimento da integridade dos arquivos eletrônicos, foi estabelecido que prazo recursal para a apelação deveria ser devolvido, a contar da disponibilização dos arquivos originais para a defesa.

Vale, ainda, lembrar outros dois julgados emblemáticos do STJ que abordaram o problema com a cadeia de custódia. O primeiro deles foi o HC n. 160.662/RJ[48] proferido no bojo da operação policial "Negócio da China". Na

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n. 160.662.** Paciente: Luis Carlos Bedin e outra. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 18 fev. 2014.

hipótese, os investigados foram alvo de interceptação telemática e telefônica, sendo que, ainda na Polícia Federal, houve o extravio dos arquivos originais da interceptação telemática (violação na guarda do vestígio) e os áudios das conversas interceptadas não foram disponibilizados para a defesa na forma como captados, havendo a descontinuidade nas conversas e na sua ordem, comprometendo, assim, o pleno exercício do contraditório pelos réus, o que levou à declaração da ilicitude da prova. Trata-se de caso julgado ainda no ano de 2014, mas em voto de um dos magistrados do STJ foi registrado que houve a violação da cadeia de custódia, pois a autoridade policial não conservou a fonte da prova, o que hoje significaria uma violação da cadeia de custódia na etapa do armazenamento (art. 158-B, IX, do CPP). E dado o comprometimento de confiabilidade no resultado das interceptações telemáticas e telefônicas, bem como verificada a impossibilidade de serem repetidas, houve a determinação de exclusão desses vestígios da ação penal.

Um outro caso julgado pelo STJ digno de nota é o HC n. 653.515/RJ[49], relativo a fato ocorrido já na vigência da Lei n. 13.964/2019 e que diz respeito a problema de acondicionamento (art. 158-B, V, do CPP) de droga que foi apreendida em operação policial e cuja posse foi atribuída à um réu preso em flagrante. No caso foi constatado que a polícia não agiu de forma a preservar a cadeia de custódia da droga apreendida, pois o elo de acondicionamento foi rompido e isso comprometeu a integridade e a autenticidade da prova, valendo transcrever o seguinte excerto do acórdão[50]:

> [...] O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n. 653.515**. Paciente: Alexandre Rodrigues da Silveira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 23 nov. 2021.

[50] BRASIL, *Ibid*.

> apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP) [...]

Ao desenvolver o seu voto, um dos magistrados do STJ ressaltou que a questão relativa à quebra da cadeia da custódia merece ser tratada conforme o caso concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, poderão haver desfechos diversos, condicionado ao grau de relevância que a inobservância das regras procedimentais terá sobre a confiabilidade da fonte de prova. No caso examinado, o réu acabou absolvido da acusação de crime de tráfico de drogas, não porque houve problema no acondicionamento da droga, mas porque não haviam outros elementos suficientes para incriminá-lo. Contudo, o mesmo réu foi condenado nas penas do crime de associação para o tráfico, em razão da confissão que ele deu em juízo de que agia como olheiro do tráfico.

4 CONCLUSÃO

As alterações introduzidas pela Lei n. 13.964/2019 no Capítulo II do Título VII do CPP brasileiro foram muito importantes, porque agregaram normas procedimentais que disciplinaram os procedimentos mínimos para

a produção de provas criminais, estabelecendo como cada uma das etapas de apreensão de uma fonte de prova deve ser realizada, o que até então não existia e era causa de insegurança jurídica para as partes e até mesmo para os agentes públicos encarregados de coletar vestígios e examiná-los, tarefa em regra realizada por policiais e peritos criminais.

Essa forma legal de agir foi chamada de cadeia de custódia, que compreende o conjunto de todos os procedimentos para a identificação, coleta, manutenção, guarda, armazenamento etc. e documentação histórica do vestígio, desde o momento em que uma autoridade toma conhecimento da existência de crime. O seu início, portanto, dá-se com a **preservação do local de crime** ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio e se prolonga até o descarte.

A importância da disciplina legal da cadeia de custódia é a de evitar a desordem e conferir segurança jurídica para as partes e para os órgãos de investigação, pois a observância das regras de atuação em cada uma de suas etapas diminui o risco de se contaminar a fonte de prova e contribui para preservá-la tal qual foi coletada, minimizando ou afastando qualquer possibilidade de dúvida acerca de sua integridade.

Em face disso, a preservação da cadeia de custódia deve ser buscada e é uma imposição lógica para se permitir uma conferência da autenticidade da fonte de prova, a fim de assegurar que aquele dado vestígio possa ser acreditado e empregado na tarefa de reconstrução histórica dos fatos narrados na denúncia, de modo a permitir o julgamento mais justo possível.

As normas que disciplinam a cadeia de custódia não estabelecem direitos e deveres de sujeitos, mas orientações de como os agentes públicos encarregados de produzir prova criminal devem atuar desde o momento em que tomam conhecimento do fato criminoso ou da existência de um vestígio de interesse criminal. São, portanto, normas procedimentais e, como tais, não encerram um fim em si mesmo, mas estão a serviço do processo para maximizar a garantia de autenticidade da fonte de prova, a fim de que esta possa espelhar a mais confiável realidade histórica e axiológica.

Nesse passo, eventual problema na cadeia de custódia não determina a inadmissibilidade da fonte de prova ou a sua inexorável exclusão do processo. Se, eventualmente, houver a quebra da cadeia de custódia, o juiz deverá decidir, no momento da valoração da prova, se aquele vestígio cuja cadeia de custódia foi rompida ainda preserva atributos confiáveis que possam incriminar o réu, sendo que em caso de dúvida deve concluir pela absolvição, se outros elementos de provas não justificarem a condenação.

Essa aferição de aptidão da fonte de prova para incriminar o réu deverá se dar em dois estágios: no primeiro, o juiz deve ponderar se além da quebra da cadeia de custódia há algum dado apontando modificação, alteração, adulteração da fonte de prova e, em seguida, dirá se a prova produzida ainda é merecedora de crédito para incriminar o réu, ou se o vício apontado na cadeia de custódia foi suficiente para retirar do vestígio a sua fidedignidade.

Para terminar, trazemos um fragmento de acórdão[51] relatado pelo Min. Olindo Menezes, desembargador convocado do TRF da 1ª Região para atuar no STJ:

> [...] 3. O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade [...].

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas-corpus n. 147.885**. Agravante: Rodrigo Felício. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 7 dez 2021.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 abr. 023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento operacional padrão**: perícia criminal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2013.

BRASIL. **Portaria Senasp n. 82**, de 16 de julho de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília, DF: Diário Oficial da União, seção 1, ano 151, n. 136, p. 42, 2014.

BRASIL. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n. 160.662/RJ**. Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento do writ. Precedentes do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. Quebra de sigilo telefônico e telemático autorizada judicialmente.

Supressão de instância com relação a um dos pacientes. Presença de indícios razoáveis da prática delituosa [...]. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000153608&dt_publicacao=17/03/2014. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas-corpus n. 77.836/PA**. Processo penal. Recurso em habeas corpus. Crimes contra as relações de consumo. Lei n. 8.137/1990. Receptação qualificada e associação criminosa. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Não demonstração de plano de possível constrangimento ilegal. Interceptação telefônica. Nulidade. Não ocorrência. Sucessivas prorrogações. Possibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Quebra da cadeia de custódia. Relatório circunstanciado. Prescindibilidade. Revolvimento da prova. Impossibilidade na via eleita. Recurso não provido [...]. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 5 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788420&num_registro=201602865444&data=20190212&formato=PDF. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.847.296**. Penal. Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrabando. Art. 334-a, § 1º, inciso iv, do CP. Cigarros. Materialidade comprovada. Quebra da cadeia de custódia da prova não demonstrada. Nulidade. Ausência de prejuízo. Agravo regimental não provido [...]. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 22 de junho de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100493816&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n. 653.515/RJ**. Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação para o narcotráfico. Quebra da cadeia de custódia da prova. Ausência de lacre. Fragilidade do material probatório residual. Absolvição que se mostra devida. Associação para o narcotráfico. Higidez da condenação. Ordem concedida [...]. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100831087&dt_publicacao=01/02/2022. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas-corpus n. 147.885**. Agravo regimental no habeas corpus. Organização criminosa. Tráfico de drogas. Nulidade. Interceptação telefônica. Ausência de integridade e integralidade. Ausência de cadeia de custódia. Não configuração. Revolvimento fático-probatório. Ausência de ilegalidade [...]. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 7 de dezembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101562576&dt_publicacao=13/12/2021. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 117.102/SP**. Habeas corpus. Processual penal. Audiência de instrução. Inversão da ordem de inquirição das testemunhas. Artigo 212 do código de processo penal. Arguição de nulidade. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Ordem denegada [...]. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 25 de junho de 2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4312985. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 116.569/SP**. Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do supremo tribunal federal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, i, "d" e "i". Rol taxativo. Matéria de direito estrito.

Interpretação extensiva: paradoxo. Organicidade do direito. Crimes de peculato e inserção de dados falsos em sistemas de informações. Acórdão denegatório de hc prolatado por tribunal estadual. Impetração de novo writ no STJ em substituição ao recurso cabível. Vedação. Testemunha de defesa inquirida no juízo deprecado antes da oitiva das testemunhas de acusação. Prejuízo. Não comprovação. Nulidade. Inocorrência. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290246. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental Habeas-corpus n. 132.149/AM**. Gravo regimental no habeas corpus. Penal militar e processual penal militar. Crime de furto. Artigo 240, §§ 4º, 5º e 6º, iv do código penal militar. Nomeação de advogado dativo. Corréus. Colisão de defesas. Nulidade. Preclusão. Ausência de demonstração de prejuízo. Alegação de nulidades. Não comprovação do prejuízo. *Pas de nullité sans grief*. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Ausência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade. Agravo regimental desprovido [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 2 junho de 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13044331. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 32.722/MT**. Reclamação. Penal e Processual Penal. 2. Interceptação telefônica e telemática. 3. Súmula Vinculante 14, do STF. Direito de defesa e contraditório. 4. Situação de dúvida sobre a confiabilidade dos dados interceptados juntados aos autos, embasada em elementos concretos. 5. Necessidade de preservação da cadeia de custódia. 6. Possibilidade de obtenção dos arquivos originais, enviados pela empresa Blackberry, sem prejuízo à persecução penal. 7. Procedência para assegurar à defesa o acesso aos arquivos originais das interceptações, nos termos do acórdão [...]. Relator:

Ministro Gilmar Mendes, 7 de maio de 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502343. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Habeas-corpus n. 206.145/PR**. Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Contrabando. Alegação de quebra da cadeia de custódia. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758717137. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 214.908/RJ**. Penal e processo penal. Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Venda de produtos impróprios para consumo – art. 7º, IX, da Lei 8.137/90. Apreensão de isqueiros com supostos selos do Inmetro falsificados. Alegação de ausência de justa causa pela falta de indicação dos elementos não verdadeiros. Laudos periciais genéricos. Descumprimento à norma do art. 170 do CPP. Destruição dos produtos apreendidos. Quebra da cadeia de custódia da prova. Arts. 158-A e 158-B do CPP. Doutrina e precedentes, inclusive anteriores à previsão legal e vigentes à época dos fatos. Impossibilidade do controle epistêmico da validade da prova. Inviabilização do exercício do direito de defesa. Apresentação, por parte da defesa, das notas fiscais e do registro do revendedor no Inmetro. Acolhimento da alegação de ausência de justa causa para instauração e desenvolvimento válido do processo. Concessão da ordem, com o trancamento definitivo da ação penal [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 27 de setembro de 2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764147817. Acesso em: 23 abr.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas-corpus n. 220.138/RS**. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas.

Quebra da cadeia de custódia. Ausência. Mera divergência no lançamento da quantidade de maconha (0,38 g no auto de apreensão e de 0,78 g no laudo definitivo). Desclassificação do crime do art. 290 do CPM para o delito do art. 28 da Lei de drogas. Impossibilidade. Reexame de provas. Decisão agravada em harmonia com entendimento consolidado pela Suprema Corte. Reiteração dos argumentos expostos na inicial, os quais não infirmam os fundamentos da decisão agravada. Manutenção da decisão por seus próprios fundamentos. Agravo ao qual se nega provimento [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli, 13 de dezembro de 2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765744439. Acesso em: 23 abr. 2023.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime, Lei 3.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. (Orgs.) **Código de Processo Penal comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

INAO. Appelation d'origine protégée/contrôlée (AOP/AOC). Montreuil, 2015. Disponível em: https://www.inao.gouv.fr/Les-signes-officiels-de-la-qualite-et-de-l-origine-SIQO/Appellation-d-origine-protegee-controlee-AOP-AOC.Acesso em: 23 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime, comentários à Lei 13.964/2019, artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2020. E-book.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: J. Alves de Sá. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 331, p. 6-9, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo pena**l. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado, Lei 13.964/2019 e promulgação dos vetos de 29.04.2021**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

O QUE é denominação de origem? **Winepedia**, 19 dez. 2016. Disponível em: https://www.wine.com.br/winepedia/sommelier-wine/denominacao-origem-vinhos/. Acesso em: 23 abr. 2023.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PRADO, Geraldo.. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

VILAR, Gustavo Pinto; GUSMÃO, Luiz Eduardo. Identificação, isolamento, coleta e preservação do vestígio cibernético. *In:* VELHO, Jesus Antonio. (Org.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millenniu, 2016. 18 p.

CAPÍTULO 19

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO CORROMPIDO: A REDUÇÃO DA EFICÁCIA NA PERSECUÇÃO PENAL DO ESTADO

THE CORRUPTED BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS: THE REDUCTION OF EFFECTIVENESS IN STATE CRIMINAL PROSECUTION

Gilson Miguel Gomes da Silva[1]

RESUMO

O artigo propõe analisar as modificações legislativas e interpretações doutrinárias de alguns dos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro. Pretende apresentar a intenção de setores da doutrina em reduzir a atividade do juiz no processo, por interesses particulares. A demonstração da hipótese contemplará uma síntese dos aspectos do sistema acusatório, mormente quanto à verdade real, a iniciativa probatória do juiz e a preservação de sua imparcialidade; investigará a opção processual de países democráticos; contextualizará críticas à teoria da dissonância

[1] Aluno do curso de Doutorado em Direito, da Universidade Estadual Paulista (Unesp) – Campus de Franca/SP; Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Especialização em Pós-Graduação Lato Sensu – Especialização em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM); Curso de Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco/SP (APMBB/SP); Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Professor de Direito Processual Penal, graduação em Direito, Universidade de Araraquara/SP (Uniara). E-mail: gilsog@tjsp.jus.br. Currículo: http://lattes.cnpq.br/6637838761389313. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-6364-5875.

cognitiva adaptada ao âmbito jurídico; e ao final, seguirá reflexão acerca do interesse público na decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE: processo acusatório. imparcialidade. verdade. dissonância.

ABSTRACT

The article proposes to analyze the legislative changes and doctrinal interpretations of some of the provisions of the Brazilian Code of Criminal Procedure. It intends to present the intention of sectors of the doctrine to reduce the judge's activity in the process, for private interests. The demonstration of the hypothesis will contemplate a synthesis of the aspects of the accusatory system, mainly regarding the real truth, the judge's probative initiative and the preservation of his impartiality; will investigate the procedural option of democratic countries; it will contextualize criticisms of the theory of cognitive dissonance adapted to the legal context; at the end, a reflection on the public interest in the judicial decision will follow.

KEYWORDS: *accusatory process. impartiality. true. dissonance.*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Aspectos do sistema acusatório. 2.1 Sistema acusatório: o adversarial system e inquisitorial system; 2.2 Posição do juiz no processo não inquisitivo. 3 Poder de instrução do juiz e imparcialidade. 3.1 Decisões de tribunais estrangeiros e imparcialidade; 3.2 A verdade real no processo penal. 4 Multiplicação de linguagem e silêncio. 5 Teoria da dissonância cognitiva. 5.1 Considerações sobre o experimento de Bernd Schünemann; 5.2 Adaptação do experimento de Bernd Schünemann perante o processo brasileiro. 6 Decretação de medidas cautelares, de ofício, pelo juiz. 7 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os fenômenos da violência e do crime estão impregnados na história da humanidade, desde os seus primórdios, e nesse trilhar violento e permeado pela insegurança os indivíduos se uniram e — quer pela natureza gregária do ser humano extraída da visão Aristotélica ou pela compreensão Hobbesiana de que os indivíduos preferiram a reunião em grupos decorrente de postura egoística e individual tendente a usufruir, por meio da sociedade, de maiores vantagens, como o conforto e a segurança (MASCARO, 2016) —, de qualquer sorte, o Estado originou-se, porquanto eleito ente forte o suficiente e capaz de organizar a vida em comum de seus integrantes.

Não há dúvidas de que as leis viabilizam a organização da vida social. Os ordenamentos jurídicos em geral disciplinam o casamento e herança, firmam reparação de prejuízos, asseguram recursos a menores e punem o homicídio. Porém, "as normas não são apenas meios práticos de governação e organização social. As leis também simbolizam as sociedades desejadas pelos legisladores, prometendo justiça e equidade, uma visão de civilização" (PIRIE, 2022).

Não obstante a consagração de regras de convivência grupal, pautada no respeito mútuo, ainda se revela imprescindível a atividade de promoção de direitos e de garantia do Estado, especialmente para dirimir conflitos humanos, seja no seio doméstico ou no âmbito social, sob pena de desagregação e retomada do caos original.

É que a evolução da civilidade humana, na seara da observância dos direitos alheios e o acolhimento dos desvalidos, caminha sem homogeneidade. Não há notícias de que algum país se goze do permanente domínio da paz, e que se tenha cedido ou abandonado as trincheiras do campo criminal, mesmo durante o período de calmaria e tranquilidade de seus cidadãos.

Em parcela dos países denominados de primeiro mundo, embora com índices criminais diminutos em comparação aos demais, os registros apontam a basilar indispensabilidade da constante vigilância preventiva e repressiva às condutas criminosas.

Especificamente no Brasil, os indicadores do nível das condutas praticadas para fins criminais, providas ou não de violência, espelham a incapacidade do sistema criminal na manutenção da paz pública. Basta se observar a expressividade dos indicadores da criminalidade violenta no solo brasileiro e o fato de o País ostentar o deplorável e desonroso índice de 20,4% dos homicídios do planeta, embora tenha somente 2,7% de seus habitantes; isso ao se levar em conta a redução da quantidade de mortes violentas intencionais no ano de 2021 para 47.503 vítimas, enquanto, em 2017, o patamar era de 63.895 — segundo dados do *Anuário Brasileiro da Segurança Pública*, ano 15 (BUENO; LIMA, 2021).

A prestação atinente à composição dos litígios efetiva-se por meio do processo, e sua finalidade mediata confunde-se com aquela de atuação do Direito Material — a paz social —, seguida da imediata, esta consistente na concretização da pretensão punitiva estatal.

A assunção pelo ente estatal do dever de pacificação das controvérsias sepultou a permissividade do exercício da força entre particulares: "Abolida que está a vingança privada, a sanção penal é hoje monopólio do Estado, pois o direito penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada. Só o Estado, portanto, tem o poder de punir" (MARQUES, 1997).

Deveras, entendido que o Direito em geral prima pela paz à sociedade, forçosa a conclusão de que o objetivo do direito penal se centra na exclusão da solução de questões conflituosas por meio da guerra, e o direito civil resolve conflitos distintos da guerra. Essa força metafórica traz a reflexão de que a proibição da guerra a converte em delito, de maneira que o escopo do direito penal se verte na exclusão ou no combate ao delito. Afrontaria a razão pensar-se que o crime seja combatido dessa forma, porque, primeiramente ao juiz, às famílias, às escolas, às igrejas, aos amigos, às casas de acolhimento, aos hospitais etc. todos detentores de múltiplas opções distintas da guerra na resolução da problemática.

Todavia, a marcante diferença do direito penal em relação a "outros institutos, o combate imediatamente, isto é, não operando sobre as causas do

delito senão sobre o delito mesmo [...] não obstante toda outra providência [...] é o direito penal ao que, em todo caso, corresponde a última palavra contra o mesmo" (CARNELUTTI, 2004).

Com efeito, frustrada a lei cogente, o direito material precisa ser realizado, a fim de que a estabilidade social se perfaça nos termos do império da lei. Daí a função repressiva do processo penal, além de sua vertente garantista dos direitos do imputado, uma vez que se exige tão só a condenação do culpado, jamais de um inocente (GRECO FILHO, 1999).

Portanto, se por um ângulo o processo penal deve assegurar os direitos cabentes ao imputado, noutro, revela-se essencial que esteja dotado de instrumentos capazes de veicular o terreno seguro para a jornada do *jus puniendi* do Estado.

Destarte, para fielmente cumprir sua missão, o aparato normativo, tanto de direito material como processual, precisa ser compatível com a finalidade da paz social e dos meios oportunizados ao Estado.

Apesar dessa concepção, nota-se que, ao corpo de dispositivos processuais, foram introduzidos institutos desnecessários e alteradas disposições de regramento sob argumentos dissimulados e ilusórios, por vezes, não adequadamente aquilatados, de viés unilateralmente garantista — isto é, num insensível esquecimento da vítima, de testemunhas, dos demais intervenientes na *persecutio criminis*, enfim, da sociedade também vulnerada pelo crime —, e somente estão ombreados ao lado do imputado, num disparate de desproporcionalidade entre os mecanismos elementares voltados à apuração criminal e fictícios meios de proteção de direitos.

A par disso, o estudo contemplará a análise de algumas modificações inseridas na legislação pátria, mormente no Código de Processo Penal (CPP), e o palco de verificação enfocará: as características do sistema acusatório; a inserção no processo do chamado juiz das garantias; e a consequente questão sobre a limitação do juiz na produção probatória e no decreto da prisão preventiva de ofício ou mesmo a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

A investigação pretende apontar distorções nas acepções de conceitos, em instrumentos processuais, além de indicar a manipulação de dados e da linguagem, em prejuízo do cientificismo jurídico processual.

Ao final, espera-se que o trabalho desdobre na respeitosa provocação de discussões dos intérpretes do direito, no anseio de que a colaboração atraia a modificação de algum comportamento.

2 ASPECTOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A doutrina registra três distintos sistemas de processo penal: o inquisitivo, o misto e o acusatório.

No inquisitivo, as características peculiares estão na inexistência do contraditório, o que suprime regras relacionadas ao direito igualitário e mesmo de liberdade no processo. Acrescenta-se que as atividades de acusar, defender e julgar se concentram na pessoa única do juiz, quem tem poder para iniciar o processo, coletar as provas que entender necessárias e, depois, proferir a decisão. Marca fundamental ainda está na possibilidade da obtenção da confissão, conhecida como a "rainha das provas", por meio de tortura do imputado. Este não se afigura sujeito de direitos, mas mero objeto do processo, desprovido de garantias, num procedimento secreto e escrito (CAPEZ F., 2017).

Respeitante ao processo misto há três fases: "a) Preliminar, a cargo da Polícia Judiciária, sob a orientação do Ministério Público; b) instrução preparatória, a cargo do Juiz instrutor; c) fase do julgamento. Das duas primeiras não participa Defesa. Na fase do julgamento, o processo se desenvolve *contradictoirement*" (TOURINHO FILHO, 2018).

No processo acusatório destaca-se: a) a divisão das funções de acusar, defender e julgar atribuídas a pessoas distintas; b) a existência do direito ao contraditório e, em decorrência, a igualdade entre as partes no tocante a direitos e obrigações; c) a publicidade dos atos processuais para a fiscalização

do povo (excepcionalmente, restrita em casos de interesse público); e d) a incumbência de a acusação iniciar o processo.

Tourinho Filho (2018) acrescenta que no direito brasileiro o sistema é o acusatório, mas não puro, ou seja, ao juiz são conferidos poderes processuais inexistentes no acusatório ortodoxo. Pode, assim, o julgador determinar provas complementares às partes e mesmo antecipadas, quando perceber que poderão perecer. Essa nitidez pode ser inferida, ao menos, por meio do CPP (BRASIL, 1941) e, desde a promulgação da atual Constituição Federal (BRASIL, 1988), há separação das atividades de acusar, defender e julgar, embora a Carta Política não tenha previsto o sistema processual acusatório, podem ser extraídos diversos de seus caracteres.

No seu artigo 129, inciso I, atribuiu a função privativa do Ministério Público em promover a ação penal pública, e ao ofendido ou seu representante legal, nas ações penais privadas, inclusive na chamada subsidiária da pública, (art. 5º, LIX, CF, arts. 29-31, 33 e 37, CPP). O increpado será defendido por advogado de sua confiança ou, se financeiramente incapaz, por meio de Defensor Público ou dativo (art. 5º, LXXIV, CF e arts. 32, 185, *caput*, 396-A, § 2º, e 552, parágrafo único, CPP). Respeitante ao juiz, o CPP mostra-se pródigo em elencar suas funções e se preocupou com a manutenção de sua imparcialidade para o julgamento do pedido contido na acusação, à mercê da análise da tese defensiva, dentro da formação de sua livre convicção pelas provas contidas nos autos, à luz do ordenamento jurídico (arts. 155, 251 e ss).

A Lei n. 13.694, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), denominada Lei Anticrime, inseriu o art. 3º-A no CPP e previu ao processo penal a "estrutura acusatória", além de vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atividade de construção de provas pelo órgão acusatório.

Observa-se que a legislação deixou de agasalhar o sistema acusatório e preferiu a "estrutura acusatória", postura que revela o pensar de Tourinho Filho (2018) em epígrafe.

O novo dispositivo se preocupou em garantir a imparcialidade do julgador, mas, desde logo, excepcionou a concorrência do juiz na produção

de provas, unilateralmente, a favor da defesa. Exibe-se perigosa tal exceção, porque pode gerar uma espécie de juiz-defensor, em franca ofensa a diversos institutos consagrados, entre estes o da igualdade e paridade de armas.

Poderia ser argumentado que a atuação protetiva do juiz ao acusado remonta, justamente, a ideia de que o Ministério Público tem maior aparelhamento e, por isso, o dispositivo pretende restabelecer o equilíbrio. Só que não se sustenta à vista da existência de grandes escritórios e renomadas sociedades de advogados dotados, por vezes, de muito mais recursos, de forma que o desequilíbrio desfavorece à acusação. Ademais, haveria conflito aparente de normas, em relação ao disposto no mencionado artigo 156, incisos I e II, do CPP (respectivamente: "ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida"; "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante").

Aliás, nesse ponto, descabe falar-se em ofensa total ao sistema acusatório ferindo de morte a imparcialidade do julgador. Contudo, o dispositivo não antecipa a realização de prova dentro do sistema inquisitivo — caracterizado pela absorção das funções de investigar/acusar, defender e julgar pelo juiz —, na verdade, dentro de critérios de proporcionalidade previstos, permite a antecipação da audiência processual para a construção probatória, sob o crivo do contraditório, com a presença das partes ou, ao menos, o representante do suspeito.

Logo, homenageou-se o interesse público, prevendo-se raro e eventual equívoco dos agentes da investigação pré-processual e do órgão de acusação, em hipótese de percepção, pelo juiz, da necessidade de impor medida cautelar, ou de sanar dúvida sobre ponto relente, atividades essas próprias do exercício da jurisdição, na prestação da justiça possível. A fundamentação da decisão do juiz, que determina a efetivação do ato processual antecipado, permitirá a aferição da sua imparcialidade. Diz-se raro e eventual, porque na prática dificilmente ocorre a atuação *ex officio* do juiz, e a previsão da exceção

somente confirma a regra, de maneira que não se pode concluir que o sistema acusatório acabou fulminado.

De qualquer sorte, o dito dispositivo está suspenso, por força da decisão liminar proferida pelo Min. Fux, ao apreciar a medida cautelar nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298, 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 22/11/2020 (BRASIL, 2020).

2.1 Sistema acusatório: o *adversarial system* e *inquisitorial system*

O debate dicotômico relacionado à atividade ou inércia do juiz na etapa processual e, excepcionalmente, na fase administrativa do inquérito, adere-se à maneira que se compreende o processo. Duas alternativas políticas de processo desvinculam a conduta obrigatória do juiz do sistema acusatório em si, distintos pela natureza primordialmente privativista de um e pública do outro. Nos países constituídos sob o prisma da cultura anglo-saxônica nota-se a existência do chamado *adversarial system*; enquanto o *inquisitorial system* — conhecido como processo de **desenvolvimento oficial**, **regra da inquisitividade** ou **princípio da instrução** —, se sobressai naqueles de modelo continental de Direito. Acrescente-se que "os dois se manifestam sob o sistema acusatório, não se podendo fazer confusão quanto ao nome do segundo, com vinculações incorretas ao sistema ou princípio inquisitivo" (ANDRADE, 2013).

Justamente é no *adversarial system* que as partes são responsáveis pelo trâmite do processo e pela produção de provas, com a inércia do julgador na etapa probatória, indiferente ao resultado das decisões junto à sociedade, dentro de preceitos liberais, de cunho nitidamente privado.

Por outro vértice, na modalidade *inquisitorial system* não se atribui tão somente às partes a incumbência e confiança na construção probatória; o juiz concorre nessa atividade para superar a omissão, conveniência ou mesmo eliminar possível aliança das partes, quanto ao oferecimento de provas no processo. A preocupação volta-se a favor do interesse público e

correspondente lisura na prestação jurisdicional, tendente à busca da verdade possível e a entrega da decisão mais próxima a essa possibilidade.

O desconhecimento, a incompreensão ou as distorções relativas ao *inquisitorial system* propiciam a reprovação da atividade probatória do juiz. Entretanto, essa vertente do sistema acusatório não subtrai do juiz a sua imparcialidade ou a transmuda para a inquisição. Presta-se a reportada atividade somente "a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a deles dispor, sobre um tema que é de interesse público" (ANDRADE, 2013).

Em síntese, o âmbito do sistema processual acusatório encontra-se:

a. o *adversarial system,* de índole privatista, conhecida por processo "entre partes", existente nos países de origem anglo-saxônica, integrantes da *Common Law*, em que toda a atividade probatória é realizada pelas partes — as quais assumem os riscos pela instrução deficiente, pela dependência dos recursos de seu defensor, e pelo julgamento —, e a função do juiz se restringe a controlar a legalidade dos atos e a julgar os fatos, de acordo com as provas fornecidas, desprovido de qualquer preocupação com as consequências de sua decisão, em relação às partes e à sociedade;
b. o *inquisitorial system,* conhecido como processo de **desenvolvimento oficial**, **regra da inquisitividade** ou **princípio da instrução**, de natureza pública, em que a figura do juiz tem um papel ativo de instruir o processo, de forma complementar ou autonomamente aos interesses particulares das partes, mediante busca da verdade possível, a fim de formar as bases necessárias ao seu julgamento, em cumprimento a sua obrigação de obtenção da consectária justiça.

No sentido de que a natureza pública do direito processual, civil ou penal, não implica sua aderência ao sistema inquisitivo. Cumpre clarear a permissividade de o sistema acusatório integrar-se por um princípio que "será equívoco chamar inquisitório, e que preferimos denominar investigatório: princípio pelo qual se traduz o poder-dever do juiz de

esclarecer e instruir, independentemente da contribuição das partes, o fato sujeito a julgamento" (GRINOVER, 1982). A referida autora retrata a diferença marcante entre os sistemas inquisitivo e acusatório, quanto à posição do julgador: no primeiro, o inquisidor é o juiz afetado de crédito ilimitado, sem disposição à interlocução com o investigado; no segundo, a regra é o diálogo.

2.2 Posição do juiz no processo não inquisitivo

Acerca da manifestação da "tese, muitas vezes repetida, de que o processo criminal tem uma natureza inquisitiva, envolve uma confusão envolvendo o **fim essencial** do processo, a saber, a averiguação da verdade e a verificação da justiça, com **um dos meios possíveis** para obter este fim" (GOLDSCHIMIDT, 2018, grifo nosso).

A propósito, o processo penal português espelha uma estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação para a conciliação das finalidades em conflito no processo penal.

O sistema acusatório inspira e garante o emprego dos diversos princípios da oralidade, da imediação, do contraditório e da livre convicção, imerso numa participação dos sujeitos processuais na declaração do direito. Por sua vez, o princípio da investigação traduz o poder-dever do órgão judicial de esclarecer e construir, autônoma e independentemente das colaborações das partes, os fatos trazidos a julgamento.

Nesse contexto, a atividade probatória não fica à mercê dos interesses egoísticos das partes, eis que, ao mesmo tempo em que se prestigia formas protetoras ao acusado, também se controla institucionalmente a prestação de obrigação de se alcançar a justiça material.

Pode-se dessumir que "a conjugação desses dois aspectos resulta de igual solução de compromisso acerca do modelo de Estado, de modo que no **Estado social de direito** a vertente 'de direito' pede uma estrutura processual penal acusatória, enquanto a vertente 'social' determina o princípio investigatório (FERNANDES, 2001, grifo nosso).

Quanto ao processo alemão, o juiz detém papel essencial na produção e investigação das provas, sob as quais irá decidir; busca a verdade material e controla os debates em audiência, com o fito de dificultar estratégias escolhidas pelas partes. Ajuizado o processo, a chance de atuação autônoma das partes é reduzida, com forte linha do modelo inquisitivo.

A cautela empregada no direito alemão almeja refutar sua vinculação a um processo puramente de partes, comumente observado nos Estados Unidos, porque se apontam desvantagens ao princípio da investigação judicial, eis que sua ausência submete o imputado, demasiadamente, às qualidades de seu defensor, e "não se pode negociar com justiça; ela não pode chegar a ser objecto de uma persecução de interesses utilitários das partes" (FERNANDES, 2001).

No mais, convém sublinhar a "distinção que necessariamente deve ser feita entre esta **inquisitoriedade e processo penal inquisitório**, com origem no Direito Penal Romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, este último em nada se confundindo com o modelo que se afirma vigente no Ordenamento brasileiro" (TUCCI, 2004, grifo nosso).

A prolação de uma decisão necessita ser não só correta procedimentalmente, mas, sobretudo, justa em seu conteúdo, razão pela qual exige a determinação verdadeira dos fatos. Em outras palavras: "um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto, uma vez que na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade" (TARUFFO, 2014).

Não há sistema processual no mundo que obste a iniciativa probatória do juiz (PACELLI; FISCHER, 2017). Em nenhum tipo de sistema acusatório a simples prova apresentada pelas partes poderia ser suficiente ao mister de julgar os fatos. É que eventual indulgência delas não permite ao juiz firmar concordância com elas. Não o afeta, por si, a confissão do acusado, ou mesmo a aceitação de excludente de criminalidade pela acusação, porquanto deve o juiz buscar fatos reais, a verdade possível, porque "o procedimento acusatório puro não existe mais [...] e claro que o juiz não procede de ofício. E, portanto,

a prova é, antes de mais nada, a demonstração do alegado pelas partes [...] Mas não para aí: não é mero contraste do que foi dito pelo acusador e pelo acusado" (TORNAGHI, 1980).

Realmente inexiste direito de o juiz basear sua decisão tão só extraídas das provas carreadas pelas partes. O que importa no sistema acusatório repousa na separação do ente acusador do julgador, pois os poderes instrutórios do juiz não atraem perigo à sua imparcialidade, porque a entrada de fonte de prova no processo lhe permite que, dela, promova sua produção pelos meios de prova correspondente (BADARÓ, 2016).

As legislações da Espanha, Portugal, Itália e Alemanha conferem poder de iniciativa probatória ao juiz, supletiva às partes, e mesmo na reforma chilena, se ressalvou a permissão de o juiz intervir na produção da prova testemunhal e pericial, posteriormente, às partes; e, na seara normativa, a Constituição Federal de 1988 não vedou "a intervenção ou iniciativa probatória do juiz criminal [...]" (PACELLI; FISCHER, 2016).

No que tange à produção probatória, a dispensar a garantia do juiz nessa atividade: "As diferenças econômicas e técnicas podem influir no resultado se o juiz não se preocupar em eliminá-las, observados os limites legais. Essa consequência é inaceitável para quem vê o processo como meio de acesso à ordem jurídica justa" (BEDAQUE, 2013).

3 PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ E IMPARCIALIDADE

A despeito das considerações tecidas sobre a compatibilidade da produção de provas pelo juiz na esfera do princípio acusatório, impende acrescer, no tocante à garantia da imparcialidade do julgamento judicial, o inciso IX, do artigo 93, do Texto Constitucional dispôs, além da regra do ato público, a obrigação de todos os órgãos do Poder Judiciário prolatarem decisões fundamentadas.

Decorre do princípio da motivação do ato judicial a inferência que se faz concernente ao raciocínio do juiz, o percurso realizado na apreciação e valoração das provas sobre os fatos, à luz do direito manejado e vigente no ordenamento jurídico. Desse modo, as partes poderão aferir o comportamento do juiz ao longo do *decisum*; e se levando em conta que a liberdade de o julgador, quanto ao seu livre convencimento, está vinculada à dedução perante as provas introjetadas nos autos, eventual derivação ou quebra da imparcialidade poderá ser detectada.

Reside, pois, no princípio do livre convencimento motivado, a garantia maior à imparcialidade do juiz, eis que "Se por um lado o juiz é livre para formar o seu convencimento acerca da prova, é imperativo que exponha, motivando as decisões que proferir, os elementos de prova que fundamentam suas decisões e as razões pelas quais esses elementos serão considerados determinantes" (MOUGENOT, 2016).

Em que pese a doutrina tradicional referendar a atividade interventiva do juiz na produção probatória complementar às partes, ou mesmo para determinar, de ofício, a antecipação da coleta de provas consideradas urgentes e relevantes — limitado à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida —, e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (LIMA, 2017), setores doutrinários se puseram a refutar a participação do julgador na gestão da prova e nas análises das representações e requerimentos, respectivamente, da autoridade policial e do órgão acusatório.

3.1 Decisões de tribunais estrangeiros e imparcialidade

Aparentemente, numa averiguação perfunctória de decisões proferidas por Corte Europeia, consoante aos atributos do sistema acusatório, no sentido de que incumbe, às partes, a produção de qualquer prova e que o juiz deve restringir-se ao controle dos atos, valoração e julgamento do processo — limitado à posição de mero espectador, inércia essa orientada à preservação

da imparcialidade do julgador —, foram apresentados os casos Piersack vs. Bélgica, de 1982, de Cubber vs. Bélgica, de 1884, julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) (LOPES JUNIOR, 2016).

Essas decisões da Corte Europeia — manejadas para ilustrar a posição do evoluído continente sobre a incompatibilidade de o juiz produzir provas —, foram afastadas e descartadas, uma vez que não retratavam hipóteses de contaminação do julgador pelas provas e decisões anteriormente proferidas, em prejuízo do condenado.

No primeiro caso, cuidou-se do reconhecimento da imparcialidade de um juiz, quem anteriormente atuou na função de Ministério Público condutor das investigações dos fatos. No segundo, o julgador proibido antes exerceu a função de juiz-instrutor na investigação criminal. Eram sim hipóteses de acolhimento do pedido de imparcialidade, mas impende ressaltar que o ordenamento brasileiro tem hipótese de semelhante impedimento desde a vigência do atual Código de Processo Penal de 1941 (art. 252, II). Interessante salientar, também, no caso Cubber, se o investigador fosse o juiz da causa, desde o século XIX, o direito pátrio já dispunha da respectiva "causa de impedimento, materializando-a na Decisão de Governo nº 81, de 02.04. 1824. Em síntese, ao contrário do que sustenta essa linha doutrinária, absolutamente nada tem o Brasil a aprender com as apontadas decisões proferidas pelo TEDH" (ANDRADE, 2015).

Acrescente-se que esse mesmo autor trouxe em sua obra outros julgados do TEDH, e ressalvou a imprestabilidade dos exemplos de suposta imparcialidade do juiz cotejado com o direito brasileiro.

Em decorrência, percebe-se que as informações, inicialmente extraídas das decisões do TEDH, eram parciais e capazes de alterar a compreensão dos fatos para sustentar a tese de "contaminação" daquele juiz, integrante do sistema acusatório, que se pauta pelo princípio da instrução e determina a produção de provas na fase processual ou se porta de maneira mais ativa na busca da verdade possível, com a intenção de lhe vedar o julgamento da causa, no modelo público de processo.

De consignação o equívoco de se imaginar ser o processo penal brasileiro uma exceção à regra de outros ordenamentos estrangeiros, quanto à previsão de que o juiz pode produzir provas complementares ou mesmo determinar sua produção antecipada, nos termos do artigo 156 do CPP outrora citado.

Em fina sintonia ao processo pátrio, no que tange à iniciativa probatória do juiz, no Código de Processo Penal Espanhol, a regra da produção de provas pelas partes prevista no seu artigo 728,[2] suporta exceções dispostas no artigo 729 (1º e 2º).[3] Destaca o dispositivo espanhol que o tribunal, de ofício, pode: promover acareações e efetivar procedimentos de prova não propostos por nenhuma das partes, que lhe seja necessário para apurar algum dos fatos trazidos à sua apreciação (GUERRA, 2019).

O Tribunal Constitucional Espanhol (STC682005) proferiu decisão que declarou compatível o referido artigo com o direito ao juiz imparcial e ao princípio acusatório. Embora possa haver casos excepcionais do uso indevido dessa faculdade, esses devem ser examinados diante das circunstâncias concretas de cada suposição (JIMÉNEZ, 2019).

3.2 A verdade real no processo penal

Deflagrada a conduta criminosa, exige-se a prestação de resposta estatal pautada, repise-se, na sua obrigação de obtenção da consectária justiça. Para o provimento se perfazer justo não basta ao julgador estar capacitado na melhor interpretação da lei aplicável ao caso concreto.

---

[2] "***Artículo 728.*** *No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas*". Numa tradução livre: "Artigo 728. Não poderão ser realizados outros procedimentos probatórios além dos propostos pelas partes, nem poderão ser ouvidas outras testemunhas além das constantes das listas apresentadas".

[3] "***Artículo 729.*** *Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación*". Numa tradução livre: "**Artigo 729.** Excetuam-se do disposto no artigo anterior: 1. As afrontas das testemunhas entre si ou com os arguidos ou entre estes, que o Presidente concorde *ex officio*, ou por proposta de qualquer das partes. 2. Procedimentos de prova não propostos por nenhuma das partes, que o Tribunal entenda necessários para apurar algum dos factos que tenham sido objecto dos documentos de habilitação".

Alia-se à capacitação o indispensável conhecimento dos fatos reportados violadores da ordem jurídica, e a revelação deles não deve se circunscrever aos elementos probatórios aportados pelas partes, devido à possibilidade de estarem incompletas ou por não registrarem o momento histórico dos fatos adequadamente.

Na defesa da causa, por vezes, os profissionais técnicos dos polos da ação se valem de suas habilidades para obstar a descoberta da verdade, e "não é por acaso que se diz que no processo que se deixa inteiramente à iniciativa das partes, a verdade transforma-se em um objeto impossível de se alcançar, ou irrelevante à finalidade [...]" (TARUFFO, 2014).

E se a decisão justa imprescinde da verdade dos fatos, ao se apurar o seu significado e alcance, a doutrina traz distintas concepções sobre a temática. Há quem traga a ideia de "verdade em conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que a crença não corresponda à verdade objetiva". (NUCCI, 2011). Então, a certeza assume a interpretação subjetiva extraída dos fatos, decorrendo uma verdade também subjetiva, que não induz necessariamente à realidade; esta última consiste na exata realidade do que aconteceu efetivamente. Para Nucci, a orientação do processo penal não recai na busca da verdade objetiva — complexa e nem sempre alcançável —, e o objetivo da parte se volta ao convencimento do juiz sobre a certeza de que a verdade está nos fatos por ela sustentados.

Outros, partem da premissa segundo a qual a verdade situa-se na teoria da correspondência, dentro da perspectiva de "reconstrução do passado" a partir da identificação da linguagem e mundo, em conformidade com a narrativa dos fatos e a realidade deles. Daí porque ao juiz incumbe à verificação da veracidade afirmada sobre a conduta do imputado e a correspondente realidade dos fatos. Decanta ser inaceitável a projeção de um processo não estruturado em regras permissivas da correta apuração da verdade dos fatos, eis que legitima o exercício da jurisdição: "Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder. Se assim não fosse, seria melhor que o processo fosse decidido pela sorte, jogando-se dados" (BADARÓ, 2020).

Para além de se observar a desnecessidade de se distinguir verdade formal — supostamente aceita no processo civil — da verdade material — de índole do processo penal —, porquanto a verdade conceitual é apenas uma e absoluta. Calha aludir o receio de que, na busca da verdade real, o juiz se empenhe a todo custo, mormente na repressão da criminalidade, a ponto de a tornar valor superior à proteção da liberdade individual, ou mesmo procrastinar a decisão final do pedido inaugural (GRINOVER, 1982).

Frise-se que esse poder probatório conferido ao juiz, por sua iniciativa, encontra espaço em sede de ação penal privada, e "nada lhe impede tomar uma atitude, que lhe é imposta como precioso elemento, para assenhorear-se inteiramente da realidade dos fatos e poder adquirir, com a livre avaliação da prova, a íntima convicção indispensável ao julgamento" (ESPÍNOLA FILHO, 2000).

Nesse trilho, sem se olvidar crucial função de garantidor dos direitos individuais de todos envolvidos no processo, o juiz ativo desempenha um papel primordial no refinamento do acervo probatório necessário ao julgamento, quer na ação movida pela justiça pública ou de natureza privada, atitude congruente ao exercício do Poder do Estado na prestação da justiça possível.

Ele parte da narrativa e dos elementos produzidos pelas partes para os confrontar e, na hipótese de o conjunto se manifestar insuficiente à formação da sua convicção, caso vislumbre fonte de prova não exaurida e que o meio de prova se eleva passível de apreensão — acautelado a obstar, por um lado, a iniquidade de sua inércia, com a exclusão da prova e, por outro, a evitar a injustiça que representaria a sua atividade adicional envereda ao campo da protelação ou busca incessante da verdade inconquistável —, deve determinar a sua efetivação, submetendo-a ao crivo do contraditório.

O ângulo dessa atuação ativa advém do pensamento de que "enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação e da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou *non liquet*" (ESPÍNOLA FILHO, 2000).

Salienta-se que iniciativa probatória suplementar do juiz não viola o princípio da imparcialidade, tendo em vista que ele desconhece, *a priori*, qual o resultado da diligência, se favorável à acusação ou à defesa. Ademais, "juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial" (LIMA, 2017).

Basta a hipótese de o acusado negar a autoria delitiva em interrogatório judicial, sob a alegação de que houve equívoco na sua identificação, visto que não cometeu o roubo com emprego de arma e motocicleta, porque na data e horário, ele e seu veículo estavam na oficina do "Carlos", para reparos; e por estar preso por outro processo não conseguiu falar com o Defensor Público, ficando privado de indicar e apresentar sua prova. Ao encerrar a instrução oral, o Ministério Público (imaginando que o juiz já tenha convicção formada pela condenação) e a Defesa técnica (ciente de que o álibi não se sustenta) não requerem mais provas. É o típico exemplo de que só o próprio juiz sabe de sua dúvida agora ali perenizada sobre a versão do acusado e dos fatos. Nesse caso, não obstante a legislação atual o autorize, fica patente que há interesse público na busca da verdade possível, consistente na oitiva da testemunha referenciada pelo acusado (Carlos) e eventuais registros documentais ou visuais gravados naquela oficia, a respeito do suposto álibi. Nesse momento processual, ainda não cabe o *in dubio pro reo*. Determinada a diligência, o juiz não sabe qual será o resultado (versão verdadeira e provada; ou inexistência da oficina, do Carlos, ou existência sem o comparecimento do acusado na oficina). Assim, a imparcialidade do julgador se mantém incólume.

Por outro giro, nesse exemplo, à míngua de interesse das partes, se o juiz permanecer na dúvida e inerte, daí sim terá vulnerada sua imparcialidade, uma vez que optou, precipitadamente, pelo cômodo édito absolutório. A depender do resultado daquela diligência, poderia até suceder a absolvição, contudo a obrigação de obtenção da decisão justa e transparente acabou previamente abandonada. Apesar de a decisão, no primeiro modelo de absolvição, tecnicamente aparentar retidão na vertente formal, é no segundo modelo de absolvição, após exaurida a fonte de prova, que repousa o dever substancial do Estado-Juiz.

4 MULTIPLICAÇÃO DA LINGUAGEM E SILÊNCIO

Analisada, no tópico "2", a inutilidade das decisões do TEDH quanto à imparcialidade do juiz atuante na produção de provas, para fins de comparação ao sistema processual brasileiro, passa-se a investigar o manuseio e a distorção de palavras, frases e conceitos.

Narrou-se acima o entendimento doutrinário de que "juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial". Na edição da obra mais recente, o mesmo autor traz toda a linha de pensamento favorável à iniciativa probatória do juiz, só que altera o seu ao trazer compreensão totalmente antagônica de outra corrente doutrinária. Diz que o entendimento favorável à iniciativa probatória do juiz "sempre foi criticado pela doutrina nacional [...] não se pode admitir a atuação *ex officio* do magistrado, sob pena de violação ao sistema acusatório e, consequentemente, à imparcialidade do magistrado" (LIMA, 2020).

Justifica que o juiz, ser humano, se determinar, de ofício, a produção de provas, seja em favor a qualquer das partes, acabará vinculado a tal decisão. Mesmo que de maneira involuntária, afirma que terá a tendência de manter o *decisum*, e, para tanto, superestimar as provas convergentes, subestimar e repelir as antagônicas.

Obviamente não se censura jamais o estudioso do Direito pela modificação de seu anterior entendimento. Como no caso, revela humildade e aprimoramento de ideias ao longo dos anos, numa importante e densa obra, de fôlego. Mas se aproveita a oportunidade de colaborar com o debate salutar e construtivo de ideias.

O setor doutrinário em questão tece elogios à figura do chamado "juiz das garantias", introduzida no CPP pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019), por ocasionar uma ruptura entre as fases de investigação e julgamento do processo, garantindo a imparcialidade do julgador final. Fixada na previsão legal de que um juiz participa como garantidor dos direitos do investigado na etapa administrativa, e outro a partir da produção de provas em juízo, acredita

que a ausência de decisão anterior preserva a imparcialidade desse segundo juiz para a prolação do provimento final.

Colocada a questão em outros termos, essa corrente sustenta que a participação do juiz na etapa do inquérito policial, pela fiscalização de prazos, análises de representações e requerimentos para a decretação de medidas cautelares, demais atos relativos à reserva de jurisdição, "contaminam" o julgador, quem passa a adotar postura processual tendente a manter a decisão anterior.

A bem da verdade, era perceptível que a inclusão do juiz das garantias no processo penal brasileiro baseava-se em concepção dogmática, ante a carência de estudos estatísticos idôneos comprovadores de que: injustas condenações derivaram dessa contaminação e não de falhas outras; as decisões prejudiciais anteriores à instrução processual, mesmo com absolvições posteriores não são aptas a afastar tal contaminação; a quantidade de medidas cautelares (interceptação telefônica; dados fiscais e bancários, busca e apreensão) seguidas de arquivamentos de inquéritos policiais pela ausência os requisitos para o oferecimento da denúncia nada revelam sobre a não contaminação; os juristas do passado, formadores de todas as atuais gerações, não foram capazes de vislumbrar esse fenômeno e ignoravam a existência da teoria da dissonância cognitiva, porque nada se encontra a tal respeito em suas obras etc.

Em que pese ainda não haver respostas a essas e diversas outras indagações relacionadas à suposta contaminação do juiz, mais recentemente se difundiu um estudo realizado no longínquo ano de 1957, pelo psicólogo americano Leon Festinger, denominada Teoria da Dissonância Cognitiva.

Referenciada teoria foi importada e se tenta incorporá-la ao pensamento do jurista, a fim de o conquistar sob o viés do comportamento cognitivo do juiz e amparar a pretensão de se constituir um processo penal de partes, *adversarial system*, sem espaço a qualquer atividade probatória do julgador. Nesse modelo, para a preservação de sua imparcialidade, a posição processual do juiz se reduz a mero ente controlador da legalidade dos atos e julgador do processo, na ótica das provas exclusivamente escolhidas pelas partes.

A aparência de realidade da incidência dos efeitos da teoria da dissonância cognitiva na atuação do juiz no processo, acabou engrandecida pelo trabalho do alemão Bernard Schünemann, intitulado "O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança" (SCHÜNEMANN, 2013).

A divulgação parcial, com supressão de relevantes pontos distintos entre os modelos brasileiro e alemão, distorcem a realidade da moldura enxergada por Schünemann, tanto quanto à fundamentação da experiência prática quanto aos resultados colhidos, quando foi encetado o experimento em laboratório.

O fenômeno da propagação de informações distorcidas, manipulação de dados, apropriação de conceitos e palavras, não é algo recente, mas a potencialização de seus efeitos ganhou sensível irradiação na moderna vida construída junto às redes eletrônicas de comunicação.

Efetivamente, a disseminação das ideias inadequadamente usurpadas daquela teoria do comportamento contou com a colaboração coincidente do movimento pós-modernista. Neste se observa pautas relacionadas à desconstrução da razão, no viés de que nada direciona ou reduz a liberdade da pessoa; ela se faz e comporta, agora autorizada, a realizar ou enunciar seus sentimentos, despreocupada da certeza dos seus atos, rumo ao que lhe aproveita interessante; e o hedonismo e toda essa gama de refluxo ativista se banham na crença imperdoável de que a civilização ocidental promoveu a opressão, dominação e destruição dos povos. Desse modo, "o pós-modernismo torna-se, então, uma estratégia ativista contra a aliança entre a razão e poder" (HICKS, 2021).

Na arena jurídica, a adaptação defeituosa da teoria comportamental em tela prolifera-se numa expansão vertiginosa, por conta das características inerentes ao empenho argumentativo e retórico dos juristas, fruto da expressão constitucionalista permeada de valores e princípios norteadores do ordenamento. Tomados como mandados de otimização, "o estabelecimento de um Estado democrático constitucional cria um contexto institucional para a solução de problemas jurídicos. [...] O mecanismo para fazê-lo é a argumentação jurídica, ou o discurso jurídico" (ALEXY, 2015).

Esse terreno fértil, por vezes, pantanoso, possibilita a agregação de nuances desestruturadas, ficções indissociadas da ilusão, achincalhos inclinados a marchar e enlamear o tapete e o edifício dos esforços evolutivos, numa estratégia de destruição ou de dividir para conquistar.

Amostra disso são os insultos recebidos pelo CPP de que detém concepção fascista. Talvez, essa associação pejorativa decorra do fato de que a legislação foi introduzida no ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei nº 3.689, publicado no ano de 1941, época em que o regime fascista italiano perdurava desde 1922.

O artigo 312 dispunha sobre a prisão preventiva obrigatória e já nos idos de 1974 suscitava críticas e tal sentido. Deve ser ressalvada visão diversa, ao se notar que o Código previu uma série "antifascista" de recursos de defesa, prazos, obediência à forma. Reinava em algumas regiões impiedosos assassinos que se exibiam em áreas públicas, vingança privada. Quanto à obrigação de se recolher preso ao condenado à reclusão, destinava-se ao revel, foragido, ao desobediente, ao evadido, que se via intimado por meio de defensor para a revisão. Recolhido, o *habeas corpus* o protegia, se faltava justa causa, nulidades. Para rechaçar a origem fascista: "não pode ser fascista o que mereceu meu apoio" (LYRA, 1975).

E na mesma direção, segue a missiva dada a autoridade e o contexto:

> [...] a reação ao imobilismo judicial na doutrina brasileira, iniciou-se exatamente na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, pelas ideias de um de seus ilustres catedráticos, Aureliano de Gusmão, para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então; era necessário que se concebesse maior amplitude ao poder de iniciativa do juiz, a exemplo das legislações alemã, austríaca e húngara. Assim, inspirado no direito alienígena, sustentava, já em 1922/1924,

> a possibilidade de o juiz ordenar – de ofício – qualquer diligência que lhe parecesse necessária à apuração dos fatos debatidos no processo. [...] As ideias de Gusmão foram encampadas pelo Min. Francisco Campos na Exposição de Motivos do código de 1939 (BEDAQUE, 2013).

Não obstante as intensas alterações normativas levadas a efeito no CPP desde a CF/88, as quais refinaram o seu texto à propalada democracia, pedras ainda são atiradas contra o CPP, sob escólio de fascista.

Crê-se que bastava a grita de Roberto Lyra, proeminente advogado que marcou época, para refutar o adjetivo depreciativo imposto ao CPP. Contudo, como visto, tudo é relativo na "guerra cultural", e considerando a possível conjectura de que o citado jurista detinha o interesse na refutação da ofensa, juntou-se o pensamento de Bedaque (2013).

Em reforço ao ataque às regras e institutos do CPP, aninham-se ideias, invariavelmente, em tom jocoso, a desqualificar o labor do juiz no processo, igualmente, com o fito de o expurgar da atividade probatória. Seus predicados na construção da verdade e justiça possíveis acabam desprezados. O método disfarçado pode conter sofisticação ou assumir galanteios e homenagens irreais, em situações que os próprios juízes, ingênuos ou levianos, sucumbem à cumplicidade dos que promovem "desmoralização da magistratura às, associando-se a demagogos e corruptos, acobertando ilegalidades de governantes, em troca de vantagens pessoais que nada têm a ver com a melhoria das condições de trabalho dos juízes e tribunais" (DALLARI, 1996).

Nessa configuração de erosão, conforme acontece em situações polêmicas e que precisam da dialética, diversamente do esperado, há silêncio de grande parte daqueles que pensam diversamente.

O fenômeno aparece na denominada teoria da espiral do silêncio, segundo a qual os indivíduos dissidentes são ameaçados de isolamento e exclusão social, tanto pelo grupo, pessoas conhecidas mutuamente e pela sociedade em si; o receio de serem isolados acaba por traduzir coação, mesmo

que inconscientemente, fator pelo qual buscam comprovar a participação no movimento em sintonia com os comportamentos aprovados ou não naquele meio. No caso de o indivíduo perceber que sua opinião integra o consenso, expressa confiança publicamente. Diversamente, caso a pessoa se sinta entre a minoria, prefere a prudência da cautela, ingressa no silêncio, até que o grupo mais fraco desapareça (NEUMANN, 2017). Claro que não se pode olvidar de outros fatores concorrentes: outras prioridades, comodismo, desesperança etc.

Atualmente, percebe-se o alastramento das vozes que clamam pelo modelo processual de partes, mesmo com todas as desvantagens aos desvalidos, sem acesso aos caríssimos advogados e grandiosos escritórios dotados de maiores recursos ao debate processual. Portanto, incumbe ao juiz equilibrar o poderio entre as partes, seja acusação ou defesa, pois, ao final, a ele incumbe a solitária responsabilidade de declarar a justiça.

Aliás, fossem as partes igual e suficientemente capacitadas em seus meios, a figura do juiz ativo tenderia a desaparecer.

5 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Teoria datada de 1957, de autoria do psicólogo Leon Festinger, segundo o autor, pode ser compreendida pela incoerência entre o estado atual de crença ou cognição da pessoa e o novo conhecimento, de modo a experimentar um modo incômodo ou estado desagradável, ao que nominou de dissonância. O indivíduo tenderá a evitar situações ou informações capazes de aumentar a dissonância e buscará reduzir tal inconsistência, a fim de angariar a coerência, a que chamou de consonância. Esclarece que nem sempre consegue alcançar a congruência e suporta o desconforto psicológico; e "quando se impõe tomar uma decisão, certa dissonância é quase inevitavelmente criada entre a cognição da ação empreendida e aquelas opiniões ou conhecimentos que tende a apontar para uma ação diferente" (FESTINGER, 1975).

Interessante esse esclarecimento, porque o autor reporta que a dissonância deriva, como dito, de opiniões que não se coadunam, razão pela

qual pode ocorrer rotineiramente e ser temporária, tanto de origem externa como interna à pessoa. Na primeira hipótese ele não controla o momento e o local em que chegará o conhecimento ou ação dissonante, por isso são mais comuns. Ilustra que se o indivíduo se preparou para um piquenique e no dia começou a chover, esse episódio estará dissonante com a confiança antes de que o dia seria ensolarado e propício ao passeio. Na segunda, explica que muito embora haja ausência de informações ou acontecimentos, a dissonância poderá invariavelmente estar presente no cotidiano. O exemplo elucidativo é o interesse da pessoa em um automóvel econômico de um certo modelo e a estética de outro.

Sobrevindo a dissonância, em regra: "muito comportamento oferece pouca ou nenhuma resistência à mudança, por certo. Modificamos continuamente muitas de nossas ações e sentimentos de acordo com as mudanças da situação" (FESTINGER, 1975).

É de se ressaltar que as dificuldades na alteração de comportamento ocorrem quando a mudança implica em sentimento doloroso (desejo de renunciar ao consumo de tabaco), resulta em prejuízo (quem se arrepende da aquisição de uma casa e a alteração significa extremas despesas) ou o seu atual modo de agir precisa ser satisfatório em todos os demais aspectos (apesar da insatisfatória qualidade da alimentação, o indivíduo prossegue a frequência do mesmo restaurante se os grandes amigos ali se encontram).

A teoria evidencia que poderá ser impossível modificação comportamental dissonante: em reações emocionais, por ausência de controle da pessoa, como a reação ao medo; simplesmente pode decorrer do fato de que o novo comportamento não faz parte do repertório da pessoa, por exemplo, que ignora a existência de outro modo de agir; devido à natureza irrevogável de certas ações, como a pessoa que vende o imóvel e depois o quer de volta.

Isso não significa asseverar que a resistência à mudança do elemento cognitivo correspondente seja eterna; apenas não pode ser superior que a pressão correspondente à realidade: "A primeira e mais importante fonte de resistência à mudança para qualquer elemento cognitivo é a receptividade

de tais elementos à realidade — se notamos a grama verde, difícil não a considerar dessa cor" (FESTINGER, 1975).

Formulada essa apresentação inaugural da teoria, a pesquisa passa a diagnosticar alguns pensamentos doutrinários vertidos à matéria.

Sempre se exibe fundamental alertar sobre a adaptação da temática de teorias psicológicas ao sistema jurídico, porque o construto original e respectivos estudos estão impregnados de condicionantes científicos e estatísticos impeditivos de formação de convicção simples e direta, com risco de vieses sem a sua verificabilidade e a forma eficaz de solução (ALMEIDA; VITORELLI, 2021).

5.1 Considerações sobre o experimento de Bernd Schünemann

O pioneiro na tentativa de adaptar a teoria da dissonância cognitiva ao âmbito jurídico foi o alemão Bernd Schünemann, conforme retratado acima. É desconhecida a base de dados e critérios empregados no estudo, mas não se almeja discutir muitos dos seus aspectos metodológicos, até porque envolveu o cenário do sistema processual penal acusatório próprio da Alemanha, em que o juiz possui elevado poder de instrução probatória, nos termos adiantados no subtópico "2.2".

O experimento procurou confirmar a incidência no juiz dos efeitos: a) da inércia ou perseverança — tendente à autoconfirmação —, em que o indivíduo superestima a hipótese anterior que já dispunha, enquanto menospreza aquelas antagônicas à sua cognição prévia; b) busca seletiva de informações no intuito de o indivíduo aceitar as consonantes e refutar aquelas que aumentariam a dissonância.

Juízes em meio a Promotores de Justiça participaram do experimento, subdivididos em grupos submetidos a variáveis independentes (ciência ou não dos autos; direito ou não de inquirir testemunhas em audiência) (Tabela 1). Segundo o exercício, eles receberam autos de processo com a solução absolutamente em aberto, na qual era possível tecnicamente prolatarem condenação ou absolvição. As respostas escritas continham "sim" e "não". A distinção de um processo real

residiu, na ausência de oralidade, e as oitivas das testemunhas se deram por perguntas redigidas e respondidas na tela, cujas respostas eram repassadas aos participantes que não poderiam realizar perguntas.

A primeira hipótese versou sobre o comportamento do juiz criminal e a perseverança surgida do conhecimento de que ele dispunha dos autos, com o seguinte resultado na Tabela 2:

Tabela 1: Distribuição dos juízes criminais e promotores

	Existência da possibilidade de inquirir testemunhas	Inexistência da possibilidade de inquirir testemunhas
Autos da investigação preliminar e audiência de instrução e julgamento	14 (8 juízes, 6 promotores)	14 (9 juízes, 5 promotores)
Apenas audiência de instrução e julgamento	17 (11 juízes, 6 promotores)	13 (7 juízes, 6 promotores)

Fonte: SCHUNEMANN, 2013.

Tabela 2: Sentenças proferidas

	Existência da possibilidade de inquirir testemunhas		Inexistência da possibilidade de inquirir testemunhas	
	Juízes	Promotores	Juízes	Promotores
Autos da investigação preliminar e audiência de instrução e julgamento	8 (C) 0 (A)	2 (C) 4 (A)	9 (C) 0 (A)	1 (C) 4 (A)
Apenas audiência de instrução e julgamento	3(C) 8(A)	1 (C) 5 (A)	5 (C) 2 (A)	1 (C) 5 (A)
A: absolvição; C: condenação				

Fonte: SCHUNEMANN, 2013.

O resultado colhido no estudo indicou o fato de que todos os dezessete juízes conhecedores dos autos condenaram, enquanto aqueles que não tiveram acesso foram ambivalentes, pois oito condenaram e dez absolveram.

Daí se concluiu que o conhecimento dos autos se revelou instrumento influenciador na decisão final de condenação.

Torna-se essencial observar que dos Promotores submetidos à tarefa, entre aqueles que conheciam dos autos, só um condenou e quatro absolveram, e na outra ponta, referente aos que não tiveram acesso aos autos, quatro condenaram e um absolveu.

Logo, formou-se uma espécie de paradoxo: os dezessete juízes conhecedores dos autos condenaram e, dos cinco Promotores, quatro absolveram.

Estranhamente, o pesquisador alemão acolheu a confirmação da tese (de que o conhecimento dos autos de investigação preliminar— que corresponde ao inquérito policial —, tendencialmente incriminador leva o juiz a condenar o acusado).

A surpresa habita na aceitação tão somente dos dados extraídos do comportamento dos juízes, acrescida da seguinte ressalva: "ainda que se deixem de lado outros resultados, como a avaliação visivelmente mais crítica dos promotores e ainda mais intensa distorção nas sentenças dos juízes sem possibilidade de inquirição" (SCHÜNEMANN, 2013).

Também foram formuladas perguntas aos participantes e o pesquisador identificou que os juízes conhecedores do processo não assimilaram adequadamente as teses defensivas, enquanto os que não acessaram os autos e absolveram obtiveram melhores resultados. Disso, a conclusão foi de confirmação do efeito inércia (perseverança da decisão).

Outro teste se relacionou com o oferecimento/recebimento da denúncia, nos mesmos moldes. Aqui, exsurgiu outro resultado espantoso: por 19 a 6 predominou a contrariedade dos promotores em oferecerem a denúncia.

Espanta porque, normalmente, o ímpeto acusatório do Promotor de Justiça seria de oferecer a denúncia, e a diferença, numa hipótese ambígua, nesse índice (de 19x6), projeta razões outras para não extrair todo o crédito do experimento, embora o pesquisador tenha confirmado a

sua hipótese: "quando o promotor, numa situação ambivalente, toma uma decisão duvidosa, o juiz em regra não a corrige, mas lhe dá seguimento" (SCHÜNEMANN, 2013).

Veja-se que a confirmação levou em conta o fato de que os juízes, por 23 a 18, foram favoráveis ao recebimento. Malgrado esse índice tenha sido considerado de alta significância para fins matemáticos/estatísticos (p≤.01), nada foi diagnosticado em relação ao patamar de 20 a 17 pelo recebimento da denúncia oferecida.

Então, ao menos, com índice três vezes maior (6 a 19) os Promotores deixaram de oferecer a denúncia, enquanto, por 20 a 17, receberiam a denúncia.

Levando-se em conta que o oferecimento da denúncia consiste tarefa processual do Promotor, e que, em geral, espera-se um ímpeto de acusação e propensão voltada à condenação, essa diferença relativa ao baixo oferecimento de denúncia, aliada à diminuta parcela de condenação comparada à elevada quantidade de condenações dos juízes, retratadas na Tabela 2, induz a se pensar que o experimento, talvez, não tenha simulado, suficientemente, aquilo que ocorre no seio de um processo real, por exemplo, a efetivação do princípio da oralidade, que permite outra expectativa de incidência do princípio da imediatidade.

Mas o aspecto mais relevante de uma audiência real, que se omitiu no experimento, refere-se à ausência de perguntas dos advogados das partes e debates orais, antes da sentença.

O levantamento estatístico correspondente à memorização das perguntas dos juízes e promotores, via texto, e nada se compara às indagações diretas, orais, precedidas ou não das indagações das partes.

Ao suprimir esse essencial contexto real de uma audiência, subvertendo o procedimento por material escrito, sem a participação de advogados, parece-me ter induzido os participantes a um evento, e não uma simulação próxima ao real. Essas modificações também podem ter repercutido e modificado as decisões dos participantes, mesmo que involuntariamente.

5.2 Adaptação do experimento de Bernd Schünemann perante o processo brasileiro

Nesse diapasão, o aproveitamento do experimento em solo brasileiro parece prejudicado. Afora o apontamento supra, no processo penal pátrio, quanto ao recebimento da denúncia, o juiz somente procede o juízo de delibação, instante em que verifica somente o preenchimento dos requisitos da denúncia previstos no artigo 41 do CPP, mais especificamente: exposição do fato criminoso e suas circunstâncias (existência do crime, indícios de autoria, além os pressupostos processuais e condições da ação). Não há necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia ou queixa-crime (NUCCI, 2017).

Portanto, improvável a incidência do efeito inércia ou perseverança da decisão que contaminaria o juiz, nem da aliança com o denunciante, diferente daquilo que aferiu Schünemann relativo ao juiz alemão.

Há quem, após analisar o trabalho de Schünemann, desprovido de censura crítica construtiva ao resultado e ao emprego no processo penal brasileiro, elogie o valor heurístico e amplitude do emprego e conclua: "[...] assumindo-se que as teorias não são certas nem erradas, mas apenas úteis, no seu prazo de validade, para explicarem certos eventos e fatos então incompreensíveis, o valor do estudo desenvolvido por Festinger [...] um diamante bruto" (RITTER, 2019). Ao que parece, em certa contradição com o texto principal, o autor não identificou, enfim, perfeita utilidade da teoria da dissonância cognitiva ao nosso processo penal.

Chama a atenção a hipótese do viés da perseverança ou confirmação, no tocante à sentença, proferida pelo mesmo juiz, quem, por exemplo, autorizou busca domiciliar, converteu a prisão em flagrante em preventiva, considerou as provas suficientes para receber a denúncia. A Teoria das Molduras Relacionais explica a linguagem e cognição humanas, com lastro nas respostas relacionais derivadas, de sorte que a capacidade dos seres humanos no aprendizado, quer pela experiência empírica quer verbalmente, ao conectar símbolos e fixar significados num contexto, adequa-se ao ambiente. A evolução da

aprendizagem, seus conjuntos de variáveis, produzem efeitos funcionais distintos no comportamento do indivíduo.

Toda essa multiplicidade modifica a forma de as pessoas analisarem as repercussões diretas ou socialmente, o que significa que os efeitos serão distintos em harmonia às experiências de cada um. O conhecimento refinado do produto autoriza o indivíduo saber dos eventos essenciais à tomada de decisão e o capacita, ainda, na intervenção e aperfeiçoamento desse processo (ALMEIDA; VITORELLI, 2021).

Destarte, plenamente factível o controle mental pelo juiz na prolação de sucessivas decisões e, ao final, o julgamento pode não se sintonizar com os fundamentos e resultado delas.

Ademais, no processo penal brasileiro, o juiz observa diferentes requisitos para decidir sobre questões durante o processo. As decisões judiciais obedecem à observância de critérios de legalidade, ao qual o juiz está vinculado. Visto que o recebimento da denúncia exige uma análise perfunctória concernente ao preenchimento de seus requisitos, outros são analisados na análise de requerimento de busca domiciliar, interceptação telefônica, medidas assecuratórias, cautelares diversas da prisão e prisionais, todas com exigências diferentes, sem que em nenhuma o juiz adentra ao mérito. Essa característica salvaguarda a imparcialidade do juiz, pois, preenchidos os requisitos legais, ele decretará a prisão cautelar, sem, contudo, comprometer-se a uma futura sentença de condenação, porquanto esta impõe outros requisitos mais exigentes a serem preenchidos (ANDRADE, 2015).

Adverte-se que a introdução da figura do juiz das garantias no processo penal poderá acarretar um efeito contrário à ideia protetiva de direitos humanos. O pensamento de partir o poder judicial no processo, visa, segundo alguns, à preservação da imparcialidade, motivo pelo qual ele atua na etapa pré-processual. Nessa condição, o juiz das garantias estará sujeito à elevada disponibilidade do discurso de crimes em andamento, sem que haja contraditório a tal respeito. Submetido constantemente a tal rotina, sem que sua percepção possa ser corrigida pelas absolvições futuras, bem provável que possivelmente

estará exposto a uma cascata de disponibilidade que o induza a autorizar as mais variadas medidas de investigação (ALMEIDA; VITORELLI, 2015).

Oportuno se retomar o conceito da inércia ou confiança/confirmação, uma vez que a atuação do juiz das garantias fatalmente poderá influenciar o juiz da instrução, à medida que o primeiro, por ser juiz e ter colhido as provas, por certo se presumirá ter ele vislumbrado elementos suficientes para o recebimento da denúncia, e o entendimento do segundo poderá aderir àquele, o que torna quase inócua a repartição de tarefas.

Remanesce a curiosidade, por enquanto sem resposta, diante do silêncio contido nas obras examinadas, a respeito dos efeitos da dissonância cognitiva adaptada ao jurista. Isto porque sua capacidade profissional — tanto na labuta teórica como na prática — detém caracteres especializados na área do discurso e desenvolvimento de interrogatórios e demais oitivas em sede de processo. Cada sujeito processual, em sua atividade habitual, depara-se com as mais diversas versões e respostas das pessoas, numa natural evolução de conhecimento suficiente para que permaneça atento e predisposto a não se enveredar pela inação diante da incoerência daquilo que sabia diante e perante a nova informação ou prova colhida.

Palavras outras, embora tenha o juiz recebido a denúncia munida do inquérito policial, e mesmo que tenha antes decretado medidas cautelares, o próprio sistema procedimental do contraditório, com a participação das partes, parece esmaecer a ideia reduzida da sua figura num ser imutável ao aferir a realidade que se apresenta.

Fundado no mesmo prisma, e atendo a narrativa sobre a teoria diretamente da obra do autor, pode-se inferir que a dúvida no pensar e agir fazem parte das atividades de filósofos, médicos, psicólogos, psiquiatras etc. Entender o indivíduo incapaz de modificar sua cognição e comportamento seria não reconhecer a existência da filosofia, medicina, psicologia, psiquiatria e de toda evolução do saber.

Após o primeiro diagnóstico e ministração de remédio curativo, a segunda avaliação do médico sobre o mesmo paciente permitirá que ele

ajuste ou altere completamente o resultado extraído anteriormente, estabelecendo novo tratamento. Essa é a natureza do exercício da medicina.

Entendimento parelho com essas bases da atividade médica deve ser elevado ao exercício do juiz. Aparenta perfeita relação o fato de o juiz antes decretar uma prisão e acabar por absolver o antigo preso, em harmonia às novas provas que se avolumaram no processo.

Eventuais desvios desse comportamento, além da abundante via recursal e do *habeas corpus*, a correção deve ser investigada e resolvida casuisticamente, sem que repercuta na modificação de todo o sistema processual nacional, salvo a comprovação de afetação geral dos julgadores a um vício normativo, fato somente especulado, mas não comprovado cientificamente.

Nesse sentido: "é possível concluir que não há fundamentos científicos comportamentais ou jurídico-comparativos para estabelecer o juiz de garantias como um requisito necessário a proporcionar ou incrementar a imparcialidade judicial, no Brasil" (ALMEIDA; VITORELLI, 2021).

Sem maiores ilações, há de se alertar que a recepção do juiz de garantias, a supressão dos poderes instrutórios ou a vedação na imposição, *ex officio*, de medidas cautelares, nitidamente, por coerência lógica, as mesmas preocupações e obstruções ao juiz devem impregnar o direito processual civil e demais normas processuais que regem os ramos do Direito, impondo uma completa revisão do estatuto processual contido no ordenamento jurídico nacional.

6 DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES, DE OFÍCIO, PELO JUIZ

A essa ordem de ideias cabe acrescentar que no desenvolvimento de sua atividade para a declaração da justiça ao caso concreto, de pouco ou nada adiantaria a concessão de poderes instrutórios ao juiz pela norma, quando lhe suprime o poder de acautelar a órbita processual, de ofício, na hipótese de silêncio das partes; na realidade, por inércia da parte acusadora, pois a defesa não terá interesse algum em pugnar pela fixação de medida cautelar em desfavor ao imputado.

Por força da aludida Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019), o artigo 311 do CPP sofreu alteração e vedou ao juiz decretar, *ex officio*, a prisão preventiva em sede processual. O dispositivo anterior somente obstava a custódia cautelar decretada, de ofício, caso fosse a medida implementada em etapa inquisitiva.

Parte da doutrina adota a compreensão que a imparcialidade do juiz seria comprometida, caso decretasse medida cautelar sem a provocação das partes, mesmo no âmbito do processo. Sintetiza o pensamento dessa corrente a afirmação de que "a atribuição desse poder, assim, como sucede em relação às iniciativas instrutórias, pode romper o necessário equilíbrio entre as partes, trazendo o perigo de transformar-se o magistrado em coadjuvante dos órgãos incumbidos da persecução" (GOMES FILHO, 2011).

Entretanto, outra parte da doutrina, sempre entendeu que o decreto preventivo *ex officio* não ofendia o sistema acusatório, desde que o juiz assim procedesse na seara processual, pois ofensa haveria caso ocorresse na fase investigativa pré-processual: "Não mais admite a decretação de ofício durante a investigação policial. A modificação expressa bem o sistema acusatório, pois, se inexiste ação penal, significa que o Poder Judiciário, em regra, está alheio ao fato"(SILVA; FREITAS, 2012).

Eram nesses termos a manifestação majoritária da doutrina tradicional,[4] muito embora já havia a separação das funções de acusar, defender e investigar, caracteres estes do sistema acusatório. Ao perceber o perigo na fase do processo, o juiz não precisava aguardar a iniciativa de alguma das partes ou do fiscal da lei para assegurar a garantia de fluidez segura ao trâmite processual. Nesse sentido:

> De outro lado, quando já instaurado o processo e em curso a imputação penal – que, aliás, decorre, na ordem jurídica atual, da regra da *obrigatoriedade* – pode e deve o magistrado

[4] Dentro desse aspecto: os autores Hélio Tornaghi (1980), Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2016; 2017), Edgard Magalhães Noronha (1988), Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (2014), Rodrigo Capez (2017) e Nestor de Távora (2016), entre outros, não apontaram qualquer prejuízo ao sistema acusatório, quanto ao poder de o juiz decretar, de ofício, medidas cautelares pessoais.

> exercer em maior extensão o controle de legalidade, não mais da investigação, mas já da efetividade do processo penal. E, para isso, poderá, por iniciativa própria, adotar as medidas cautelares necessárias a tais finalidades, incluindo a prisão. Sobre o tema, não se tem notícia de experiências relevantes no direito comparado em sentido contrário, sobretudo em países que se afirmam inseridos em modelos de sistemas de natureza acusatória, como é o caso, por exemplo, de Portugal, mas alinhado com as práticas nacionais (PACELLI; FISCHER, 2017).

O argumento de que a imparcialidade do juiz seria prejudicada, peremptoriamente deve ser afastada.

É que nessas alturas do estudo ficou patente que os efeitos da teoria da dissonância cognitiva não afetam o juiz, ante ao exercício costumeiro da jurisdição capaz de realizar operação mental condizente com as decisões prévias à sentença, quer porque o autor da teoria (FESTINGER, 1975) restringiu o espectro de resistência à alteração de comportamento do indivíduo sob efeito da dissonância, ou por efeito da teoria das molduras relacionais (ALMEIDA; VITORELLI, 2015).

Adiciona-se que estampa a incoerência da vedação em debate, o fato de o juiz, ao conhecer do processo, perceber o eventual perigo a ser acautelado, formular, mentalmente, a sua ideia de decisão que tomaria e, depois, permanecer imobilizado à espera de provocação formal, sob a tese de proteção de sua imparcialidade, na verdade, essa ciência já o provocou e seu cérebro projetou a formação de uma ideia lógica.

Pior é que a reserva mental da decisão não pode ser controlada pelas partes, enquanto a exposição dela nos autos permite ao interessado impugná-la e requerer sua retratação, ao juiz ou à Corte, na verdadeira realização do

direito ao contraditório; assim, a parte terá a oportunidade de influenciar na modificação daquela anterior da ideia e não seria tolhido o controle de legalidade, além de evitar que o juiz perenize dúvidas sobre o preparo do acusador e a idoneidade das partes em sua cabeça.

Não se pretende menoscabar a capacidade da parte acusadora — Ministério Público ou querelante —, contudo o sistema processual, em sua vertente constitucional de garantia dos direitos de todos, não pode apostar que o pedido da acusação, em matéria cautelar, não fique viciado em razão do representante: cometer equívoco na apreciação do perigo; portar-se ociosamente ou com desídia; ser corrupto ou partidário do abolicionismo penal.

Na possível hipótese de o juiz também estar viciado por quaisquer desses vícios, ao proferir a decisão, a parte prejudicada possui o direito à via recursal, a fim de debelar o prejuízo de um ato judicial viciado; contudo, o mesmo não ocorre se o juiz precisa aguardar o pedido da parte, pois, no silêncio dela, portanto, ausente eventual decisão de proteção, não haverá ninguém habilitado a suprir essa omissão protetiva.

Inclua-se a principal particularidade: alguém envolvido no processo ou mesmo à sociedade que também suporta os efeitos do suposto crime, ficaria desprotegido em sua integridade física e mental, na hipótese de a acusação não requerer o deferimento de medida cautelar ao juiz.

Esse decreto, de ofício, somente na fase processual, noutra forma de se expressar, serve "para não deixar nas mãos das partes a defesa do processo (evitando sua frustração) e, indiretamente, a realização do direito penal" (SANGUINÉ, 2014).

O tom simétrico, na fase processual, entre os poderes instrutórios do juiz e o poder de decretar, de ofício, as medidas cautelares, encontra respaldo no predito entendimento do TEDH que prolatou decisões e afastou a alegação de imparcialidade ou impedimento de juízes, porque antes decretaram prisões provisórias. A Corte entendeu que tais juízes não teriam "se aprofundado no exame de culpabilidade dos conduzidos, quando da emissão das decisões anteriores a cada ponto que foi levado à sua apreciação" (ANDRADE, 2015).

Equacionada a questão quanto à decretação prisional *ex officio* no estágio do processo, a mesma *ratio* vale para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, caso estiverem reunidos os requisitos da custódia cautelar (art. 310, CPP). A despeito de o flagrante situar-se na fase inquisitiva, ao ser remetido o inquérito, pela autoridade policial, para apreciação dos fatos pelo juiz, já ocorreu a provocação da jurisdição que deve se pronunciar, porque conheceu dos fatos, à luz do direito. Igualmente, fundado nas mesmas razões expostas, descabe a inação judicial se não houver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, no que se refere à concessão de medidas cautelares.

Não se desconhece o posicionamento atual dessa matéria pelas Cortes Superiores e da doutrina. Contudo, a finalidade do estudo pretende a provocação de reflexões, sem a ambição de esgotar o assunto.

7 CONCLUSÃO

O estudo apresentou o *adversarial system* e o *inquisitorial system* para esclarecer que ambos integram do sistema acusatório. O primeiro, de índole privatista, a instrução probatória fica exclusivamente destinada às partes, as quais precisam saber e suportar as consequências de um julgamento possivelmente baseado em provas parciais ou incompletas, visto que ao juiz se prevê a condição de mero espectador, para controlar a legalidade dos atos e promover o julgamento do processo. O segundo, tem natureza pública, e ao juiz se permite a iniciativa probatória, tendente a buscar a verdade possível e a prolatar uma decisão justa, dentro dessa possibilidade.

Foi consignado que a Constituição Federal não prevê nenhum tipo de sistema processual. A mera previsão da partição de atribuições e competência não significa opção pelo sistema acusatório puro, conforme alguns querem compreender. Aliás, a inovação trazida pela Lei Anticrime ao CPP acabou por estabelecer ao processo uma "estrutura acusatória", donde se infere a harmonização do Código com *o inquisitorial system* ou princípio da instrução.

Apoiado na doutrina, igualmente ficou patente a opção pela maioria dos países europeus na adoção de um sistema acusatório não puro, provido da inquisitoriedade que não se confunde com arbitrário processo inquisitório.

A doutrina conservadora sempre admitiu o juiz numa atividade mais ativa, também para equilibrar a diferença de recursos das partes, especialmente em favor dos desvalidos.

Não se olvidou de expor a compreensão de tribunais europeus que respaldaram a atividade dos juízes em suas iniciativas de construção de provas, de modo a contrariar informações distorcidas de setores da doutrina de que o TEDH teria agasalhado a incompatibilidade da iniciativa probatória do juiz.

Analisou-se a atual acepção da verdade real, porquanto a doutrina discute, com base em preceitos filosóficos de que a verdade é absoluta e inapreensível, de forma semelhante à justiça plena. Discorreu-se a respeito da aceitabilidade da verdade e justiça possíveis, sem margem para que a instrução se transmute à mera procrastinação de atos, tão menos que se proclame precipitadamente o *in dubio pro reo*.

A investigação apontou espécies de ofensas à origem do Código, cujo rótulo fascista se procurou afastar, mediante as versões de notáveis juristas testemunhas do passado histórico na norma, suficientes a clarear certa rigidez e flexibilidades do estatuto de ritos naquela época. Não passou absorto a infâmia irrogada, por vezes, contra a figura do juiz, dentro de estratégia mirada no dividir para conquistar ou a destruição de valiosos institutos evoluídos ao longo do tempo.

Explicou-se a rotina do silêncio de parte dos juristas contrários à corrente do processo de parte, mas que permanecem na cautela do não envolvimento em discussões desgastantes, de maneira que aquela linha de pensamento acaba por ganhar cada vez mais corpo.

Extremamente relevante mostrou-se a incursão na chamada teoria da dissonância cognitiva, porque foi possível demonstrar o manejo inapropriado de seus conceitos, numa inadequada adaptação à esfera jurídica. Aprofundou-se para se conhecer o experimento do alemão Bernd Schünemann, mas percebeu-se que os testes e o resultado se revelaram imprestáveis ao contexto do ordenamento brasileiro.

A percepção, repise-se, capturou a improdutiva manipulação da teoria por setores da doutrina nacional, e copiou respectivo experimento alemão que não se adequa ao solo pátrio, justamente para motivar a descabida implantação do *adversarial system*.

Inaplicada a tese da "contaminação", ante aos aspectos próprios da jurisdição — em especial, garantir proteção aos direitos de todos envolvidos no processo e declarar o direito —, o trabalho destacou a incoerência jurídica e lógica de se alijar o poder do juiz na decretação da prisão preventiva, de ofício, na etapa processual e, na mesma ordem de ideias, no que se refere à conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Nessa atividade cautelar, a fixação da postura imobilizada do juiz vulnera a sua obrigação de fiscalizar a legalidade e suprime a sua missão de atuar na condição de garantidor dos direitos daqueles que estão envolvidos no processo e à sociedade receptáculo dos nocivos efeitos da conduta criminosa.

Ressalvou-se o conhecimento atual das Cortes Superiores e da doutrina, no tocante às medidas cautelares e o poder limitado do juiz, com a explicação de que o trabalhou, verte-se ao fim de provocar reflexões, sem a ambição de esgotar o assunto.

Consignou-se o alerta de que a mutilação dos poderes do juiz na esfera penal, por coerência lógica, imporia a modificação de todo o estatuto processual utilizados pelos demais ramos do direito, contidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, em consequência, resta reafirmar, em enumeração não taxativa, o caráter público do processo penal; a responsabilidade do juiz na garantia dos direitos de todos; e o seu comprometimento na busca da verdade possível, com a prolação a decisão mais justa, sem se olvidar da efetividade da jurisdição. Descurar disso, além de ocasionar disfunções e distorções nos diversos institutos consagrados pelos anos de evolução, implica em privilegiar a defesa os abastados em detrimento dos combalidos, e reduzir a eficácia da persecução penal pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, João Henrique de; VITORELLI, Edilson. **Imparcialidade judicial e psicologia comportamental**: há fundamento científico para um juiz de garantias? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 316, p. 29-62, 2021.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca . **Juiz das Garantias**. 2ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique . **Processo Penal.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.289/DF**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274. Acesso em: 26 abr. 2023.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (Coord.). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2021**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf. Acesso em: 7 set. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CARNELUTTI, Francesco . **As funções do processo penal**. Trad. Rolando Maria da Luz. Campinas: Apta, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Vol. 2. Campinas: Brookseller, 2000.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal.** Trad. Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2018.

HICKS, Steven. **Guerra Cultural**. Trad. Matheus Paccini. Barueri: Avis Rara, 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares no processo penal** – prisões e suas alternativas: comentários à Lei n. 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUERRA, José Antonio Colmenero. **Ley de enjuiciamiento criminal y legislación complementaria**. 36ª ed. Madrid: Tecnos, 2019.

JIMÉNEZ, José Martínez. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LYRA, Roberto. **Direito penal normativo.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEUMANN, Elisabeth Noelle. **A espiral do silêncio**. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza . **Código de processo penal comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza . **Provas no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Verdade Judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. *In:* CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). **Processo Penal**. Vol. 13. Salvador: JusPodivm, 2016.

PIRIE, Fernanda. **O poder da lei**: uma jornada de 4000 anos que moldou o mundo. Trad. Susana Sousa e Silva. Porto Salvo: Desassossego, 2022.

RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Tirant, 2019.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar**: medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In:* SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Marco Antonio Marques; FREITAS, Jayme Walmer. **Código de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. 1 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. **Imparcialidade judicial e psicologia comportamental**: há fundamento científico para um juiz de garantias? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 316, p. 29-62, 2021.

CAPÍTULO 20

POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO

POSITION OF THE FEDERAL SUPREME COURT ON THE APPLICABILITY OF THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN ONGOING CRIMINAL LAWSUITS

Fábio Rodrigues Sousa[1]

RESUMO

Este ensaio objetiva analisar a aplicabilidade do acordo de não persecução penal (ANPP) nas ações penais em andamento, especialmente no que se refere aos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). O objeto do estudo é compreender o instituto e os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação aos casos em que a denúncia já tiver sido apresentada, já que inegavelmente essa aceitação tem um relevante efeito prático: evitar uma eventual condenação criminal. A abordagem metodológica consiste na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre aplicação do instituto da

[1] Possui graduação em Direito pelo Instituto Metodista Bennett (2008) e MBA em Direito: Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) (2020). Atualmente é Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Tem experiência na área de Direito.

justiça negocial na visão da doutrina e jurisprudência. A análise é descritivo-analítica quanto aos resultados e propositiva quanto às inferências localizadas. A base de dados se apoia especialmente na jurisprudência do STF. Conclui-se que o ANPP é cabível nas ações penais em andamento até o trânsito em julgado, admitindo-se, excepcionalmente, sua aplicação mesmo após esse momento quando houver insurgência da defesa e que, de alguma forma, a defesa tenha pleiteado sua aplicação antes do trânsito.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; art. 28-A do CPP; inovação introduzida no ordenamento jurídico pela lei n. 13.964/2019; pacote anticrime.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the applicability of the non-prosecution agreement in ongoing criminal lawsuits, especially with regard to the judgments of the Federal Supreme Court. The object of the study is to understand the institute and the arguments for and against its application to cases in which the complaint has already been filed, since this acceptance undeniably has a relevant practical effect: to avoid a possible criminal conviction. The methodological approach consists of literature review and jurisprudential research on the application of the institute of business justice in the view of doctrine and jurisprudence. The analysis is descriptive-analytical regarding the results and propositional regarding the localized inferences. The database relies especially on the jurisprudence of the Federal Supreme Court. It is concluded that the criminal non-prosecution agreement is applicable in criminal lawsuits in progress until the final judgment, assuming, exceptionally, its application even after that moment when there is insurgency of the defense and that, in some way, the defense has filed its application before claim preclusion.

KEYWORDS: Criminal non-prosecution agreement; art. 28-A of the CPP; innovation introduced in the legal system by law n. 13.964/2019; anti-crime adjustmets.

SUMÁRIO

1 Introdução. Acordo de não persecução penal brasileiro. 3 Requisitos. 3.1 Quando não for o caso de arquivamento; 3.2 Quando houver confissão formal e circunstancialmente; 3.3 Crime sem violência ou grave ameaça; 3.4 Pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; 3.5 Necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; 3.6 Momento adequado para o oferecimento do ANPP; 3.7 Hipóteses de não aplicação do acordo de não persecução penal. 4 A retroatividade do ANPP nas ações penais em andamento. 4.1 Primeira Turma; 4.2 Segunda Turma. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A justiça negocial na seara penal é uma realidade existente em diversos ordenamentos jurídicos. No Brasil, com o advento da Lei n. 13.964/19, que teve o propósito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, lei que ficou conhecida como Pacote Anticrime, alargou as possibilidades de resolução das demandas penais pelo consenso.

Convém registrar que antes mesmo da referida inovação, já havia convivência com alguns dispositivos legais que mitigavam a obrigatoriedade da ação penal e permitiam o consenso entre as partes. A título exemplificativo, os arts. 519 a 522 do Código de Processo Penal (CPP), já em sua redação original, oportunizava às partes a reconciliação em Juízo nos delitos contra a honra (calúnia e injuria), inclusive sem a presença dos respectivos advogados, com a possibilidade de desistência da queixa-crime apresentada e o arquivamento do caso.

Posteriormente, com o advento da Lei n. 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criaram-se hipóteses de mitigação da obrigatoriedade da ação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Inicialmente, era considerada infração penal de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não ultrapassasse 1 (um) ano. Tempos depois, sobreveio a Lei n. 10.259/2021 que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal e, para fins da referida lei, expressamente considerou-se como infração penal de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não fosse superior a 2 (dois) anos. (art. 2º).

Assim, é preciso destacar como problema de pesquisa a necessidade em analisar se há aplicabilidade do acordo de não persecução penal (ANPP) nas ações penais em andamento, especialmente no que se refere aos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF).

Percebe-se que a evolução legislativa, ainda que tímida, tende a ampliar as hipóteses de legais de resolução de demandas penais de forma consensual. No ano de 2006, com a Lei n. 11.313/2006, promoveu a unificação dos conceitos, com alteração expressa do art. 61 da Lei n. 9.099/95, para

considerar infração de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima cominada não fosse superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

A falta de agilidade na resolução das demandas de menor gravidade e a necessidade de adoção de medidas com o propósito de otimizar o sistema judiciário fizeram com que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editasse a Resolução n. 181 de 07 de agosto de 2017, prevendo no seu art. 18 o acordo de não persecução penal. Contra a referida resolução foram apresentadas duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Em razão dos argumentos apresentados houve o aperfeiçoamento do texto pela Resolução n. 183 de 24 de janeiro de 2018.

Na própria exposição de motivos da Resolução n. 181/2017 expressamente destaca-se a necessidade de "modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados", "carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País" e a "exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução"[2], tudo utilizado como fundamento para adoção de medidas mais eficientes e menos onerosas ao processo penal tradicional.

Contrariamente à exortação feita na própria resolução, verificou-se que existem, por parte do próprio Ministério Público, obstáculos ao uso do ANPP, notadamente em relação às ações em andamento. Esse, portanto, será o objeto da presente investigação: se seria possível a aplicação do instituto às ações penais em andamento, com a denúncia já apresentada e os desdobramentos jurisprudenciais eventualmente existentes.

Este trabalho está dividido em três partes. Na primeira parte, aborda-se o ANPP da forma como foi concebido no direito brasileiro e as eventuais controvérsias existentes. Na segunda, serão apresentadas as controvérsias e o atual cenário na jurisprudência do STF sobre a sua

[2] BRASIL. **Resolução n. 181**, de 07 de agosto de 2017.

aplicação retroativa às ações penais em andamento e qual seria o limite temporal ou processual para a sua aplicação. Por fim, será apresentada a conclusão sobre o assunto, desde já adiantando que se entende cabível a sua proposição até o trânsito em julgado.

Utiliza-se como método de estudo uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, focando esforços, principalmente, na interpretação do STF sobre o assunto.

Com a globalização e a velocidade com que as informações são transmitidas, surgiram novos institutos jurídicos similares aos que já existem em outros países. O ANPP está em paralelo com alguns institutos já existentes em outros ordenamentos jurídicos. Como explica Mota[3]:

> [...] o direito penal negocial tem ganhado relevo, sendo sua representação mais tradicional a negociação de sentença criminal no sistema americano denominada Plea Bargaining, podendo-se citar também o Absprache, na Alemanha, e o patteggiamento, na Itália. Estes institutos constituem o fenômeno da diversão, que prevê a aplicação da Justiça Penal de forma diversa do procedimento formal clássico, norteando-se pelo consenso, espelhando um "modelo verde de justiça.

A realidade internacional deveria ter sido incorporada ao direito brasileiro, garantindo-se mais eficiência ao sistema. Barros[4] já fazia a advertência de que "ao direcionar seus recursos e estrutura para combater

[3] MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de não persecução penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 77, p. 163, 2020.

[4] BARROS, Francisco Dirceu; Acordos Criminais. Leme: JH Mizuno, 2020. p. 10.

os crimes graves, ganha agilidade, eficiência e enfrenta a criminalidade com grande eficácia".

O tema tem inegável relevância social e jurídica, já que dependendo do entendimento adotado, será admissível a adoção do acordo de não persecução penal e, dessa forma, o indivíduo que eventualmente esteja sendo acusado de um delito pode preservar a sua primariedade, com todos os defeitos dela decorrente.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

Conforme já referimos anteriormente, o ANPP foi instituído inicialmente pela Resolução n. 181/2017 do CNMP, mas ganhou destaque nos tribunais quando efetivamente foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei Federal n. 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime. Dentre diversas alterações promovidas pela nova legislação, a que mais se destacou foi a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do art. 28-A do CPP.

Antes disso, porém, já existiam outros institutos que beneficiavam o infrator, caso optasse por colaborar com a justiça. Na ADI n. 5508-DF, o STF apreciou a possibilidade da autoridade policial de celebrar acordo de delação premiada e o relator apresentou uma evolução histórica do instituto,[5] demonstrando diversos dispositivos legais e permitindo o tratamento diferenciado do infrator que colaborasse com a justiça criminal. Com a Lei n. 12.850/2013, o instituto da delação premiada foi devidamente aprofundado, recebendo a densidade normativa adequada para conferir aos personagens a segurança jurídica devida para a sua realização. O art. 4.º da referida lei permite

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. n. 5.508/DF**. Procurador-Geral da República *vs.* Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de junho de 2018: O art. 65, inciso III, "d", do Código Penal com redação dada pela Lei n. 7.209/84; § 4.º do art. 159 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 8.072/1990; Lei n. 9.296/1996; o art. 16, parágrafo único da Lei n. 8.137/1990; o § 2.º do art.25 da lei n. 7.492/1986, com redação dada pela lei n. 9.080/95; o art. 1º, § 5.º da lei n. 9.613/1998, alterado pela lei n. 12.683/2012; o art. 13 da lei n. 9.807/1999; art. 41 da lei n. 11.343/2006.

que o delator, dependendo dos resultados obtidos, obtenha o perdão judicial, a redução da pena em até 2/3 ou a substituição por restritivas de direito. No mesmo sentido, o STF admite a "possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada em quaisquer crimes cometidos em coautoria".[6]

Outro exemplo de resolução consensual das causas penais, como já referido, adveio com a criação dos institutos da transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos, respectivamente, no art. 74 e 89 da Lei n. 9.099/95, cuja ampliação de seu âmbito de abrangência foi realizado com a Lei n. 11.313/2006, que unificou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, considerar as infrações penais, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Nesse contexto, a Lei n. 9.099/95 apresentava um instituto consensual para as infrações penais de menor potencial ofensivo e alguns outros, concedendo benefícios penais para os agentes envolvidos em crime de elevada gravidade. Faltava, portanto, um instituto destinado a otimizar a resolução das demandas de média potencialidade lesiva, o que foi suprido com inclusão do art. 28-A no CPP.

3 REQUISITOS

O ANPP foi disciplinado no art. 28-A do CPP e, portanto, para análise do instituto é preciso observar seus requisitos legais. O caput do art. 28-A do CPP exige que estejam presentes os indícios da prática de uma infração penal. Se não houver, seja por atipicidade, ausência de ilicitude, culpabilidade ou mesmo presente alguma causa de extinção da punibilidade, a medida

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 582.678/RJ. Adilson Oliveira Coutinho *vs*. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Laurita Vaz, 14 de junho de 2022a.

adequada é o arquivamento da investigação. A mesma sistemática foi adotada para a transação penal prevista no art.76 da Lei n. 9.099/95.

3.1 Quando não for o caso de arquivamento

Assim como o primeiro requisito, somente caberá o ANPP quando não for o caso de arquivamento. Junqueira reafirma a necessidade de elementos mínimos que, em tese, autorizem o oferecimento da denúncia para que seja possível o ANPP. Não havendo indícios de autoria ou mesmo materialidade, a solução será o arquivamento da investigação, se não veja-se:

> A proposta do acordo de não persecução penal pressupõe a presença de justa causa para o oferecimento de denúncia, consubstanciada em indícios de autoria (ou participação) e prova da existência da infração penal. Assim, se o órgão do Ministério Público se convencer da ausência de base para a propositura da ação penal pública, deve ordenar o arquivamento do inquérito policial (ou de outro procedimento de investigação), nos termos do disposto no art. 28, caput, do CPP.
>
> A proposta do acordo de não persecução penal representa uma alternativa ao oferecimento de denúncia (não persecução penal) e, portanto, pressupõe a viabilidade da propositura da ação penal pública[7].

3.2 Quando houver confissão formal e circunstancialmente

O segundo requisito consiste na necessidade de confissão formal e circunstancialmente a prática de infração penal. Como defende Cerveira, o

[7] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. Lei anticrime comentada: artigo por artigo. 2a. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 162.

"individuo não será considerado culpado e não constará em ficha de antecedentes, sendo o acordo apenas para o não oferecimento nos próximos 5 (cinco) anos, então mais um motivo para não ser necessária a confissão"[8] e, dessa forma, conclui pela inconstitucionalidade da exigência de confissão. Uma primeira controvérsia é o momento da confissão. No HC n. 657.165-RJ[9] o STJ apreciou um caso em que o indiciado ficou em silêncio na esfera policial e posteriormente pleiteou realização do ANPP. A Corte, segundo o Enunciado n. 13[10], da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ, indica que o art. 28-A do CPP exige a confissão formal e circunstanciada, mas não impõe que ela ocorra necessariamente no inquérito. Outra situação é a exigência da própria confissão para assegurar a celebração do ANPP. O STF no HC n. 185.913-DF[11] afetou ao Plenário a apreciação da ação constitucional com duas questões-problemas a serem resolvidas, in verbis:

> a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?
> b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

[8] CERVEIRA, Fabiano Justin. Acordo de não persecução penal e a exigência de confissão formal e circunstanciada. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 11., Porto Alegre, 2020. Anais [...]. Porto Alegre: PUCRS, 2020. p. 6.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). HC n. 657.165/RJ. Gerson Breno Viana Rosa ***vs***. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 9 de agosto de 2022b.

[10] Enunciado n. 13, da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinio delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 185.913/DF**. Max Willians de Albuquerque vs. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Diário da Justiça, 23 set. 2020.

Até o julgamento definitivo da ação acima referida, estão surgindo diversos questionamentos sobre a necessidade de confissão formal e circunstanciada. O STJ no AgRg no HC n. 762.049/PR[12] entendeu que como a confissão extrajudicial não é impedimento ao oferecimento do ANPP, houve nulidade no oferecimento e recebimento da denúncia sem oportunizar ao investigado o ANPP. O Ministério Público do Estado do Ceará editou o Ato Normativo n. 145/2020 que regulamentou o ANPP no âmbito local e no seu § 2.º do art.8.º expressamente permite que a confissão seja registrada perante a autoridade policial ou o membro do Ministério Público.

Não poderia deixar de registrar excelente estudo feito por Silva e Penteado[13] sobre a confissão como requisito para o ANPP, no qual os mencionados professores esclarecem como conclusão de sua investigação que:

> A confissão prestada perante o Ministério Público como requisito do ANPP não serve para conferir justa causa, pois para a formulação do acordo a lei exige a preexistência de elementos informativos suficientes para o ingresso da ação penal (ou seja, para o não arquivamento).
>
> A confissão realizada para fins do ANPP não pode ser usada como prova e nem elemento corroborador de provas na fase judicial, pois não passou pelo crivo do contraditório.
>
> Além de constituir requisito formal para o ANPP, a única finalidade da confissão é fornecer ao órgão acusatório, ainda que não obrigatoriamente, a possibilidade de obter novas fontes de prova ou meios de obtenção de prova até então não

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no HC n. 762.049/PR. João Manoel Armoa Júnior ***vs***. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz, 7 de março de 2023a.

[13] PENTEADO, Fernando Martinho de Barros; SILVA, Marcos Antônio Marques da. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 32, n. 12, p. 311-329, 2022. Grifo nosso.

> identificados na investigação, mas que foram ocasionalmente suscitados pelo investigado quando sua confissão formal e circunstanciada.
> Trata-se de uma contrapartida sui generis, acidental e não obrigatória, pois a depender da necessidade de explicação do contexto fático para fins da confissão, o investigado pode vir a eventualmente indicar novas fontes ou meios de obtenção de prova que, por sua vez, em caso de descumprimento das condições do ANPP e instauração de ação penal, poderão ser utilizados pelo Ministério Público na etapa judicial.
> A confissão, como requisito do ANPP, deve ser prestada necessariamente perante o Ministério Público, em audiência específica, logo após o encerramento das investigações, tenha ou não ocorrido eventual confissão na fase de investigação.

A exigência da confissão parece que tem sido umas das questões mais conflitantes na jurisprudência. Recentemente o STF no julgamento do HC 203440 AgR-segundo[14], Relator Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de fevereiro de 2023, admitiu a aplicação do ANPP aos processos iniciados antes da vigência da Lei 13.964/2019, "mesmo que ausente a confissão".

No âmbito doutrinário, Félix da Silva sustenta que a exigência da confissão e seus possíveis efeitos dependerão da forma como esse requisito será interpretado, todavia adverte que "sua propositura como está, poderá angariar prejuízos, principalmente ao acusado que precisa admitir culpa, objetivando adquirir benevolência estatal. Portanto, a confissão como

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). HC n. 203440 AgR-segundo/SP. Barbara de Franco Tobar vs. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de fevereiro de 2023b.

requisito essencial à homologação do acordo pelo Judiciário não possui utilidade constituída de forma legal".[15]

3.3 Crime sem violência ou grave ameaça

O terceiro requisito é que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça parece não possuir tantas controvérsias quantos os demais e não é objeto de investigação do direito processual penal, bastando uma análise na imputação apresentada. Convém destacar que existe controvérsia sobre o cabimento do ANPP nos casos de concurso de crimes envolvendo infrações de menor potencial ofensivo, quando estas são praticadas com violência ou grave ameaça. O guia prático do ANPP, publicado pelo Ministério Público de Minas Gerais, indica a divergência do tema e opta por deixar que o membro decida com base na sua independência funcional, se não veja-se:

> a) Primeira corrente: Impossibilidade de aplicação do instituto do ANPP com base na literalidade do art. 28-A, caput, do CPP, que veda a aplicação do instituto nos casos de delitos cometidos com violência ou grave ameaça.
> b) Segunda corrente: Possibilidade de aplicação do instituto do ANPP uma vez que, apesar de um dos delitos envolver violência ou grave ameaça, é considerado de menor potencial ofensivo pelo legislador e admite soluções penais negociais[16].

[15] SILVA, José Carlos Félix; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 96, 2020.

[16] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Acordo de não persecução penal: guia prático. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais/Caocrim, 2022. p. 26.

No mesmo manual, como fundamento para acatamento da segunda tese, é apresentado o entendimento de Gustavo Junqueira, Patrícia Vanzolini, Paulo Henrique Fuller e Rodrigo Pardal, *in verbis*:

> A violência ou grave ameaça, quando constitutiva de contravenção penal ou de crime com pena máxima cominada igual ou inferior a 2 anos, foi valorada pelo legislador como de menor potencial ofensivo, para efeito de incidência das soluções consensuais da composição dos danos civis e da transação penal (arts. 74 e 76 da Lei n. 9.099/1995), de sorte que nada justifica o seu afastamento em relação a mecanismos de negociação penal de maior amplitude, como o acordo de não persecução penal (infrações penais com pena mínima cominada inferior a 4 anos)"[17].

Outra distinção que tem sido apontada pela doutrina é se a violência impeditiva do benefício seria aquela constante na conduta ou no resultado. Se seria possível o ANPP, por exemplo, no crime culposo, pois apesar de não existir violência conduta do agente, a vítima inegavelmente sofrerá. Cabral[18] sustenta a impossibilidade, já que a lei não fez distinção. Todavia, essa posição é diversa da externada pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais por meio do enunciado 23[19], que se manifestou pela admissibilidade.

---

[17] JUNQUEIRA; VANZOLINI; FULLER, PARDAL, 2020, p. 159-160.

[18] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020. p. 98, in verbis: "Veja-se que CUNHA e BRASILEIRO defendem que a violência que impede a celebração do acordo é aquela presente na conduta e não do resultado, razão pela qual seria cabível ANPP para crimes violentos culposos. [...] Assim, não vejo como fazer a distinção proposta pelos doutos autores, razão pela qual é de se concluir que o legislador – ao não fazer distinção entre violência dolosa ou culposa – acabou por vedar o ANPP sempre quando ela ocorrer, independentemente da modalidade de imputação subjetiva".

[19] Ibid., p. 97, nota de rodapé 25, in verbis: "É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado

A tese é interessante se pensarmos no concurso de crimes, em que o agente praticou um ou mais crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, mas as penas mínimas desses delitos sejam inferiores a 1 (um) ano, cabendo a suspensão condicional do processo ou, no caso de delito cuja pena mínima não ultrapasse 2 (dois) anos, de modo que possibilitasse a transação penal. Em concurso, caso o agente praticasse outro delito sem violência, mas que o somatório das penas mínimas não fosse superior a 4 (quatro) anos. Por essa segunda corrente, o agente que, abordado em uma blitz policial com a capacidade motora alterada (art. 306 do CTB), acaba oferecendo vantagem indevida aos agentes de segurança pública para não ser preso (art. 333 do Código Penal) seria potencial beneficiário do acordo, mas ao perceber que sua conduta não surtiu o efeito desejado e receber voz de prisão da autoridade policial, acaba por ameaçar a composição policial (art. 147 do CP), desse modo, não teria direito, embora o último delito permitisse a transação penal.

Portanto, é defensável que, em caso de concurso, se o crime violento admitir, em tese, a transação penal ou a suspensão condicional do processo e a soma da pena de todos os delitos respeitar o critério objetivo, haveria, sim, a possibilidade de aplicação do ANPP.

3.4 Pena mínima inferior a 4 (quatro) anos

O requisito objetivo concernente à pena cominada para o delito também não enseja maiores discussões. O § 1.º do art. 28-A do CPP teve a preocupação de estabelecer que para definição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Certamente houve uma preocupação para evitar os debates que ocorreram na época da edição da Lei n. 9.099/95. Foram editadas as súmulas 243[20], pelo STJ, e 723[21],

e nem aceito pela agente, apesar de previsível".

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 243. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. Corte Especial, em 11 de dezembro de 2000. Diário da Justiça, 5 fev. 2001. p. 157.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal**.** Súmula n. 723. Não se admite a suspensão condicional do processo por

pelo STF, disciplinando a forma de aplicação da suspensão condicional do processo no caso de concurso de crimes.

Conforme lembra Rodrigues[22], foi apresentado pelo deputado José Rocha do PR/BA, em 6 de junho de 2018, o Projeto de Lei n. 10372/2018, que pretendia criar o ANPP e, posteriormente, por meio da Mensagem n. 50 de 19 de fevereiro de 2019, do presidente da República, foi apresentado o Projeto de Lei n. 882/2019. Os dois projetos apresentam muitas semelhanças, mas o primeiro estabelecia que o ANPP seria cabível nos casos em que a pena máxima não fosse superior a 4 (quatro) anos, enquanto o segundo exigia que a pena mínima não fosse superior a 04 (quatro) anos. Ao final, prevaleceu a segunda opção.

3.5 Necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

O próximo requisito do acordo é que ele seja "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente. Como é possível perceber, trata-se de um conceito indeterminado que deve ser interpretado e uniformizado pelo ordenamento jurídico e seus operadores. No caso, caberá ao Ministério Público, ao indiciado, acompanhado de seu advogado e a vítima, se houver, pactuar quais as medidas mais adequadas.

O parágrafo único do art. 9º do Ato Normativo n. 145/2020, por exemplo, reduzindo a imprecisão do dispositivo, estabeleceu que "Para aferição do requisito atinente à necessidade e à suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime, poderão ser utilizados, por analogia, os critérios estabelecidos no art. 59, caput, do Código Penal".[23] Embora ainda

crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano. Sessão Plenária de 26 de novembro de 2003. Diário da Justiça, 9 dez. 2003. p. 1.

[22] RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock, KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Uma análise do processo legislativo do pacote anticrime. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 11., Porto Alegre, 2020. Anais [...]. Porto Alegre: PUCRS, 2020.

[23] CEARÁ. Ato Normativo n. 145, de 07 de dezembro de 2020.

haja divergências sobre os pressupostos para configuração das circunstâncias judiciais do art. 59, caput, do Código Penal, já existem estudos e precedentes jurisprudenciais que podem auxiliar o intérprete na interpretação do dispositivo.

O inciso I trata da reparação do dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. Apesar da parte final do dispositivo conter um conceito aberto, de quando o acusado estaria impossibilitado de assumir alguma obrigação de cunho pecuniário, tal previsão normativa é bastante antiga. A Lei n. 1.060/50 dispensa a parte de efetivar o pagamento das custas quando não tiver condições financeiras e o art. 83, inciso IV, com redação dada pela Lei n. 7.209/84 do Código Penal, que possibilita a concessão do livramento condicional ao condenado que houver reparado o dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo. Assim, apesar de certa margem de discricionariedade para identificar essa impossibilidade, o ordenamento já tem, há muito tempo, dispositivos similares que hoje já não provocam grandes discussões.

O inciso II permite ao indiciado renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Assim, havendo consenso entre o Ministério Público e indiciado do que seriam esses bens, não haveria, em tese, maiores controvérsias.

O inciso III permite que o indiciado preste serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). O dispositivo não apresenta maiores dificuldades de interpretação.

O inciso IV consiste na "pena" de pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), à entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. A Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará editou o Provimento n. 15/2022/CGJCE regulando o Trâmite do Acordo de Não

Persecução Penal e determinando no art. 349-A[24] que os recursos oriundos dos ANPP devem ter a mesma destinação dos recursos recolhidos à título de transação penal e suspensão condicional do processo, de acordo com a Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça.

O inciso V possibilita a fixação de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. A mesma lei que instituiu o ANP, alterou o § 7.º do art. 4.º da Lei n. 12.850/13, para especificar alguns limites na celebração dos acordos de colaboração e reputou nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de penal, as regras de cada um dos regimes e os critérios de progressão. No STF também já tinha sinalizado a inconstitucionalidade de "cláusulas que excluam da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos; estabeleçam o cumprimento imediato da pena ainda não fixada; fixem regime de cumprimento de pena não autorizado pela legislação em vigor; avancem sobre cláusulas de reserva de jurisdição; determinem o compartilhamento de provas e informações sigilosas sem intervenção da justiça; ou autorizem a divulgação de informações que atinjam a imagem ou a esfera jurídica de terceiros"[25]

É certo que no ANPP, ao contrário do acordo de colaboração premiada, não se permite a negociação de pena privativa de liberdade, mas nem por isso pode ser celebrado sem a observância de alguns limites.

3.6 Momento adequado para o oferecimento do ANPP

O art. 28-A do CPP prescreve que o ANPP, pela sua natureza e até mesmo denominação, deve ser apresentado antes do oferecimento da denúncia.

[24] CEARÁ. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento n. 15/2022/CGJCE**, de 7 de outubro de 2022: "Art. 349-B. Definir que o recolhimento, destinação, controle e aplicação de valores oriundos dos acordos de não persecução penal (ANPP), no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, quando não destinado às vítimas ou seus dependentes, deverão seguir a disciplina estabelecida no Provimento Conjunto nº 02/2019/PRES/CGJCE, recepcionado pelos arts. 410 ao 438 da presente Consolidação".

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, **Informativo STF n. 870/2017**.

Esse seria o momento fixado na lei, mas não se verifica nenhum outro marco mais preciso. O § 7.º[26] do art. 18 Resolução n. 181/2017 do CNMP permite que o acordo seja realizado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

O art. § 3.º do art. 28-A do CPP preconiza que o ANPP será formalizado por escrito pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Não há previsão de participação do Juiz do referido acordo. O Juiz também não participa das negociações do acordo de colaboração premiada, conforme § 6.º do art. 4.º da Lei n. 12.850/2013.

Assim compreende-se que a melhor interpretação da regulamentação seria por ocasião da custódia, antes ou depois dela, mas nunca sendo um ato próprio e principal da audiência de custódia.

Visando uniformizar o entendimento no território nacional para os membros do Poder Judiciário, o Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ proferiu um despacho administrativo[27] vedando a realização do ANPP por ocasião da audiência de custódia.

Reafirme-se que, segundo o HC n. 657.165-RJ[28], o STJ apreciou um caso em que o indiciado ficou em silêncio na esfera policial e posteriormente pleiteou realização do ANPP, já que a confissão poderia ocorrer em outro momento, mas antes da ação penal.

Posteriormente, o STJ apreciou o AgRg no HC n. 762.049/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, na qual anulou-se o procedimento criminal justamente porque não houve o oferecimento do acordo de não persecução penal antes do oferecimento da denúncia. O caso guarda algumas especificidades que recomendam a leitura do seu inteiro teor para melhor compreensão, mas para fins da compreensão do aqui defendido, a citação de trechos da ementa é o suficiente, se não veja-se:

---

[26] BRASIL, 2017: "§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)".

[27] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Despacho Administrativo.** Disponível em https://www.cnj.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0884169&codigo_crc=35E4415B&hash_download=c868f4d374486b0c050942e50ce2c7146b0c25eaad67528c3238171f64b3a1c2fde7cf564b30affb53548971736ea6c7eacd1597ccb87f8b9fdd9c6221635 8fe&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 22 ago. 2023.

[28] BRASIL, 2022b.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROPOSITURA DO PACTO APÓS O OFERECIMENTO E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PROPOR O ACORDO NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO, CASO CONFIGURADOS OS PRESSUPOSTOS LEGAIS. NULIDADE ABSOLUTA. FORMALIZAÇÃO DO ACORDO QUE NÃO PODE SER CONDICIONADA À CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal foi instituído com o propósito de resguardar tanto o agente do delito, quanto o aparelho estatal, das desvantagens inerentes à instauração do processo-crime em casos desnecessários à devida reprovação e prevenção do delito. Para isso, o Legislador editou norma despenalizadora (28-A, caput, do Código de Processo Penal) que atribui ao Ministério Público o poder-dever de oferecer, segundo sua discricionariedade regrada, condições para o então investigado (e não acusado) não ser denunciado, caso atendidos os requisitos legais. Ou seja, o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente em hipótese na qual há, em tese, justa

causa para o oferecimento de denúncia, aplica-se ainda na fase pré-processual e, evidentemente, consubstancia hipótese legal de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

[...]

3. Configuradas as demais condições objetivas, a propositura do acordo não pode ser condicionada à confissão extrajudicial, na fase inquisitorial. Precedente: STJ, HC n. 657.165/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe 18/08/2022.

4. Por constituir um poder-dever do Parquet, o não oferecimento tempestivo do ANPP desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta.

5. Presunção de prejuízo decorrente da instauração do processo-crime detalhadamente declinada no voto-vista do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, como a interrupção do prazo prescricional, eventual óbice à incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95 por outras condutas, v.g.

6. Agravo regimental provido para reformar a decisão monocrática recorrida e, consequentemente, conceder a ordem de habeas corpus a fim de anular o procedimento criminal desde a ocasião em que foram configurados os pressupostos objetivos para a propositura do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público Estadual.[29]

[29] *Id.*, 2023a, grifo nosso.

Portanto, resta evidente que o marco temporal para o oferecimento do ANPP, segundo o julgado acima, deve ocorrer em momento anterior ao oferecimento da denúncia, sendo, pois, um poder-dever do Ministério Público, sem o que ensejaria a nulidade absoluta do processo-crime.

3.7 Hipóteses de não aplicação do acordo de não persecução penal

O § 2.º do art. 28-A do CPP trouxe as hipóteses que em não seria cabível o ANPP. O inciso I impede o ANPP quando for cabível a transação penal, justamente por esse instituto ter sua aplicação mais branda e mais benéfica aos interesses do próprio indiciado.

O inciso II, impede a aplicação do instituto ao investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. O Enunciado 21 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), órgão do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) compreendeu que infrações insignificantes pretéritas seriam os delitos de menor potencial ofensivo, se não veja-se o enunciado: "Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo"[30]. Apesar do esforço interpretativo, acredito que não foi isso que o legislador diz dizer. O termo "insignificantes as infrações penais pretéritas" não estaria associado necessariamente à natureza do crime cometido, mas também ao momento.

O inciso III impede o benefício de o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não

[30] *Apud* BRASIL. Ministério Público do Rio Grande do Norte. **Manual de Atuação e Orientação Funcional. Acordo de Não Persecução Penal.** 2020. p. 22.

persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. O dispositivo parece conseguir descrever a impossibilidade.

O inciso IV veda o benefício nos casos de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. O dispositivo recrudesce o tratamento nos casos de violência doméstica. O art. 41 da Lei n. 11.340/2006 já impedia a aplicação dos institutos despenalizantes da Lei n. 9.099/95. Não seria suficiente apenas o caput do art. 28-A do CPP que impede o benefício nos casos de violência ou grave ameaça à pessoa, já que existem outros tipos penais que podem ser praticados. prevalecendo-se o agente das relações domésticas, mas que não sejam cometidos com violência. É o caso, por exemplo, do crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP) e dano (art. 163, caput, do CP).

4 A RETROATIVIDADE DO ANPP NAS AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO

A situação do cabimento ou não do ANPP nas ações em andamento é controvertido. O próprio Manual de Orientação do Acordo de Não Persecução Penal reconhece como controvertido o tema, mas reconhece a natureza híbrida do instituto admitindo a "proposta de ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, até antes da sentença".[31]

Vasconcelos[32] realizou uma pesquisa que o título já descreve o objeto de investigação: O ANPP na jurisprudência do STF em 2020 e 2021, cujo tema mais discutido fora a retroatividade da Lei n. 13.964/2019 aos processos já iniciados. Na época dessa pesquisa, foram localizadas 25 decisões publicadas, vinte abordando a retroatividade, e todas eram oriundas da Primeira Turma.

[31] SANTA CATARINA. **Manual de orientação**: O acordo de não persecução penal na "Lei Anticrime" (Lei 13.964/19). Florianópolis: Ministério Público de Santa Catarina, 2020. p. 7.

[32] VASCONCELOS, Vinicius Gomes. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 30, n. 191, p. 93-120, 2022.

Na Segunda Turma, o Min. Gilmar Mendes afetou HC n. 185.913, que ainda não foi julgado.

Ocorre que o cenário jurisprudencial evoluiu. Na Tabela 1 identificam-se os julgados, partindo do entendimento do relator. Colaciona-se um entendimento mais remoto e outro recente para tentar identificar se houve alguma alteração de entendimento.

4.1 Primeira Turma

Um dos primeiros casos que foi apreciado pelo STF foi o Ag. Reg. no HC n. 191.464, Rel. Min. Roberto Barroso. A tese fixada foi no sentido de que "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia", contudo, o caso concreto possuía algumas particularidades. Quando da "entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP[33]".

O acórdão apoiou-se nos precedentes ARE 1171894/RS[34], (Min. Marco Aurélio) e HC 186.289/RS[35] (Min. Cármen Lúcia). No primeiro julgado após existir sentença penal condenatória e após o julgamento do Recurso Extraordinário, a parte recorrente apresentou, por meio da Petição/STF nº 7.232/2020, pedido de remessa dos autos ao Ministério Público Federal visando a proposta do ANPP. O segundo caso também já tinha percorrido todas as instâncias recursais, inclusive com negativa de vigência de seguimento do recurso extraordinário. Mesmo reconhecendo a natureza híbrida do ANPP, o relator considerou "o art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 191.464 AgR/SC**. Mario Cesar Sandri *vs.* Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020.

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1.171.894/RS**, Maria Helena Reis de Oliveira Prux vs. Ministério Público Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, 19 de fevereiro de 2020. Diário da Justiça, 26. fev. 2020.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 186.289/RS**, Beatriz Rebello Lima vs. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Cármen Lúcia, 28 de maio de 2020. Diário da Justiça, 2 jun. 2020

na fase anterior ao recebimento da denúncia"[36], pelo que conclui que deve "ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade"[37]. Com efeito, citou-se como precedente o HC n. 74.305/SP[38], Rel. Min. Moreira Alves, que cuidava da incidência da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, oportunidade em que se decidiu que ela seria cabível até a sentença.

Ao final, como o ANPP visava impedir o início da própria ação penal, fixou-se como marco de sua aplicação o recebimento da denúncia, acrescentando o argumento consequencialista de que a revisão de todos os casos poderia ocasionar um colapso no sistema criminal.

No ARE n. 1.273.501 AgR-AgR-ED-AgR, j. 01/03/2021, Rel. Min. Rosa Weber, o tema de fundo foi enfrentado em razão da preclusão, já que a matéria deveria ter sido "deduzida na anterior instância" e que, no caso, o Ministério Público entendeu que o ANPP "não se mostra necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". No acordão mais recente, HC n. 212284 AgR, Min. Rosa Weber, j. 04/04/2022, a Ministra reafirma os precedentes da Primeira Turma (Ag. Reg. No HC n. 191.464, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/11/2020).

No RHC n. 200.311 AgR e do ARE n. 1.267.798 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 31/05/2021, rejeitou-se o pedido, uma vez que quando da "entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal". No segundo, ARE n. 1410898 AgR, Min. Dias Toffoli, j. 20/03/2023, reafirmou-se a inviabilidade do ANPP pelo fato da denúncia já ter sido recebida.

No HC n. 204.976 AgR, j. 20/09/2021, Rel. Min. Cármem Lúcia, a relatora ressalta e segue a jurisprudência prevalecente, mas ressalta que ainda não houve o julgamento HC n. 185.913, Rel. Min. Gilmar Mendes. Assim, ressalta que "A matéria não está definitivamente decidida neste Supremo Tribunal".

[36] *Ibid.*, p. 3.

[37] *Ibid.*, p. 4.

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 74.305**, Antônio da Silva Pedroso *vs.* Tribuna de Justiça de São Paulo. 09 de dezembro de 1996. Diário da Justiça, 5. maio 2000.

Com efeito, ainda que não tenha ficado expresso, o caso concreto apresentava algumas particularidades que possivelmente não recomendariam o ANPP, mas a relatora sinalizou[39] que o ANPP seria aplicável até a prolação da sentença penal condenatória. No voto consta extensa transcrição dos ensinamentos de Cabral, sustentando o cabimento para as ações penais em andamento, in verbis:

> (i) acordo de não persecução penal para processos instaurados antes da vigência da Lei n. 13.964/19:
> Como já dito, a regra é que o acordo de não persecução penal seja celebrado na fase pré-processual e é importante que essa regra, sempre que possível, seja cumprida. No entanto, com relação aos processos penais instaurados antes da vigência da Lei n. 13.964/19, até mesmo para franquear um tratamento isonômico entre os investigados, nos parece que, nessa fase de transição entre o novo e o antigo sistema, é perfeitamente possível a celebração de acordo de não persecução penal para os processos em curso. Para reforçar essa posição, de que é possível celebrar-se o acordo de não persecução penal, neste período de transição, para os processos penais instaurados antes da Lei Anticrime, é possível invocar dois argumentos complementares:
> i) O art. 3º-B, inciso XVII do Código de Processo Penal (que, apesar de estar com sua vigência

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 226.308/MS**, Rel. Min. Cármem Lúcia, 4 de abril de 2023. Diário da Justiça, 10 abr. 2023, in verbis: "A utilidade do acordo de não persecução penal, portanto, manifesta-se tanto para o Ministério Público quanto para o acusado até a prolação da sentença, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 74.463 relativamente à suspensão condicional do processo".

suspensa por conta da cautelar nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, serve como norte interpretativo) preconiza que compete ao Juiz de Garantias 'decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação'.

É dizer, a própria Lei – interpretada a *contrario sensu* – admite que o ANPP seja celebrado em momento distinto da investigação criminal, ou seja, no curso do processo penal;

ii) A Lei n. 9.099/95 (que em algumas hipóteses, como apresente, pode ser invocada como norte interpretativo), quando entrou em vigor, disciplinou a sua aplicação intertemporal no art. 90, que dizia o seguinte: 'as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada'.

No entanto, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar (posteriormente confirmada) para dar, ao referido artigo, interpretação conforme a Constituição, em julgado que recebeu a seguinte ementa:

'Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna). Pedido de liminar:

- Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme a Constituição suspender 'ex tunc', sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei.'

A ementa, porém, não esclarece o que seriam essas as normas de conteúdo material mais benéficas.

Lendo o teor do acórdão, tampouco, existe indicação explícita do que seriam essas normas. O acórdão, porém, com relação a essas normas, se refere a um julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Inquérito n. 1055.

Consultando esse julgado, aí sim, é possível identificar quais seriam essas normas de conteúdo material mais benéficas, conforme se verifica da ementa, citada apenas na parte que interessa:

'LEI N. 9.099/95 – CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS – NORMAS BENEFICAS – RETROATIVIDADE VIRTUAL. – Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública

incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). – A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabiliza, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a lex mitior

uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata'.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia uma retroatividade virtual de normas semelhantes à do art. 28-A, CPP, que disciplina o acordo de não persecução penal.

Esse precedente constitui, pois, um argumento complementar no sentido da possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal, nesse período de transição.

Afinal, não se pode negar que – apesar das diferenças entre os institutos – o art. 28-A, CPP traz um benefício e, caso ainda exista tempo para aplicá-lo, é recomendável fazê-lo, até para fins de tratamento isonômico.

Assim, parece ser plenamente possível – ainda que temporariamente – a aplicação do acordo de não persecução penal para os processos penais em curso, nos quais ainda não tenha sido proferida sentença.

É dizer, o marco final para que se possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal.

Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo.

Ademais, já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1 º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida.

Por fim, como argumento adicional, vale lembrar que, na regra de transição para a aplicação da suspensão condicional do processo, logo depois da edição da Lei n. 9.099/95 (usada inclusive como argumento para a aplicação do ANPP no curso do processo penal), foi definido que esse benefício somente seria aplicável aos processos penais em que não havia sido, ainda, proferida sentença. (...)

Por fim, obviamente, o acordo de não persecução penal jamais caberá para aqueles casos em que já houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado, pois: i) tal proceder jamais atenderia ao que é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, uma vez que esse objetivo criminal é alcançado da forma mais plena e adequada por meio da pena aplicada de acordo com as balizas do legislador (e no ANPP só se abre mão dessa pena mais adequada em troca de benefícios de economia processual); ii) não teria nenhuma serventia a confissão do acusado, pois o Ministério Público já obteve uma sentença penal condenatória; iii) toda a ratio da criação do acordo de não persecução, que é precisamente desafogar o Poder Judiciário para que possa dar prioridade aos casos mais graves se tornaria inútil) pois o acordo – em vez de diminuir a carga de trabalho – iria aumentar sobremaneira, com a

> necessidade de revisão e exumação de um sem número de casos já transitados em julgado.
> Em poucas palavras, não tem o menor sentido pensar-se em acordo de não persecução penal para os casos já transitados em julgado" [40].

No segundo precedente, HC n. 226.308, J. 04/04/2023, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, a relatora apresentou fundamentos similares ao primeiro, ressaltando, novamente, que a matéria ainda não se encontra definitivamente julgada, o que pode ser interpretado como um sinal de que o entendimento pode ser alterado. Ademais, no caso, a denúncia já tinha sido recebida e a sentença condenatória proferida antes da entrada em vigor da lei.

Na decisão monocrática, ARE n. 1353177, Rel. Min. Luiz Fux, J. 05/11/2021, o impetrante sustentava a ilegalidade da sentença em razão do não oferecimento do ANPP, mas o relator entendeu que caso houvesse ofensa esta seria indireta ou reflexa à Constituição Federal. No segundo caso, ARE n. 1430622, j. 12/04/2023, também decidido monocraticamente, argumentou que eventual violação à Constituição seria indireta.

Para finalizar a análise dos votos mais antigos e recentes dos ministros da Primeira Turma, o Min. Alexandre de Moraes, HC n. 191.124 AgR, j. 08/04/2021, rejeitou o pedido de aplicação do ANPP com base nos reiterados julgados da Primeira Turma de que o ANPP "aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia (HC n. 191.464-AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020)". O mesmo raciocínio foi reproduzido no HC n. 225121 AgR, J. 03/04/2023.

Segue uma tabela dos julgados mais antigos e recentes da Primeira Turma do STF:

[40] CABRAL, 2020, p. 210-216, grifo nosso.

Tabela 1: Posicionamento sobre a aplicação do ANPP no STF

Primeira Turma	Precedente remoto	Recente	Posição
Min. Roberto Barroso	HC 191.464 AgR, j. 10.11.2020	RHC 225.418 AgR, Min. Roberto Barroso, j. 03/04/2023	O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019 até o recebimento da denúncia.
Min. Rosa Weber (presidente, com aposentadoria prevista para outubro de 2023.)	ARE 1.273.501 AgR-AgR-ED-AgR, j. 01/03/2021.	HC 212284 AgR, Min. ROSA WEBER, j. 04/04/2022	O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.
Min. Dias Toffoli	RHC 200.311 AgR e do ARE 1.267.798 AgR, j. 31.05.2021.	ARE 1410898 AgR, Min. Dias Toffoli, j. 20/03/2023.	O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.
Min. Cármen Lúcia	HC 204.976 AgR, j. 20/09/2021.	HC 226308, J. 04/04/2023 (decisão monocrática)	O ANPP aplica-se até prolação da sentença na ação penal[41].
Min. Luiz Fux	ARE 1353177, J. 05.11.2021. (decisão monocrática)	ARE 1430622, j. 12.04.2023. (decisão monocrática)	O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.
Min. Alexandre de Moraes	HC 191.124 AgR, j. 08.04.2021.	HC 225121 AgR, J. 03/04/2023	O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Fonte: Elaboração própria (2023).

[41] VASCONCELOS, 2022, p. 11, in verbis: "No caso, adotou-se postura diversa daquela fixada no HC 191.464 AgR, visto que a Min. Cármen Lúcia fixou como limite temporal ao cabimento do ANPP em processos em curso até o proferimento da sentença. Ao citar referências doutrinárias, afirmou-se que "há defensáveis argumentos favoráveis à mais ampla retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal, fixando-se, por exemplo, como marco final para incidência da norma a prolação da sentença na ação penal, o que asseguraria maior efetividade ao inc. XL do art. 5º da Constituição da República".

Em artigo doutrinário, Vasconcelos fez uma síntese bem acurada do atual entendimento da Primeira Turma do STF sobre a retroatividade do ANPP:

> Em praticamente nenhum dos acórdãos analisados houve maior debate sobre as posições doutrinárias existentes e somente nos votos do relator (Min. Roberto Barroso) no HC 191.464 AgR e da relatoria (Min. Cármen Lúcia) no HC 204.976 AgR aprofundou-se a análise da jurisprudência do próprio STF em relação à retroatividade da suspensão condicional do processo[42].

4.2 Segunda Turma

O panorama na Segunda Turma é um pouco diferente. Vasconcelos explica que, até a data da publicação do seu artigo, não havia julgado colegiado sobre a questão, certamente em "razão da afetação ao Plenário pelo Min. Gilmar Mendes do HC 185.913, ainda pendente de julgamento".[43] A referida ação ainda não foi julgada, mas pelas movimentações pode-se perceber que todos os esforços estão sendo adotados para a rápida solução. Na decisão de afetação ao plenário, o relator citou divergências jurisprudenciais e concluiu:

> Portanto, como afirmado anteriormente, na questão em debate verifica-se a potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial, o que destaca a necessidade de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito

[42] VASCONCELOS, 2022, p. 11.
[43] Ibid., p. 11.

> aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal[44].

Ocorre que posteriormente, considerando o tempo necessário ao julgamento do feito afetado, houve outras manifestações dos integrantes da referida Turma, inclusive alterando o posicionamento anteriormente firmado.

O Min. Ricardo Lewandowski, em um dos primeiros precedentes sobre o assunto, decidiu o RE n. 1.330.220 – RS, J. 25/06/2021, citando e seguindo os precedentes anteriormente citados da Primeira Turma (HC 191.464 AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, ARE 1.294.303 AgR-segundo-ED/PE, Rel. Min. Rosa Weber e HC 191124 AgR/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes). Posteriormente, no ARE 1379168 AgR-quarto, j. 27/03.2023, houve uma alteração do entendimento para permitir a aplicação do ANPP aos "processos iniciados antes da vigência da lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo ausente a confissão do réu)".

O Min. Edson Fachin possui algumas decisões tangenciando o cabimento do ANPP, mas a questão de fundo não foi enfrentada por questões processuais. No RHC 222342 MC, j. 22/11/2022 a liminar foi concedida para determinar a suspensão da respectiva ação penal e, posteriormente, também em decisão monocrática, deu-se provimento ao recurso para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP e oportunizar ao Ministério Público o oferecimento do ANPP. O referido entendimento é mantido no ARE 1.417.056 AgR, J. 13/04/2023.

Conforme já dito acima, o HC n. 185.913, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes foi afetado ao Plenário em 22/09/2020, mas ainda não foi julgado, embora seja perceptível os esforços em submeter a matéria ao Plenário. No HC 199.180-SC, j. 22/02/2022, houve negativa por parte do Procurador da República, pois no caso já existia sentença condenatória. Com o pedido da defesa, os autos foram encaminhados para revisão ministerial, conforme art. 28-A, § 14, CPP, sendo acolhido o pedido da defesa com base

[44] Ibid., p. 11.

no Enunciado n. 98[45] da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, in verbis:

> Enunciado n° 98. É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei n° 13.964/19.

O feito transitou em julgado antes da revisão ministerial, mas, mesmo assim, concedeu-se a ordem para determinar a "anulação do trânsito em julgado para retorno dos autos ao juízo e manifestação do MP sobre o oferecimento do ANPP".[46]

Por fim, tanto o Min. Nunes Marques, RE 1244660 AgR, j. 04/02/2021 (decisão monocrática) quanto o Min. André Mendonça, ARE 1366708, j. 18/02/2022, entendiam que o marco temporal de aplicação do ANPP seria o recebimento da denúncia. Todavia, os referidos entendimentos foram superados em decisão monocrática, o que sugere a manutenção desse posicionamento mais favorável ao acusado, consoante se verifica nas decisões proferidas no HC 226173, j. 03.04.2023 e HC 211882, J. 12/04/2023, respectivamente.

[45] BRASIL. Ministério Público Federal. 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Enunciado n. 98.** O enunciado foi alterado 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020, tendo atualmente a seguinte redação: "É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão". Disponível em http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/251624. Acesso em: 22. ago. 2023.

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 199.180/SC**, Rel. Min. Gilmar Mendes. 22 de fevereiro de 2022. Diário da Justiça, 22. abr. 2022.

Tabela 2: Posicionamento sobre admissão do ANPP

Segunda Turma	Precedente remoto	Precedente recente	Posição
Min. Ricardo Lewandowski (aposentado)	RE 1.330.220 – RS, J. 25/06/2021 (decisão monocrática)	ARE 1379168 AgR-quarto, j. 27/03.2023.	O ANPP cabe desde que não transitado em julgado e mesmo ausente a confissão. Houve alteração do entendimento.
Min. Edson Fachin	RHC 222342 MC, j. 22/11/2022	ARE 1.417.056 AgR, J. 13/04/2023	O ANPP cabe ainda que recebida a denúncia ou prolatada a sentença penal condenatória.
Min. Gilmar Mendes	HC 185.913, afetado ao Plenário em 22/09/2020.	No HC 199.180-SC, j. 22/02/2022	Na pesquisa jurisprudencial não foi encontrado precedente expresso sobre a retroatividade, certamente em razão da afetação do HC 185.913.,Todavia, pelo julgamento do HC 199.180-SC é possível inferir que seria admitido o ANPP até o trânsito em julgado.
Min. Nunes Marques	RE 1244660 AgR, j. 04/02/2021 (decisão monocrática) Não cabe o ANPP quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado	HC 226173, j. 03.04.2023 (decisão monocrática) É cabível o ANPP até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória	O Min. Nunes Marques alterou o entendimento a partir do HC 204.711 TPI, j. 17/12/2022, passando ao reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP. (decisão monocrática)
Min. André Mendonça	ARE 1366708, j. 18/02/2022. O ANPP aplica-se até o recebimento da denúncia (decisão monocrática)	HC 211882, J. 12/04/2023 O ANPP aplica-se retroativamente até o trânsito em julgado. (decisão monocrática)	O Min. André Mendonça deferiu a liminar na MC 211.882 HC para suspender os efeitos da decisão condenatória e posteriormente confirmou à ordem, alterando o seu entendimento. (decisão monocrática)

Fonte: Elaboração própria (2023).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo a análise das decisões judiciais proferidas pelo S TF, especialmente pelo fato de que os recentes julgados admitem a possibilidade de aplicação do ANPP até o trânsito em julgado, acredita-se que a jurisprudência se encaminhará, assim como já faz a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no sentido de que o ANPP é cabível nas ações penais em andamento até o trânsito em julgado, admitindo-se, excepcionalmente, sua aplicação mesmo após esse momento quando houver insurgência da defesa e que, de alguma forma, a defesa tenha pleiteado sua aplicação antes do trânsito. Pela configuração do instituto e pelos inúmeros questionamentos apresentados aos Tribunais Superiores, tem-se a compreensão de que nos casos em que seja cabível, existe grande chance de cumprimento por parte dos investigados, especialmente para evitar os efeitos secundários de uma sentença penal condenatória.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. Acordos Criminais. Leme: JH Mizuno, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 22 ago. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 154**, de 13 de julho de 2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. 2012. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_154_13072012_21012019172816.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 181**, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. 2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. Ministério Público do Rio Grande do Norte. **Manual de Atuação e Orientação Funcional. Acordo de Não Persecução Penal**. 2020. Disponível em http://www.ampern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual_ANPP_CAOP%20Criminal.pdf. Acesso em 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, **Informativo STF n. 870/2017**. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo870.htm Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. n. 5.508/DF**. Delação premiada – acordo – cláusulas. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais. Delação premiada – acordo – polícia. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público. Delação premiada – acordo – benefícios – homologação. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam. Delação premiada – acordo – benefício. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz Procurador-Geral da República vs. Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de junho de 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC n. 191464 AgR/SC**. Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual,

devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". Mario Cesar Sandri vs. Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 582.678/RJ**. Habeas Corpus. Crimes de lavagem de capitais (art. 1.º da Lei n. 9.613/98) e corrupção passiva e ativa (respectivamente previstos nos arts. 317, § 1.º e 333, parágrafo único, ambos do Código Penal). Suposta organização criminosa estruturada em juízo de direito. Delação premiada. Homologação válida, nos termos da Lei n. 12.850/2013. possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada em quaisquer crimes cometidos em coautoria. medidas de busca e apreensão que não se fundam exclusivamente nas declarações do delator. Autorização judicial lastreada em informações anteriores à delação ou a fatos antecedidos de diligências preliminares (art. 4.º, inciso i, parágrafo 16, também da Lei n. 12.850/2013). Descoberta fortuita em diligência autorizada em causa que tramita em ramo diverso do poder judiciário. Elemento de prova válido para fundar investigação na Justiça Estadual. Parecer do Ministério Público Federal acolhido. Ordem de Habeas Corpus denegada. João Luiz Amorim Franco vs. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Laurita Vaz, 14 de junho de 2022a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202001170263 Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC n. 657.165/RJ**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Acordo de não persecução penal. Poder-dever do ministério público. Ausência de confissão no inquérito policial. Não impedimento. Remessa dos autos à procuradoria-geral de justiça. Inteligência do art. 28-a, § 14, do CPP. Necessidade. Ordem concedida. Gerson Breno Viana Rosa vs. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 9 de agosto de 2022b. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao=18/08/2022. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no HC n. 762.049/PR. Agravo regimental no habeas corpus. Processual penal. Crime previsto no art. 337-e do código penal. Acordo de não persecução penal (ANPP). Art. 28-a, caput, do código de processo penal. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. Poder-dever do ministério público de propor o acordo no momento processual oportuno, caso configurados os pressupostos legais. Nulidade absoluta. Formalização do acordo que não pode ser condicionada à confissão extrajudicial. Presunção de prejuízo. Agravo regimental provido. Ordem de habeas corpus concedida. Alberto Mauad Abujamra vs. Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Min. Laurita Vaz, 7 de março de 2023a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202454162&dt_publicacao=17/03/2023. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC n. 203440 AgR-segundo/SP**. Segundo agravo regimental em habeas corpus. Interposição pelo ministério público federal. Acordo de não persecução penal – ANPP. Possibilidade de aplicação aos processos iniciados antes da vigência da Lei 13.964/2019 (desde que ainda não transitados em julgado e mesmo

ausente a confissão do réu). Reconsideração da decisão anteriormente agravada para conceder a ordem. Agravo regimental a que se nega provimento. Ministério Público Federal *vs.* Barbara de Franco Tobar. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de fevereiro de 2023b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur474679/false. Acesso em: 22 ago. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020.

CEARÁ. Ato Normativo n. 145, de 07 de dezembro de 2020. Regulamenta, provisoriamente, o trâmite do acordo de não persecução penal no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. 2020. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/12/Ato-Normativo-n%C2%BA-145-2020-Regulamenta-o-tr%C3%A2mite-provis%C3%B3rio-do-ANPP.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

CEARÁ. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento n. 15/2022/CGJCE**, de 7 de outubro de 2022. Dispõe sobre alteração do teor do Capítulo XVII do Provimento n. 02/2021/CGJCE (Código de Normas Judiciais), que trata do Trâmite do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Disponível em: https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2022/10/Provimento-no-15-2022-CGJCE.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

CERVEIRA, Fabiano Justin. Acordo de não persecução penal e a exigência de confissão formal e circunstanciada. *In:* CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 11., Porto Alegre, 2020. Anais [...]. Porto Alegre: PUCRS, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. Lei anticrime comentada: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2021.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Acordo de não persecução penal: guia prático. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais/ Caocrim, 2022. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/2F/14/F8/5E/D59A38106192FE28760849A8/-%20Acordo%20de%20nao%20persecucao%20penal.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de não persecução penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 77, p. 161-194, 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla_de_Carvalho_Mota.pdf. Acesso em: 14 abr. 2023.

PENTEADO, Fernando Martinho de Barros; SILVA, Marcos Antônio Marques da. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 32, n. 12, p. 311-329, 2022. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/8806/6488. Acesso em: 14 abr. 2023.

RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Uma análise do processo legislativo do pacote anticrime. *In:* CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 11., Porto Alegre, 2020. Anais [...]. Porto Alegre: PUCRS, 2020.

SANTA CATARINA. **Manual de orientação**: O acordo de não persecução penal na "Lei Anticrime" (Lei 13.964/19). Florianópolis: Ministério Público de Santa Catarina, 2020.

SILVA, José Carlos Félix; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 81-97, 2020. Disponível em:http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 30, n. 191, p. 93-120, 2022.

CAPÍTULO 21

O RISCO À ORDEM PÚBLICA É MANIFESTO NOS CRIMES QUE ENVOLVEM A CORRUPÇÃO, JUSTIFICANDO A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS, PRINCIPALMENTE A SEGREGAÇÃO

THE RISK TO PUBLIC ORDER IS EVIDENT IN CRIMES INVOLVING CORRUPTION, JUSTIFYING THE IMPOSITION OF PRECAUTIONARY CRIMINAL MEASURES, ESPECIALLY THE SEGREGATION

Hugo Alexandre Pedreira[1]

RESUMO

Este artigo visa demonstrar o manifesto risco à ordem pública inerente aos crimes que envolvem a corrupção no Brasil, diante da notoriedade das práticas nefastas que há muito assolam o País e se mostram impregnadas nos serviços públicos, estando caracterizadas a reiteração delitiva e a habitualidade criminosa, justificando a fixação das medidas cautelares, principalmente da prisão preventiva. Em contraponto a texto objeto de estudo no curso, analisa-se um decreto de prisão preventiva expedido no

[1] Pós-graduado em Direito Público (***lato sensu***) pelo Instituto Processus (2007). Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

âmbito da Operação Lava-Jato, destacando-se os requisitos e fundamentos da segregação cautelar, os quais foram considerados idôneos até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

PALAVRAS-CHAVE: corrupção; risco; manifesto; ordem pública; prisão.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the manifest risk to public order inherent to crimes involving corruption in Brazil, given the notoriety of harmful practices that have long plagued the country and are impregnated in public services, characterizing the criminal reiteration and criminal habituality, justifying the establishment of precautionary measures, mainly preventive detention. In contrast to the text object of study in the course, a preventive detention decree issued in the context of Operation Lava-jato is analyzed, highlighting the requirements and foundations of precautionary segregation, which were considered suitable even by the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: corruption; risk; manifest; public order; prision.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da liberdade e a possibilidade de sua restrição.3 Da garantia da ordem pública. 4 Da garantia da ordem econômica. 5 Da garantia da aplicação da lei penal. 6 Da conveniência da instrução criminal. 7 Da corrupção. 8 Da conformidade entre as jurisprudências do STJ e STF. 9 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo trata do risco à ordem pública, como hipótese de cabimento das medidas cautelares penais, inerente a todos os crimes que envolvem a corrupção, justificando principalmente a segregação provisória, notadamente porque **esses delitos se perpetuam** e se impregnam nos locais em que são praticados, sejam os órgãos públicos, sejam as empresas privadas, caracterizando a **reiteração delitiva e a habitualidade criminosa** de seus agentes, exigindo uma resposta do Estado para cessá-las.

Considerando o mandamento constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado (art. 5º, LVII, CF), mostra-se desarrazoado o enclausuramento antes do encerramento do processo. É a presunção de não culpabilidade ou, para alguns, presunção de inocência, em razão da qual o agente infrator somente pode ser reputado autor do delito após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A segregação cautelar tem natureza excepcionalíssima, **não podendo ser usada como cumprimento antecipado da pena**, uma vez que a análise feita para sua decretação é de periculosidade (*periculum libertatis*) e não de culpabilidade, típico de uma sentença, por conseguinte, a segregação preventiva não é um fim em si mesmo, devendo ser utilizada para garantir a efetividade da ação penal.

A prisão preventiva é decretada pelo magistrado, atendendo à representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, quando preenchidos os requisitos legais (art. 313) e na ocorrência dos motivos autorizadores elencados no art. 312 do CPP, não sendo adequadas ou suficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319).

O tema da corrupção é apresentado de forma minuciosa, discorrendo sobre a evolução histórica (internacional e nacional); a problemática da conceituação e a necessidade de resposta estatal, com ênfase na relação do Direito Penal com a matéria, diante de seu caráter subsidiário e de *ultima ratio* e as formas de combate, aqui incluídos os grupos de trabalho e as forças tarefas.

Não obstante a dificuldade conceitual, destaca-se a concepção de Maria Cristina Pinotti, trazendo lição de Nadia Fiorino e Emma Galli, no sentido de que corrupção:

> é um fenômeno social, político e econômico, difuso e multiforme – indo do pagamento de propinas à extorsão e ao nepotismo – que debilita os fundamentos da democracia por minar a confiança dos cidadãos nas instituições e na classe política, desvaloriza os princípios da boa governança e da ética pública, distorce o processo eleitoral e falseia o princípio da legalidade [...][2].

A análise do fenômeno restrita a apenas uma perspectiva obsta o surgimento de novas abordagens, tornando a construção do conhecimento tendenciosa, e afeta as ideologias, ocasionando uma deficiência no conhecimento da matéria. Essa deficiência restringe o combate e as tentativas de controle da corrupção, por desconsiderar os fatores culturais, sociais, morais e políticos.

Para uma compreensão mais profunda e alargada dos aspectos meramente mercantis deve ser feita uma abordagem mais plural, conciliadora para além das questões econômicas, abordando também os demais aspectos.

Assim, na pretensão de evoluir na insuficiência dos estudos da corrupção, a abordagem do fenômeno foi reformulada partindo-se da concepção de interesse público como resultado de discursos e debates entre cidadãos acerca da política, do Estado e da sociedade.

É de salutar relevância que o Estado e a sociedade tenham compreensão dos setores que mais são atingidos pela corrupção, permitindo que as autoridades possam evoluir no combate desse flagelo

[2] PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção**: Lava jato e Mãos Limpas. São Paulo: Portifólio-Penguin, 2019. p. 27.

avassalador, melhorando no treinamento e recrutamentos daqueles que irão compor **grupos de trabalhos e forças tarefas destinadas à investigação criminal**.

Essa forma coletiva de embate à corrupção, valendo-se de equipes e corporações decorre da complexidade dos crimes praticados relacionados à corrupção, os quais demandam uma investigação apropriada e condizente com a sofisticação e dificuldades inerentes ao fenômeno corruptivo.

A corrução gera custos ao país, não somente o financeiro, mas também os custos sociais e os morais, sendo difícil estimar as perdas monetárias acarretadas pela corrupção.

Os **custos sociais** decorrem do comprometimento da qualidade dos serviços públicos prestados em áreas de muita relevância, como saúde, educação, segurança pública, estradas, transporte urbano. Ao mesmo tempo, afetam a tomada de decisões importantes, que deixam de considerar o interesse público da comunidade envolvida, desvirtuando-se para finalidade e motivação escusas, à medida em que visam somente o interesse particular dos envolvidos na corrupção.

No contexto de resposta estatal, a Operação Lava-jato foi tratada com ênfase, notadamente quanto a um dos decretos de prisão expedidos no âmbito da força-tarefa, lançando-se mão da dissertação objeto de estudo na última disciplina do curso da pós-graduação.

A análise da referida decisão, destacando da motivação apresentada o substrato fático-probatório caracterizador da reiteração delitiva e habitualidade criminosa que justificou a prisão preventiva, permitiu o contraponto entre as alegações do trabalho acadêmico apreciado e a conclusão pela higidez do decreto prisional.

Essa análise adversa também permitiu confirmar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vai ao encontro da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à comprovação nos autos dos fundamentos e dos requisitos da prisão preventiva, à exceção dos casos em que a configuração do risco à ordem pública não se mostra presente, ficando à mercê da subjetividade do magistrado.

2 DA LIBERDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA RESTRIÇÃO

O art. 5º da Constituição Federal estabelece que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade"[3].

A liberdade da pessoa humana, ainda que se pressuponha a vida, é alçada ao patamar de importância desta, uma vez que o ser humano preso não tem condições de viver ou de exercer seus direitos, de tal sorte que a vida, sem liberdade, não faz sentido algum ao indivíduo.

Nesse contexto, um Estado Democrático de Direito funda seu ordenamento jurídico tutelando e garantindo os direitos fundamentais à existência do ser humano. Dessa forma, toda medida constritiva da liberdade não pode estar ao alvedrio das autoridades, mas, sim, subordinada aos ditames normativos previamente estabelecidos.

Walter Nunes Silva Júnior leciona que, "nessa perspectiva, o Direito Criminal deve ser mínimo, de modo que somente há de ser elaborado para os casos em que os demais ramos do Direito não contenham normas coercitivas bastantes para dar resposta ao comportamento antissocial do agente".[4] É o caráter de subsidiariedade do direito penal, devendo incidir por último, quando os demais ramos do ordenamento jurídico não forem suficientes para impedir ou lidar com a criminalidade, ou seja, é a *ultima ratio*.

Destaca o referido professor que

> essa política criminal, inerente ao sistema democrático arquitetado sob a plataforma dos direitos fundamentais, tem repercussão, como

[3] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2023

[4] SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**. Natal: OWL, 2022. p. 107.

> não poderia deixar de ser, na concepção do instituto da prisão como medida processual a ser adotada durante o trâmite do processo, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória[5].

Assim, considerando o mandamento constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado (art. 5º, LVII, CF), mostra-se desarrazoado o enclausuramento antes do encerramento do processo. É a presunção de não culpabilidade ou, para alguns, presunção de inocência, em razão da qual o agente infrator somente pode ser reputado autor do delito após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A preocupação com o uso da segregação de forma desmedida e a qualquer custo já se mostrava presente na Constituição Inglesa de 1215, imposta pelos barões contra o Absolutismo do Rei João Sem Terra, com a consignação de que "nenhum homem livre será detido ou preso..., senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra".[6]

A solução para o problema penal deve ser buscada, preferencialmente, sem a aplicação da pena corpórea (prisão pena), lançando-se mão de sua substituição por medidas alternativas, mesmo quando for a hipótese de imposição de pena, devendo-se preferir a pena restritiva de direitos à privativa de liberdade.

Nesse contexto, tem-se que **prisão pena** é a prisão decorrente de sentença penal condenatória, com imposição de pena privativa de liberdade, transitada em julgado (definitiva), após o encerramento do devido processo legal, em que tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do acusado. Tem sua etimologia no latim *carcer ad poenam*[7].

Em que pese o texto constitucional consagrar a presunção de não culpabilidade, cujo corolário é a manutenção do *status libertatis* daquele a quem o Estado imputa a prática do crime, "entre o momento da prática do

[5] *Ibid.*, p. 107.

[6] *Ibid.*, p. 108.

[7] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 974.

delito e obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado",[8] tornando imprescindível a adoção de medidas cautelares para amenizar o risco.

Para Antônio Scarance Fernandes:

> as medidas cautelares penais são providências urgentes que buscam impedir que a sentença, ao ser proferida, não mais satisfaça o direito da parte, permitindo que a finalidade instrumental do processo seja alcançada, a saber, a prestação jurisdicional justa[9].

Dentre as medidas preventivas, a **prisão cautelar** é a segregação imposta pelo magistrado, atendendo a requerimento da Autoridade Policial ou do representante do Ministério Público, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a finalidade de garantir a eficácia e efetividade das investigações e do processo penal. Tem como origem também o latim, *carcer ad custodiam*.[10]

É medida processual de natureza excepcionalíssima, **não podendo ser usada como cumprimento antecipado da pena**, uma vez que a análise feita para sua decretação é de periculosidade (*periculum libertatis*) e não de culpabilidade, típico de uma sentença, por conseguinte, a segregação preventiva não é um fim em si mesmo, devendo ser utilizada para garantir a efetividade da ação penal.

Destaca Renato Brasileiro que:

> a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento

[8] *Ibid.*, p. 974.

[9] FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 297.

[10] LIMA, *loc. cit.*

> de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar **não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência**[11].

Quanto a essa pena, Walter Nunes aponta que:

> a disciplina referente aos princípios e regras gerais está catalogada nos incisos e parágrafos do art. 282 do CPP, os quais são aplicáveis a todas as espécies de medidas cautelares, até mesmo aquelas que não estão contempladas no Código, como é o caso da prisão temporária e das outras medidas cautelares alternativas, previstas na Lei nº 11.340, de 2006[12].

E nesse contexto, assevera o docente que os princípios atinentes às medidas cautelares podem ser elencados, para fins metodológicos, em: do contraditório; da fungibilidade; da subsidiariedade da prisão; da excepcionalidade; critérios de adequação; e legitimidade para requerimento e crimes que as admite.

Por sua vez, Aury Lopes Junior elenca como princípios orientadores do sistema cautelar a jurisdicionalidade e motivação (ordem de juiz escrita e fundamentada); o contraditório (quando compatível com a medida cautelar e

[11] *Ibid.*, p. 975, grifo nosso.
[12] SILVA JÚNIOR, 2022, p. 434.

pode ser postergado); a provisionalidade (situação, suporte fático que legitima e indica a fumaça do crime e o perigo do estado de liberdade); a atualidade do perigo; a provisoriedade (temporária, de breve duração); e a excepcionalidade e a proporcionalidade.[13]

A segregação ou prisão cautelar é o gênero do qual se verificam três espécies: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Considerando que o presente estudo se direciona à prisão preventiva nos crimes envolvendo atos de corrupção (corrupção ativa, passiva, concussão e lavagem de dinheiro), a abordagem quanto às demais segregações será apenas *un passant.*

Derivado do latim *flagere* (queimar) e *flagrantes* (ardente, brilhante), **flagrante** é a característica do crime que está sendo cometido ou acabou de ser consumado, permitindo a segregação do seu autor, mesmo sem autorização judicial, com base na certeza visual do delito, funcionando como uma forma de autodefesa da sociedade.[14]

A prisão em flagrante tem natureza de ato administrativo, prescindindo de autorização judicial, mas exigindo a aparência da tipicidade da conduta, não sendo o momento de valoração de eventual causa de ilicitude e de culpabilidade. Divide-se nas seguintes fases: captura, condução coercitiva, lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF) e recolhimento à prisão.

A segregação em razão do flagrante tem por finalidade evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita dos elementos de informação pela autoridade policial, impedir a consumação ou exaurimento do delito, preservar a integridade física do preso, diante de uma eventual comoção popular (linchamento).[15]

A prisão em flagrante não autoriza que o acusado fique preso durante o curso da ação penal, exigindo-se do magistrado, ao receber o APF, a análise da legalidade do ato, de sorte que, após a sua homologação, deve-se avaliar a necessidade da prisão preventiva.

[13] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 913.
[14] LIMA, 2020, p. 1.025.
[15] *Ibid.*, p. 1.026.

É da exegese do art. 310 do Código de Processo Penal (CPP) a determinação ao magistrado para que, ao receber o APF, fundamentadamente, relaxe a prisão ilegal; converta o flagrante em prisão preventiva, após requerimento da autoridade policial ou do membro do *parquet*, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP e inadequadas ou insuficientes as cautelares alternativas; ou conceda a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nos termos do art. 1º da Lei n. 7.960/1989, **prisão temporária** é uma espécie de segregação cautelar, decretada pelo magistrado, durante as investigações, com prazo previamente estabelecido, quando indispensável à obtenção de elementos de informação concernentes à autoria e materialidade dos delitos elencados no inciso III do art. 1º da referida norma, além dos crimes hediondos e equiparados. É espécie de medida cautelar que

> visa assegurar a eficácias das investigações – tutela-meio -, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim[16].

A **prisão preventiva** é uma espécie de segregação cautelar decretada pelo magistrado, atendendo à representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, quando preenchidos os requisitos legais (art. 313) e na ocorrência dos motivos autorizadores elencados no art. 312 do CPP, não sendo adequadas ou suficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319).

Tem como pressupostos a *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. A fumaça do cometimento do crime revela a existência do delito e o indício de

[16] *Ibid.*, p. 1.103.

autoria a qual, juntamente com o perigo atual e presente (princípio da atualidade ou contemporaneidade) gerado pelo estado de liberdade do acusado, configuram fundamentos imprescindíveis para a decretação da prisão preventiva.

O princípio da contemporaneidade, encartado no art. 312, § 2º, do CPP, revela a importância de a decisão que decreta a prisão preventiva estar motivada e fundamentada no receio de perigo e na **existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.**

Eis a redação dos dispositivos[17]:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado;
> § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

[17] BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2014. Código de Processo Civil. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º **Não será admitida** a decretação da prisão preventiva com a finalidade de **antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia**.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacio-

> nadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
> IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
> V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
> VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
> VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
> VIII - Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
> IX - Monitoração eletrônica.

Nos termos do art. 312 do CPP, a segregação cautelar será decretada, pelo magistrado, atendendo à representação da autoridade policial e a requerimento do *Parquet*, como garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Tendo em conta o objeto deste estudo estar diretamente ligado ao fundamento da prisão preventiva dos crimes que envolvem a corrupção, na hipótese da garantia da ordem pública, os demais pressupostos serão abordados de modo superficial.

3 DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O legislador não foi preciso ao tratar da questão da garantia da ordem pública, deixando a cabo da doutrina e da jurisprudência a definição de seu real significado, **resultando no surgimento de três correntes sobre o tema**:

Primeira corrente (minoritária): não configura fundamento cautelar, mas, sim, **inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena**, notadamente porque as medidas cautelares, seja a prisão preventiva, sejam as alternativas, só podem ser aplicadas para garantir a utilidade e efetividade do processo penal. É a chamada finalidade endoprocessual, não se admitindo a tutela de interesses outros, tais como evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual), confundindo-se com o caráter de prevenção geral da reprimenda.[18]

Anota Odone Sanguiné que:

> a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir[19].

Segunda corrente (majoritária): de **caráter restritivo**, dispensa a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública uma **natureza cautelar, diferentemente da primeira corrente**.

[18] LIMA, 2020, p. 1.062.

[19] SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 114-115.

> Define a presente hipótese de cabimento da segregação cautelar como **risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade**, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convício com os parceiros do crime[20].

Em síntese, para essa segunda corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada para proteger a sociedade da reiteração delitiva decorrente da periculosidade do acusado,[21] preservando o caráter cautelar da prisão preventiva, uma vez que seu objetivo é assegurar o resultado útil da ação penal, impedindo que o acusado continue na prática delitiva (princípio da prevenção geral).

Nas palavras de Scaranse Fernandes, "se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva".[22]

Sendo a garantia da ordem pública reflexo da periculosidade do acusado, é infundada a decretação da prisão preventiva como consequência da gravidade em abstrato do delito, uma vez que todo crime tem como circunstância intrínseca à sua natureza uma gravidade. Portanto, **a gravidade concreta de determinado crime não decorre de sua natureza, mas sim das condutas em si, seja pelo modo de agir (*modus operandi*), seja pela condição subjetiva do agente (periculosidade do acusado que reitera na prática delitiva) que põe em risco a ordem pública**.

[20] LIMA, 2020, p. 1.065.
[21] *Ibid.*, p. 1.065.
[22] FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 302.

Da mesma forma, essa segunda corrente considera ser ilegal o decreto de prisão preventiva fundado na repercussão social ou no clamor público provocado pelo crime, por não configurarem o *periculum libertatis*, já que não é decorrente da necessidade do processo, mas, sim, pela gravidade abstrata do delito, visando apenas satisfazer o interesse da população e da mídia.

Para Luiz Flavio Gomes, "o juiz que decreta uma prisão cautelar para intimidar outras pessoas, para servir de exemplo, está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acautelatória".[23]

Tal compreensão reforça a ideia de que a segregação cautelar tem finalidade precípua de garantir a efetividade do processo penal, a utilidade da pena imposta, de nada adiantando a imposição de reprimenda após decorrido longo período de tempo, quando o acusado e a própria sociedade não mais se recordam do delito, inexistindo utilidade na pena imposta como consequência do crime.

Terceira corrente (caráter ampliativo): adota como fundamento idôneo atinente à garantia da ordem pública que o decreto de prisão esteja embasado na finalidade de **impedir que o agente em liberdade continue delinquindo, assim como nas situações em que a segregação cautelar for necessária para proteger o meio social,** garantindo a credibilidade da justiça em delitos que gerem clamor público.

Fernando Capez, adepto desse entendimento, anota que:

> a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo fumus boni iuris, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo[24].

[23] LIMA, 2020, p. 1.067.
[24] ***Ibid.***, p. 1.066.

No mesmo caminho tem seguido o Ministro Gilmar Mendes, asseverando que os elementos indicadores da hipótese de cabimento da prisão preventiva, concernente à garantia da ordem pública, exigem as seguintes circunstâncias [25]:

> - Necessidade de se resguardar a integridade física ou psíquica do acusado ou de terceiros;
> - Impedir a reiteração delitiva, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto prisional;
> - Aliada às duas circunstâncias, tem a preservação da credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no tocante à adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes.

4 DA GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

A definição aproxima-se à da garantia da ordem pública, contudo entrelaçado aos crimes contra a ordem econômica. Assim, **a prisão preventiva fundada na garantia da ordem econômica decorre do risco de o agente criminoso reiterar na prática das infrações penais que atinjam o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, pretendendo o aumento dos lucros, a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência** (Art. 173, § 4º, CF).

[25] *Ibid.*, p. 1.068.

Nos termos do art. 36 da Lei n. 12.529/2011, configuram infração da ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, mesmo não sendo alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

Renato Brasileiro de Lima anota que:

> os crimes que atentam contra a ordem econômica estão previstos na Lei nº 1.521/51 (**crimes contra a economia popular**), Lei nº 7.134/83 (**crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais**), Lei nº 7.492/86 (**crimes contra o sistema financeiro nacional**), Lei nº 8.078/90 (**crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor**), Lei nº 8.137/90 (**crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo**), Lei nº 8.176/91 (**crimes contra a ordem econômica**), Lei nº 9.279/96 (**crimes em matéria de propriedade industrial**) e Lei nº 9.613/98 (**crimes de lavagem de capitais**)[26].

No tocante à Lei n. 7.492/1986, conquanto o art. 30 disponha que a segregação cautelar poderá ser decreta em virtude da magnitude da lesão causada pelo delito contra o sistema financeiro nacional, sem prejuízo da aplicação do art. 312 do CPP, o Pretório Excelso já firmou compreensão de que tão somente a magnitude da lesão causada não justifica a prisão preventiva, devendo estar conjugada com um dos requisitos do referido dispositivo processual penal.

[26] LIMA, 2020, p. 1.069, grifo nosso.

5 DA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

É a hipótese que autoriza a aplicação da prisão preventiva quando o **autor do delito pretende fugir do distrito da culpa, furtando-se ao cumprimento da execução da pena**.

O princípio da presunção de inocência veda a presunção de fuga do agente criminoso que tenha condição socioeconômica virtuosa, devendo o magistrado indicar elementos concretos nos autos que, inexoravelmente, confirmam a intenção do acusado de se esquivar da aplicação da lei penal. Ademais, como corolário da regra probatória decorrente do princípio da presunção de inocência, é dever da acusação e do juízo o ônus de indicar os motivos para temer a fuga do infrator.

6 DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Levando-se em conta a subsidiariedade e a natureza de *ultima ratio* do direito penal, a segregação cautelar não pode decorrer de um juízo de mera conveniência (adequação ou utilidade), mas sim de necessidade da medida cautelar mais rigorosa para a assegurar o andamento da instrução probatória.

Busca-se com a segregação cautelar sob esse enfoque, tutelar a livre produção de provas, impedindo o agente de comprometer a busca da verdade. Portanto,

> havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou adulteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos

> e o andamento da persecução criminal, será legítima a doção da prisão preventiva[27].

7 DA CORRUPÇÃO

A corrupção é inerente ao ser humano, sendo um defeito de caráter como os pecados capitais praticados na vida. É tão antiga que remonta à Antiguidade, cuja gênese decorre de compreensões relacionadas "à teoria política e inseridas em determinados espaços de experiências e horizontes de expectativas".[28]

A ideia de corrupção já se fazia presente na Grécia antiga, vinculada à destruição das instituições políticas. Entretanto, na filosofia de Aristóteles, a corrupção era um:

> fato da política inerente a qualquer forma de governo e que cumpria um papel importante nos ciclos de ascensão e de decadência das instituições, tornando-se uma prática comum nos cenários de crise de legitimidade. Assim, caberia às normas jurídicas presentes nas constituições controlar a potencialidade da corrupção[29].

Para os romanos, foi observada como inerente à atividade política e estava atrelada à falta de honestidade e de clareza nas decisões governo, de modo que não bastavam as leis para se lidar com a corrupção, mas também a evolução das virtudes cívicas do cidadão.

---

[27] LIMA, 2020, p. 1.073.

[28] MACEDO, Suélem Viana; VALADARES, José Lopes. Corrupção: reflexões epistemológicas e Contribuições para o Campo de Públicas. **Revista Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 28, n. 96, p. 170, 2021.

[29] ***Ibid.***, p. 170.

Na era da Idade Média surgiu-se novo conceito para a corrupção, derivado da evolução do cristianismo e influenciado pelos dogmas da religião, sendo a política compreendida "como uma função do pecado e a corrupção traduzida como luxo e cobiça (pecados capitais) e somente Deus, por meio da Igreja, poderia redimir a salvar os homens".[30]

No período renascentista, a definição de corrupção sofreu transformações, distanciando-se da preocupação no aperfeiçoamento do aparelho governamental como forma de controle, passando os humanistas a aprimorarem o espírito público e a moral do indivíduo, bem como os valores que orientam a ação política. Assim, "na visão renascentista, portanto, a corrupção estava atrelada à falta de espírito cívico no interior do corpo político e à apatia do cidadão diante de assuntos da república, sendo inerente a todas as ordens políticas e cujo controle caberia às virtudes cívicas".[31]

A política moderna trouxe nova alteração ao sentido linguístico do conceito de corrupção, retirando o caráter de problema moral, passando a ser compreendido da seguinte forma:

> [...] uso arbitrário do poder pelo governo, do qual resulta toda forma de opressão e de desordem. Assim, caberia ao Estado, por meio do arcabouço jurídico, tutelar os interesses e distinguir funcionalmente o que vem a ser interesse público e privado, reproduzindo uma ordem desvinculada de uma virtude moral e voltada para a sistematização das necessidades em sociedades mercantis. Portanto, o controle da corrupção na concepção moderna deveria ser realizado na presença do mercado, que

[30] *Ibid.*, p. 170.
[31] *Ibid.*, p. 170.

> é o responsável por moralizar os interesses e equilibrar o poder[32].

Com o início do século XX, a corrupção passou a ser tratada de diferentes formas, em razão das quais a pesquisa científica sobre a matéria no Brasil passou a ser vista sob a compreensão de três vertentes distintas: a funcionalista (abordagem patrimonialista: associada à cultura e caráter do brasileiro, frutos de uma organização histórica, herdados de Portugal), a econômica (corrupção decorre do monopólio estatal, com força na burocracia e discricionariedade) e a positivista jurídica (corrupção é fruto da falta de legitimação da ordem jurídica e da ineficácia da norma).[33]

Essas correntes teóricas não abrangem a noção de interesse público que englobe as dimensões da política e da moralidade, levando ao surgimento da teoria democrática, à medida que a corrução, a despeito de ofender a norma de inclusão democrática, também indica a sua ausência, uma vez que em uma sociedade em que os cidadãos não se permitem corromper e, principalmente, não corrompem, a democracia se mostra forte e inabalável.

A visão moderna de corrupção, erigida na racionalidade econômica, tem o Direito como elemento racionalizador do mundo dos interesses partindo de uma organização burocrática que separa o público do privado. Interesse público deixa de ser uma compreensão de espaço de deliberação política, na qual o cidadão tem participação ativa, passando a ser um enunciado da lei ou do judiciário desapegado de valores e da moral política. "Entretanto, o que essa perspectiva positivista não deixa transparecer é que por trás de cada lei que organiza a ordem política há valores morais que justificam e motivam a existência dessas normas, contribuindo para sua criação e eficácia".[34]

Contudo, a análise do fenômeno restrita a apenas uma perspectiva obsta o surgimento de novas abordagens tornando a construção do conhecimento tendenciosa e afeta as ideologias, ocasionando uma deficiência

[32] *Ibid.*, p. 171.
[33] *Ibid.*, p. 171.
[34] *Ibid.*, p. 174.

no conhecimento da matéria. Essa deficiência restringe o combate e as tentativas de controle da corrupção, por desconsiderarem os fatores culturais, sociais, morais e políticos.

Por conta disso, para uma compreensão mais profunda e alargada dos aspectos meramente mercantis, deve ser feita uma abordagem mais plural, conciliadora para além das questões econômicas, abordando também os demais aspectos.

Assim, na pretensão de evoluir na insuficiência dos estudos da corrupção tornou-se necessária uma reformulação na abordagem, partindo da concepção de interesse público como resultado de discursos e debates entre cidadãos acerca da política, do Estado e da sociedade. Em razão disso, *o foco do debate é deslocado do Estado para a sociedade e do mercado para a esfera pública, entendida como um ambiente de deliberação pública desvinculado das estruturas de poder.*[35]

Levando em conta a necessidade de uma nova abordagem conceitual, surgiu uma perspectiva teórica da corrução denominada Pluralista, abrangendo as causas, as consequências e as soluções de forma interligada, na tentava de alcançar uma análise interpretativa que abranja elementos culturais, econômicos, civis e políticos, configurando um verdadeiro conceito-base multidisciplinar.

Como resultado, a corrupção passou a ser entendida, sob a perspectiva teórica pluralista, como:

> **uma ação praticada por qualquer indivíduo objetivando a obtenção de ganhos pessoais em detrimento do interesse público e que contrarie normas e valores culturais, morais e políticos compartilhados de maneira comum pela sociedade, [trazendo como causa] a incapacidade dos indivíduos de controlarem**

[35] *Ibid.*, p. 175.

> **os seus interesses pessoais; [indicando como forma de combate] a lei e a educação cívica**[36].

Em síntese:

> na busca pelo controle da corrupção, o Estado e a sociedade devem caminhar juntos. Assim, ao contrário do que prega a vertente econômica, baseada em um modelo gerencialista, a lei não é o único meio de controlar a corrupção; mostra-se igualmente necessária a participação ativa dos cidadãos na construção do interesse público[37].

Nesse contexto de participação social no combate, a corrupção não é um privilégio verde e amarelo, mas, sim, um problema mundial, atingindo todos os países, ocorrendo diferenças em relação ao *quantum* de práticas[38].

Além disso, a ideia retratada pelas professoras é no sentido de que o controle e o combate da corrupção não deve se limitar à fiscalização do Estado/Governo quanto ao uso do que é público para fins individuais, **mas também deve alcançar a esfera individual, dos cidadãos, vedando também a intenção de fazer prevalecer o interesse privado em detrimento do público** (ex: indivíduo oferece propina a policial para evitar multa).

Por sua vez, o professor e psicólogo Luiz Alberto Hanns, em exposição em busca de responder à pergunta acerca de ser possível derrotar a corrupção, [39] foi no sentido da negativa, anotando a possibilidade apenas de controlá-la, reduzindo-se as suas ocorrências.

---

[36] *Ibid.*, p. 175, grifo nosso.

[37] *Ibid.*, p. 176.

[38] A CORRUPÇÃO e a sociedade brasileira. São Paulo: Nexo Jornal, 2017. 1 vídeo (8 min). Disponível em: https://youtu.be/S5RZ2cVcSVA. Acesso em: 15 ago. 2023.

[39] É POSSÍVEL derrotar a corrupção? [*S. l.*]: Casa do Saber, 2017. 1 vídeo (6 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=vAZZ93JPUnw. Acesso em: 15 ago. 2023.

Ressaltou, ainda, o docente a indicação da corrupção em três formas distintas: a sistêmica (em grande escala, por muitas pessoas, em todas as esferas do governo e da sociedade); a endêmica (capilaridade por todos os confins da sociedade — corrupção em pequena escala); e a sindrômica (várias causas: além do aspecto sistêmico e endêmico, duas grandes causas: espírito de burocratismo — na esfera pública e privada, ex: leis impossíveis de se cumprir).

Ao final anotou que, somente corrigir a fiscalização, sem atualizar as leis, também não é suficiente pra o controle da corrupção, além de prejudicar a economia do país, porquanto inviabiliza os negócios e aumenta o custo do Brasil.

Adotou, ainda, um conceito de corrução mais amplo, abrangendo tanto a espécie política como a administrativa, individual e sistêmica, afastando-se da praticada no setor privado, por não ter envolvimento de funcionários públicos.

Rogerio Greco, lançando mão da conceituação de corrupção feita por Maria Viviana Caruso Fontán, retrata a corrupção da seguinte forma:

> toda violação por parte de um indivíduo (ou de uma coletividade de indivíduos) dotado de poderes de decisão no setor público, das regras que regem a atividade do agente, com o objetivo de alcançar, para si mesmo ou para um terceiro, vantagem indevida de qualquer índole[40].

No âmbito internacional, destaca como documentos mais importantes e abrangentes a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (1996, em Caracas); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pela Organização das Nações Unidas (ONU) (2003, Mérida, México); e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais

[40] GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo Cesar. Corrupção: prevenção e tratamento punitivo à luz do direito e do processo penal. **Blog Rogério Greco**, 8 jun. 2015. Disponível em: https://www.rogeriogreco.com.br/post/corrup%C3%A7%C3%A30-preven%C3%A7%C3%A30-e-tratamento-punitivo-%C3%A0-luz-do-direito-e-do-processo-penal. Acesso em: 14 abr. 2023.

Internacionais, firmada na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Assevera o professor que:

> embora não tenham se entregado à hercúlea tarefa de conceituar a corrupção, os documentos citados cuidaram de pormenorizar algumas práticas corruptas mais comuns com relação às quais os países signatários deveriam dispensar uma atenção especial tanto em suas legislações como em suas ações de controle[41].

Tal o contexto, abrindo as disposições da Convenção Interamericana contra a Corrupção, dispõe o artigo VI acerca de sua incidência quanto aos seguintes atos de corrupção:

1. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
2. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
3. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerce funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício

[41] *Ibid.*

de sua função, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

4. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
5. a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertado ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Já a Convenção de Mérida, por sua vez, elenca as condutas que demandam tanto aprimoramento normativo, quanto previsão de medidas de combate e investigação:

1. Lavagem de dinheiro;
2. Suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros;
3. Malversação ou peculato;
4. Apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público;
5. Tráfico de influências;
6. Abuso de funções;
7. Enriquecimento ilícito;
8. Encobrimento e a obstrução da justiça.

Rogério Greco anota, como ponto uniforme na ciência jurídica contemporânea, ser imprescindível a intervenção do Direito Penal, diante das diversas maneiras como a corrupção se apresenta, atingindo sob diversas formas a política, a economia e as relações interpessoais.

Entende que:

> os demais ramos do direito não se mostraram suficientes para prevenir, tampouco reprimir o plexo de condutas ilícitas, das mais singelas, às mais complexas, que afetam a

> administração pública e os mais elementares direitos fundamentais do cidadão. **Proliferam as leis anticorrupção e as leis tipificadoras de atos de improbidade administrativa, normas características de um Direito Administrativo sancionador, que preveem os mais diversos tipos de sanções restritivas de direitos**[42].

Valendo-se das palavras de **Carmem Rodriguez Gomez**, o referido autor adverte que na administração pública a imoralidade se mostra robusta e alargada, além de sistemática, entranhando-se em todos os setores da vida pública, da economia e da política.

Na compreensão de Rodriguez López, afirma de modo contundente que "*em todo caso deve-se reconhecer a incapacidade das medidas do Direito sancionador para impedir, por si só, o fenômeno da corrupção*[43]. Nesse contexto, bem esclarece que, dos embates no Direito Penal entre o requisito da proporcionalidade das sanções e sua eficácia, tem-se a sua incapacidade de cumprir satisfatoriamente a proteção de direitos para o qual foi criado.

Ainda que a corrupção esteja associada ao delito, deste não é sinônimo, existindo condutas que devem ser punidas apenas como ilícitos civis ou infrações administrativas, de sorte que nem sempre o Direito Penal vai incidir em razão de uma prática de corrupção.

Isso porque o caráter fragmentário e de *ultima ratio* do Direito Penal faz com que o Estado necessite demonstrar antes de se valer daquele ramo do direito a inutilidade ou insuficiência de outros ramos do ordenamento e, por conseguinte, de outros instrumentos não jurídicos de controle social legalmente aceitáveis.

---

[42] ***Ibid.***, grifo nosso.

[43] No original: "***debe reconocerse la incapacidade de las medidas del Derecho sancionador para frenar por sí solas el fenómeno de la corrupción***". ***Apud*** GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo Cesar de. Corrupção: prevenção e tratamento punitivo à luz do direito e do processo penal. **Blog Rogério Greco**, Belo Horizonte, 8 jun. 2020. Disponível em: https://www.rogeriogreco.com.br/post/corrup%C3%A7%C3%A30-preven%C3%A7%C3%A30-e-tratamento-punitivo-%C3%A0-luz-do-direito-e-do-processo-penal. Acesso em: 14 abr. 2023.

Por conseguinte, o Direito Penal deve ser utilizado com cautela, incidindo tão somente nas condutas de maior gravidade que inexoravelmente não podem ser prevenidas, nem mesmo reprimidas pelos demais instrumentos legais concernentes aos outros ramos do ordenamento jurídico.

Na perspectiva de que a corrupção impregna-se nos setores da vida pública, algumas áreas se mostram mais afetadas com frequência, não só no Brasil, mas em grande parte do mundo, podendo ser elencados como exemplos os contratos de obras públicas, seja de aquisição de bens, seja de serviços, celebrados pela Administração Pública; a Fiscalização de obras públicas, no que diz com a quantidade e a qualidade de materiais e serviços nelas empregados; o licenciamento de obras públicas à iniciativa privada feita por autarquias e empresas públicas e a fiscalização tributária; dentre outros.

Os contratos públicos são atrativos para as redes de corrupção por conta do grande volume de recursos que movimentam, além de serem terreno fértil por fatores outros que variam desde a deficiência e ausência de transparência dos instrumentos licitatórios, dos regulamentos e das leis que os regem, do grande número de agentes responsáveis pela tomada de decisão e da fiscalização e do considerável número de empresas e agentes privados envolvidos nos mais distintos setores e canteiros de obras e serviços.

Esses instrumentos jurídicos

> envolvem empresas e agentes estrangeiros e os corruptos se valem de empresas intermediárias que mantém suas sedes em verdadeiros paraísos fiscais que tradicionalmente dificultam a identificação de sócios e a análise de contratos. Os recursos obtidos com o pagamento de propinas também são canalizados [...] para contras localizadas no exterior, dificultando sobremaneira a sua identificação, localização e rastreamento (tradução nossa)[44].

[44] *Ibid.*

As dificuldades para se comprovarem de forma direta as ligações existentes entre os agentes envolvidos no pagamento e no recebimento da propina são pujantes, principalmente quanto aos elementos de prova do **ato de ofício** como contraprestação da vantagem indevidamente recebida, alçado no tipo penal como elementar imprescindível à configuração dos delitos de corrupção encartados no Código Penal e nas legislações extravagantes.

Importante anotar que

> [No Brasil], no ano de 2017 **foram gastos mais de 30 bilhões de reais** apenas com as obras inseridas no chamado PAC (Programa de aceleração do crescimento) e com as obras das moradias populares para a população de baixa renda, programa conhecido como Minha Casa, Minha Vida[45].

É de salutar relevância que o Estado e a sociedade tenham compreensão dos setores que mais são atingidos pela corrupção, permitindo que as autoridades possam evoluir no combate desse flagelo, melhorando no treinamento e recrutamentos daqueles que irão compor **grupos de trabalhos e forças tarefas destinadas à investigação criminal**.

Essa forma coletiva de embate à corrupção, valendo-se de equipes e corporações, decorre da complexidade dos crimes praticados relacionados à corrupção, os quais demandam uma investigação apropriada e condizente com a sofisticação e as dificuldades inerentes ao fenômeno corruptivo. Assim, observa Rogério Greco que[46]

> [...]o ideal é que sejam formados grupos de investigadores, com a participação de

[45] *Ibid.*, grifo nosso.
[46] *Ibid.*, grifo nosso.

> diversas instituições, [compostos] por agentes especializados nas mais distintas áreas técnicas, jurídicas e administrativas".
> [...] a Operação Lava-Jato foi instituída nos moldes de uma força-tarefa encabeçada pelo Ministério Público, mas que conta em seus quadros com agentes de inúmeras outras instituições e com conhecimentos diversificados nas mais distintas áreas. **Por parte do Ministério Público integram a Lava-Jato membros com expertise no combate às organizações criminosas e no desbaratamento de redes complexas destinadas à prática de toda sorte de infrações penais, procuradores da república com conhecimento e experiência no rastreamento e repatriação de capitais enviados ilegalmente para o exterior e em acordos de cooperação internacional.**

Quando em atuação, a referida força-tarefa era integrada por agentes da Polícia Federal, da Receita Federal, contadores, especialistas em tecnologia da informação, profundos conhecedores dos procedimentos burocráticos e do funcionamento da máquina pública, licitações, contratos públicos, entre outros.

Entretanto, recentemente foram criados no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais corporações especializadas destinadas ao combate ao crime organizado, nomeadas como Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado (Gaeco), instituídos como **grupos permanentes** destinados ao enfrentamento das organizações criminosas, com foco específico no combate à corrupção.

Esses grupos especiais de atuação são compostos, à semelhança das forças-tarefas, por diversas instituições, como a Polícia Civil, a Polícia Militar, a Polícia Rodoviária Federal, a Receita Federal, Receita Estadual, além de outros. Além disso, "contam em seus quadros com agentes especializados

nas mais diversas áreas, incluindo o setor público administrativo, a tecnologia da informação, a circulação de capitais e inúmeros outros".[47]

O Ministro Luís Roberto Barroso afirma, no prefácio escrito para a obra *Corrupção: Lava-Jato e Mãos Limpas*, que a Operação Lava-Jato é

> O mais extenso e profundo processo de enfrentamento da corrupção na história do país – e talvez do mundo. Utilizando técnicas de investigação inéditas e modernas, processamento de *big data* e colaborações premiadas, a operação desvendou um imenso esquema de propinas, superfaturamento e desvio de recursos da Petrobras. [48].

Destaca que o atraso no desenvolvimento do Brasil **não por acaso**, mas, sim, **porque esse atraso é bem defendido**, argumentando que

> ao longo dos anos – de forma lenta, porém contínua -, também houve mudanças importantes na legislação destinada a enfrentar a criminalidade de colarinho-branco, com **a aprovação do agravamento das penas pelo crime de corrupção, da lei de lavagem de dinheiro, da lei que define organização criminosa e que aperfeiçoou a colaboração premiada e da Lei Anticorrupção**. Na mesma onda de combate a esse tipo de improbidade, sobreveio a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que impede de concorrer a

[47] *Ibid.*

[48] BARROSO, Luis Roberto. Corrupção: Lava jato e Mãos Limpas. *In*: PINOTTI; Maria Cristina (Org.). São Paulo: Portifólio-Penguin, 2019. p. 13.

> cargos eletivos quem foi condenado por órgão colegiado por crimes ou infrações graves – uma medida importante em favor da moralidade e da decência política. Muita gente é contra essas inovações. Paciência[49].

Os movimentos significativos ocorridos na jurisprudência do Pretório Excelso também foram ressaltados, indicando como mais importante o julgamento que concluiu pela possibilidade de execução das decisões penais condenatórias após o julgamento em segundo grau, obstruindo a via de acesso que permitia que os processos criminais se perpetuassem no tempo, acarretando, inclusive, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Como segundo pronunciamento do STF de profunda repercussão, foi elencada a declaração de inconstitucionalidade do modelo de financiamento eleitoral por empresas, responsável pelas práticas mafiosas reveladas pela Operação Lava-Jato. Em terceiro lugar, a validação das investigações conduzidas pelo Ministério Público, seguido da decisão que significativamente restringiu o alcance do foro por prerrogativa de função, limitando-o aos atos praticados no cargo e em razão de seu exercício.

A resistência copiosa, daqueles que se beneficiam de alguma forma da corrupção e suas respectivas bancas de defesa, contra as evoluções legislativas e jurisprudenciais, também foram retratadas pelo Ministro, que destacou os seguintes obstáculos enfrentados por aqueles que estão imbuídos no combate à corrupção no Brasil:

1- Fração daqueles que são adeptos do pensamento **progressista** acredita que os fins justificam os meios e a corrupção não é mais do que uma nota de rodapé da história.

"Contudo, estão errados, já que o fenômeno drena os recursos destinados para distribuição de riqueza e bem-estar da sociedade

[49] *Ibid.*, p. 15, grifo nosso.

e cria uma relação pervertida entre a cidadania e o Estado, além da criação de um ambiente de desconfiança entre as pessoas";[50]

2- Parcela do pensamento **conservador** brasileiro milita no erro de que corrupção ruim é a dos adversários, considerados todos aqueles que não servem aos seus interesses imediatos, " *e*, assim, dão suporte a elites extrativistas que nos atrasam na história, nos retém como um país de renda média e impedem a prosperidade para todos";[51]

3- Os corruptos, divididos basicamente em dois grupos: a) aqueles que não querem ser punidos pelos delitos praticados; e b) os que não querem se tornar honestos (os piores).

No tocante aos custos da corrupção, destacou, para além do financeiro, os custos sociais e os morais, motivo pelo qual entende ser difícil estimar as perdas monetárias acarretadas. Mostra-se como um tipo penal de difícil rastreamento, já que *subornos e propinas não vêm a público facilmente nem são lançados na contabilidade oficial.*[52]

Considerando apenas os valores envolvidos nos delitos praticados no âmbito da Petrobras e das empresas públicas investigadas na Operação Lava-Jato, as propinas efetivas alçaram a cifra de **20 bilhões de reais**. No balanço contábil da entidade em 2014, foram registradas perdas de **6 bilhões de reais** ou 2 bilhões de dólares; em 2018, a entidade celebrou acordo para pagamento de 3 bilhões de dólares, na cidade de Nova Iorque, em *class action* manejada por investidores americanos; além dos 853 milhões de dólares com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

Em relação aos **custos sociais**, que são acentuadíssimos, estes decorrem do comprometimento da qualidade dos serviços públicos prestados em áreas de muita relevância, como saúde, educação, segurança pública, estradas, transporte urbano. Ao mesmo tempo, afetam a tomada de decisões importantes, que deixam de considerar o interesse público da comunidade

[50] *Ibid.*, p. 8-19.
[51] *Ibid.*, p. 8-19
[52] *Ibid.*, p. 8-19.

envolvida, desvirtuando-se para finalidade e motivação escusas, à medida em que visam somente o interesse particular dos envolvidos na corrupção.

Já quanto aos **custos morais**, o mais severo deles, tem como gênese a cultura de desonestidade e esperteza que contamina a sociedade e dá incentivos equivocados aos cidadãos, motivo pelo qual o Ministro ressaltou que:

> [...] O país da fraude em licitações, da corrupção ativa, da corrupção passiva, do peculato, da lavagem de dinheiro sujo. O sistema punitivo deixou de cumprir o seu papel principal: de funcionar como prevenção geral, com o temor da punição servindo para inibir os comportamentos criminosos.
>
> As pessoas tomam decisões na vida com base em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita – como ganho fácil e farto – e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade. [...][53]

Ao encerrar seu prelúdio, trouxe à tona um novo paradigma, a corrupção privilegiando os piores, favorecendo os desonestos em detrimento dos íntegros, indicando que esse modelo não se sustenta indefinitivamente, salvo na remota hipótese de o mal ser mais do que o bem.

Deixou palavras de esperança a todos que ainda persistem em combater a corrupção, mesmo diante das dificuldades que o sistema impõe em razão de seus defensores que, para manter a engrenagem corrupta funcionando e permanecerem se locupletando ilicitamente, valem-se de qualquer forma de resposta para fazer cessar a atuação do Estado para impedir a prática das condutas que configuram a corrupção. Ao concluir, destacou que:

[53] *Ibid.*, p. 8-19.

> É possível – apenas possível – que a tempestade ética, política e econômica que atingiu o Brasil nos últimos anos represente uma dessas conjunturas críticas que permitirão a reconstrução de muitas instituições e que ajudarão a empurrar para a margem da história as elites extrativistas e autorreferentes que se apropriam do Estado brasileiro[54].

8 DA CONFORMIDADE ENTRE AS JURISPRUDÊNCIAS DO STJ E STF

Voltando aos trilhos, cuja estação de chegada é a possível constatação de que o entendimento do STJ vai ao encontro da jurisprudência do STF, no sentido de que a necessidade de se garantir a ordem pública deve estar embasada em elementos concretos e idôneos de prova suficientes para justificar a prisão preventiva (fundamentos e requisitos), à exceção dos casos em que a configuração do risco não se mostra presente, ficando ao alvedrio e subjetividade do magistrado a respectiva demonstração.

A fundamentação lançada nos decretos de prisão preventiva expedidos pela 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, foi apreciada por todas as instâncias judiciais, tendo sido mantida e corroborada, em quase a sua totalidade, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo STJ, vindo a ser reformada ou cassada pelo Pretório Excelso.

A base empírica utilizada para essa parte do estudo foi a dissertação intitulada *Prisões Preventivas da Operação Lava-Jato (2014-2017): pesquisa empírica e crítica garantista*, de Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves, objeto de análise no Curso de Pós-Graduação em Direito da Anticorrupção, para o qual este artigo é elaborado.

[54] *Ibid.*, p. 8-19

De uma forma geral, disserta-se que os modelos de fundamentação adotados no âmbito da 13ª Vara Federal foram construídos sob três pilares para indicar o risco à ordem pública: a reiteração delitiva, a gravidade concreta e a genérica consideração de que a liberdade dos acusados abalaria as instituições públicas e a confiança da sociedade na aplicação da lei penal.

No primeiro fundamento, os acusados estariam inseridos na atividade criminosa envolvendo a prática de delitos financeiros, lavagem de dinheiro e falsidades, **configurando, assim, o risco concreto de reiteração delitiva, demonstrando o perigo do estado de liberdade**.

O segundo foi indicado como reforço de fundamentação, para ressaltar que a gravidade em concreto dos delitos também pode ser elencada como motivação para o decreto prisional.

O último fundamento adotado foi a genérica afirmação de que as instituições públicas e a confiança da sociedade na aplicação da lei se mostram abaladas quando a conduta criminosa não recebe uma resposta do sistema de Justiça Criminal, com o reforço argumentativo de que a decretação da prisão preventiva não seria antecipação de pena, nem medida da espécie, por ser "incompatível com um processo penal orientado pela presunção de inocência".[55].

Ao que se observa, o autor da dissertação em análise é ferrenho crítico da Operação Lava-Jato e do magistrado que a conduziu no âmbito da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, não economizando nas palavras utilizadas para disseminar sua contrariedade à forma de condução da persecução penal, beirando algumas vezes, à leviandade. Essa veemente discordância pode ser observada, a título de exemplo, nas Ações Penais 5002763-61.2015.4.04.7000 e 5073475-13.2014.4.04.7000, nas quais foram decretadas as prisões preventivas de J.R.A (Presidente do Conselho Administrativo da construtora Camargo Correa) e R. R. P (Presidente da empresa UTC Engenharia).Em que pese o magistrado tenha lançado mão, como ***obter dictum***, de sua compreensão sobre o reflexo dos fatos investigados

[55] CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **Prisões preventivas da Operação Lava-Jato (2014-2017)**: pesquisa empírica e crítica garantista. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2021. p. 90.

na operação e as consequências que estavam sofrendo os acusados, o referido autor dá uma conotação distinta, tratando como fundamento principal da segregação cautelar, no tocante à garantia da ordem pública, a afirmação de que "a prisão preventiva teria como finalidade alertar os presos e as empresas das consequências das práticas delitivas contra a Administração Pública".[56]Outro exemplo dessa compreensão aparentemente distorcida, é a alegação de que a prisão preventiva estaria fundada no "entrelaçamento de argumentos com nítido viés de antecipação da pena, com indicação de interferência em pleitos eleitorais por meio da custódia cautelar e o entendimento doutrinário do juiz sobre o instituto".[57]

Entretanto, analisando o decreto de prisão originário dos referidos acusados, tem-se que na primeira decisão, atendendo à representação da autoridade policial para segregação preventiva, o magistrado optou por primeiro decretar a prisão temporária, **atendendo à manifestação do *Parquet***, indicando como embasamento primordial a necessidade da garantia da ordem pública, diante dos elementos probatórios indicativos do risco de reiteração delitiva e da habitualidade criminosa, que já há muito se perpetuava no tempo.

Eis o substrato fático-probatório apresentado no decreto preventivo com os respectivos fundamentos da segregação cautelar, encontrado no Habeas Corpus n. 312.368/PR, julgado pelo STJ:[58]

> Em breve síntese, na Operação Lava jato, **foram identificados quatro grupos criminosos dedicados principalmente à prática de lavagem de dinheiro e de crimes financeiros no âmbito do mercado negro de câmbio**. Os quatro grupos seriam liderados pelos supostos doleiros Carlos

[56] *Ibid.*, p. 140.

[57] *Ibid.*, p. 140.

[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 312.368/PR**. Recorrido: Min. Newton Trisotto. Relator: Min. Newton Trisotto, 10 de março de 2015a. p. 599-645, grifo nosso.

Habib Chater, Alberto Youssef, Nelma Mitsue Penasso Kodama e Raul Henrique Srour.

A investigação, com origem nos inquéritos 2009.7000003250-0 e 2006.7000018662-8, tinha por objeto inicial **supostas operações de lavagem de produto de crimes contra a Administração Pública e que teriam se consumado com a realização de investimentos industriais**, com recursos criminosos, na cidade de Londrina/PR. Este crime de lavagem, consumado em Londrina/PR, se submete à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, tendo dado origem à ação penal 5047229-77.2014.404.7000 acima já referida, na qual figuram como acusados Carlos Habib Chater, Alberto Youssef e subordinados.

A partir de interceptação telefônica autorizada em 11/07/2013 no processo 5026387-13.2013.404.7000, passou-se a investigar o grupo criminoso dirigido por Carlos Habib Chater e a, a partir dele, foram identificados os outros grupos criminosos, em decorrência de transações comuns.

[...]

Entre os grupos criminosos, merece destaque o dirigido por Alberto Youssef.

Incidentalmente, foram descobertas relações dele com **Paulo Roberto Costa, ex-Diretor de Abastecimento da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras**.

Em decorrência, foram ambos acusados no âmbito da acima referida ação penal 5026212-

82.2014.404.7000, que tem por objeto crimes de lavagem de dinheiro desviado de obras da Petrobras, especificamente da Refinaria Abreu e Lima.

[...]

Em síntese, **valores desviados das obras, em montantes milionários, tendo por origem recursos da empresa estatal, foram, segundo a acusação, repassados sucessivamente para o Consórcio Nacional Camargo Corre**a, responsável pelas obras, deste para as empresas Sanko Sider e Sanko Serviços, fornecedoras de material para as obras, e destas para empresas controladas por Alberto Youssef, especialmente a MO Consultoria e a GDF Investimentos, em pagamentos simulados de serviços por estas prestados.

Ainda no curso das investigações, foi decretada a quebra de sigilo fiscal e bancário das referidas empresas, MO Consultoria e GDF Investimentos, além das outras controladas por Alberto Youssef, como Empreiteira Rigidez e RCI Software.

A quebra revelou que as contas dessas empresas movimentarem valores muito significativos. V.g., a conta da empresa MO Consultoria teria movimentado entre 2009 e 2013, cerca de R$ 89.736.834,02, segundo Laudo Pericial nº 190/2014/SETEC/PR (reproduzido parcialmente na fl. 25 da representação policial).

[...]

Releva ressalvar que a Sanko Sider e a Sanko Serviços teriam recebido, entre 2009 a 2013,

cerca de **R$ 113.000.000,00** do Consórcio Nacional Camargo Correa, responsável pelas obras da Refinaria Abreu e Lima, e as duas empresas, como consta nas planilhas acima referidas, transferiram cerca de R$ 29.210.787,58 às contas das empresas controladas por Alberto Youssef no mesmo período, o que representa um percentual bastante significativo sobre o total recebido, afastando a possibilidade de que se tratem de meras comissões sobre as vendas. Fossem, aliás, comissões por venda, é isso que deveria constar nos contratos e não referência a serviços técnicos jamais prestados.

Diante da prova significativa da natureza criminosa dos depósitos efetuados pelas diversas empreiteiras e pela Sanko nas contas controladas por Alberto Youssef, tanto este como Paulo Roberto Costa, como adiantado, ex- Diretor de Abastecimento da Petrobras, resolveram, no curso da ação penal 5026212-82.2014.404.7000, **confessar os fatos e esclarecê-los, buscando colaborar com a Justiça e obter benefícios de redução de pena** (evento 1101).

Em síntese, declararam que **as maiores empreiteiras do país formariam uma espécie de cartel, definindo previamente as vencedoras das licitações da Petrobras**, o que lhes permitia cobrar o preço máximo da empresa estatal, e que pagavam um percentual, de 3% ou 2%, sobre o valor dos contratos a agentes públicos.

[...]

Ainda muitas das declarações prestadas por Alberto Youssef, por Paulo Roberto Costa e pelos outros colaboradores precisam ser profundamente checadas, a fim de verificar se encontram ou não prova de corroboração.

Entretanto, no que se refere às empreiteiras e seus dirigentes, já há prova significativa.

[...]

A prova mais relevante, porém, é a documental. Os depósitos milionários efetuados pelas empreiteiras nas contas controladas por Alberto Youssef **constituem prova documental, preexistente às colaborações premiadas, e não estão sujeitas a qualquer manipulação.**

Tais depósitos foram realizados no mesmo período em que as empreiteiras mantiveram contratos milionários de obras com a Petrobras.

Em alguns casos, como o mais profundamente investigado até o momento, os repasses da Camargo Correa à Sanko e depois às contas de Alberto Youssef, foi possível realizar um rastreamento específico, sendo os valores originários das obras da Refinaria Abreu e Lima da Petrobrás.

Em outros casos, os contratos celebrados entre as empreiteiras e as empresas utilizadas por Alberto Youssef ou as notas fiscais emitidas fazem expressa referência a obras da Petrobrás.

[...]

Há, portanto, provas, em cognição sumária, da materialidade dos crimes do art. 90 da Lei n.º 8.666/1993 e do art. 1.º da Lei nº 9.613/1998.

O produto do crime decorrente do ajuste dos procedimentos licitatórios e do preço foi, sucessivamente, lavado pelas empreiteiras mediante o serviço prestado, este sim verdadeiro, por Alberto Youssef.

[...]

Apesar disso, há provas mais específicas a respeito da responsabilidade dos dirigentes.

A partir dos depoimentos de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, é possível apontar que os principais responsáveis pelo cartel criminoso seriam, na Camargo Correia, Eduardo Hermelino Leite, Dalton dos Santos Avancini e João Ricardo Auler, na OAS, José Aldemário Pinheiro Filho (Leo Pinheiro) e Agenor Franklin Magalhães Medeiros, na UTC, Ricardo Ribeiro Pessoa, na Queiroz Galvão, Othon Zanoide de Moraes Filho e Ildefonso Colares Filho, na Galvão Engenharia, Erton Medeiros Fonseca, na Engevix, Gerson de Mello Almada, na Mendes Júnior, Sergio Cunha Mendes, como sintetizado em quadro pela autoridade policial nas fls. 65-69 da representação policial.

Alguns desses nomes também encontram-se anotados em agenda que foi apreendida na residência de Paulo Roberto Costa, em parte atinente a contatos junto às empreiteiras para obtenção de doações eleitorais (reproduzida na fl.70 da representação).

Na representação policial, foi aberto um tópico pela autoridade policial em relação a cada uma

das empreiteiras, apontando as provas disponíveis relativamente aos responsáveis específicos.

[...]

Para o Grupo UTC Engenharia, também controlador da Constran, os detalhamentos encontram no item 8 da representação (fls. 138-231 da representação).

Esclareceu a autoridade policial que, entre os anos de 2006 e 2014, as empresas do grupo e inclusive consórcios dos quais teria feito parte, teriam celebrado contratos com a Petrobras de cerca de R$ 14.615.930.005,17.

Não foram, porém, identificados até o momento depósitos efetuados diretamente pela UTC em contas controladas por Alberto Youssef.

Como as provas relatadas na representação indicam, a movimentação entre a empresa e Alberto Youssef dava-se principalmente através de transações em espécie.

Releva destacar, porém, que a UTC possui empreendimentos comerciais comuns com a GFD Investimentos controlada por Alberto Youssef (fls. 148-169 da representação).

[...]

Merece referência principal Ricardo Ribeiro Pessoa, Presidente da empresa, e apontado tanto por Alberto Youssef como por Paulo Roberto Costa, como o responsável na UTC pelo esquema criminoso.

Foram identificadas, na interceptação telemática, trocas de mensagens entre Alberto Youssef e

Ricardo Ribeiro Pessoa, conforme fls. 187- 189 da representação.

Ricardo Pessoa foi ainda identificado como visitante, por uma vez, do escritório de lavagem de dinheiro mantido na Rua Doutor Renato Paes de Barros, n.º 778, São Paulo/SP, conforme registros dos acessos de visitantes do local. Interessante notar que ele não permitiu, na ocasião, que fosse tirada a foto dele para o registro fotográfico de acesso (fl. 31 da representação).

Depoimentos recentemente prestados por Augusto Ribeiro de Mendonça Neto e Júlio Gerin de Almeida Camargo, relacionados à empresa Toyo Setal, também componente do cartel, apontam Ricardo Ribeiro Pessoa, da UTC, como responsável pelo pagamento de propinas a agentes públicos e ainda como 'coordenador' do cartel. Transcrevo (fls. 32 e 33 do parecer do MPF): [...]

[...]

Para o Grupo Camargo Correa, os detalhamentos encontram no item 9 da representação (fls. 232-295 da representação).

Esclareceu a autoridade policial que, entre os anos de 2005 e 2014, as empresas do grupo e inclusive consórcios dos quais teria feito parte, teriam celebrado contratos com a Petrobras de cerca de R$ 6.183.513.629,79 e mais USD 17.174.979,27.

A transferência de valores da Camargo Correa às contas controladas por Alberto Youssef envolvia

esquema criminoso mais sofisticado, com a intermediação das empresas Sanko Sider e Sanko Serviços, como acima já apontado.

Segundo dados acima já apontados, a Construtora Camargo Correa S/A e o Consórcio Nacional Camargo Correa repassaram às empresas Sanko Sider e Sanko Serviços, entre 2009 e 2013, cerca de R$ 113.000.000,00 e as duas empresas transferiram cerca de R$ 29.210.787,58 às contas das empresas controladas por Alberto Youssef no mesmo período.

[...]

Na planilha, para contrato entre o Consórcio Nacional Camargo Correa e a Clyde Union de R$ 22.754.804,04, é convencionada comissão bruta de R$ 3.254.804,04 (fl. 258 da representação). A própria planilha aponta os beneficiários das comissões, entre eles a referência à sigla 'B + PR', em provável referência a Alberto Youssef (Beto) e a Paulo Roberto Costa, que dividiriam 35% da comissão. Interessante notar na planilha a referência a percentual da comissão de 30% em favor da Sanko Sider ('SK') e de 15% à própria Camargo Correa ('Construtora').

A previsão de comissões à própria Construtora é mais um indício do pagamento de vantagens indevidas aos próprios dirigentes da Camargo Correa em detrimento da própria empresa e dos acionistas, fato este também afirmado por Alberto Youssef e por Márcio Bonilho em seus interrogatórios judiciais.

As comissões teriam sido pagas mediante a emissão de notas fraudulentas de prestação de serviços pela GFD Investimentos, envolvendo serviços de assessoria e consultoria e serviços portuários e ferroportuários, **em realidade inexistentes de fato**, sendo a tomadora a Clyde Union.

[...]

Segundo depoimentos já citados de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, os principais responsáveis pelo esquema criminoso na Camargo Correa seriam Eduardo Hermelino Leite, Dalton dos Santos Avancini e **João Ricardo Auler.**

Eduardo Herminio Leite, Diretor Vice-Presidente da Camargo Correa, e responsável pela área de óleo e gás da empresa, é referido pelo apelido 'Leitoso' em diálogo que foi interceptado durante a investigação, principalmente entre Alberto Youssef e Márcio Bonilho (transcrito nas fls. 34-36 da representação policial).

Dalton dos Santos Avancini é, por sua vez, Diretor Presidente da Camargo Correa Construções e Participações S/A**, enquanto José Ricardo Auler, Presidente do Conselho de Administração da empresa.**

[...]

Os crimes narrados na representação policial estenderam-se por período considerável de tempo, pelo menos de 2006 a 2014.

Mantiveram-se até mesmo após a saída de Paulo Roberto Costa da Diretoria de Abastecimento da

Petrobrás, o que é revelado pela realização de pagamentos posteriores pelas empreiteiras não só a ele, mas também a Alberto Youssef, havendo como, **já apontado pagamentos, que datam de 2013 e até 2014, nas vésperas das prisões cautelares de ambos.**

Os crimes, além de reiterados e habituais, teriam significativa dimensão.

Nos dizeres dos criminosos colaboradores, o ajuste entre as empresas do cartel teria frustrado dezenas de licitações milionárias da Petrobrás S/A desde aproximadamente 2006, levando com que a empresa estatal se submetesse a propostas de preços sem a efetiva concorrência.

[...]

O esquema criminoso, especialmente a lavagem de dinheiro, foi desenvolvida de forma habitual, profissional e sofisticada durante anos, sempre com grande lesão aos recursos públicos.

Só foi descoberta após grande esforço de investigação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, com auxílio da Receita Federal, e, em parte, em decorrência da colaboração de criminosos.

Grande parte do esquema criminoso permanece ainda encoberto, sem que se tenha certeza de que todos os responsáveis serão identificados e todo o dinheiro desviado recuperado.

Em um contexto de criminalidade desenvolvida de forma habitual, profissional e sofisticada durante anos, não há como não reconhecer a

presença de risco à ordem pública, inclusive de reiteração de condutas, caso não tomadas medidas drásticas para sua interrupção.

Não se tem a ilusão de que a prisão cautelar de alguns participantes, especificamente de um dos operadores da lavagem - e haveria outros, segundo os criminosos colaboradores - e de um dos beneficiários - e haveria outros, também segundo os criminosos colaboradores, foi suficiente para interromper ciclo delitivo milionário e que se estende por anos.

[...]

A esse respeito, destaque-se ainda informação levantada pelo MPF na fl. 87 do parecer no sentido que **as empreiteiras investigadas mantêm, atualmente, contratos ativos com a Administração Pública Federal de cerca de R$ 4.211.203.081,25, presente risco de que o mesmo esquema criminoso, com nuances diversas, esteja neles também sendo empregado**.

[...]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo resguardando a excepcionalidade da prisão preventiva, **admite a medida para casos nos quais se constate habitualidade criminosa e reiteração delitiva** [...].

O respeito ao Estado de Direito demanda medida severa, mas necessária, para coibir novas infrações penais por parte dos investigados, **por ser constatada a habitualidade criminosa e reiteração delitiva, com base em juízo fundado**

nas circunstâncias concretas dos crimes que constituem objeto deste processo.

A gravidade em concreto dos crimes também pode ser invocada como fundamento para a decretação da prisão preventiva. A credibilidade das instituições públicas e a confiança da sociedade na regular aplicação da lei e igualmente no Estado de Direito restam abaladas quando graves violações da lei penal não recebem uma resposta do sistema de Justiça criminal. Não se trata de antecipação de pena, nem medida da espécie é incompatível com um processo penal orientado pela presunção de inocência. A esse respeito, releva destacar o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal.

[...]

A Polícia Federal ainda pleiteou a prisão preventiva de **Ricardo Ribeiro Pessoa, da UTC,** de Walmir Pinheiro Santana, da UTC, de Othon Zanoide de Moraes Filho, da Queiroz Galvão, e de Ildefonso Colares Filho, da Queiroz Galvão. O MPF opinou desfavoravelmente à prisão preventiva, entendendo prudente a colheita de melhores provas, **mas posicionando-se pela decretação da prisão temporária**. Sem embargos dos elementos probatórios acima apontados acerca do envolvimento, em cognição sumária, deles na prática de crimes, acolho a posição do MPF no ponto, **sem prejuízo de reavaliação ao final do prazo da temporária, motivo pelo qual denego, por ora, a preventiva, substituindo-a, como abaixo consignado, pela temporária**.

Ao que se observa, ainda que a dissertação objeto de análise tenha concluído de forma diversa deste estudo, a fundamentação da prisão está erigida na garantia da ordem pública, embasada em vastos elementos de prova lícitos, os quais demonstram o risco de reiteração delitiva e da habitualidade criminosa dos acusados, **estando comprovado nos autos** que os crimes narrados na representação policial estenderam-se por período considerável de tempo, pelo menos de 2006 a 2014, bem como que o esquema criminoso, especialmente a lavagem de dinheiro, foi desenvolvida de forma habitual, profissional e **sofisticada durante anos, sempre com grande lesão aos recursos públicos**, além da necessidade se estancar a hemorragia causada nos cofres públicos.

Ademais, ao contrário do exposto no referido trabalho, o fundamento da gravidade concreta não está embasado no abalo da credibilidade das instituições públicas e a confiança da sociedade na regular aplicação da lei, mas, sim, **nas vultosas quantias** desviadas do erário, **no decorrer de muitos anos**, pelas empresas investigadas.

Outro elemento que corrobora a idoneidade da fundamentação da segregação cautelar dos envolvidos, que não fora abordado no referido trabalho, é a motivação apresentada pelo magistrado ao converter a então prisão temporária em preventiva, quando do encerramento do prazo daquela segregação, **atendendo a requerimento da autoridade policial e do Ministério Público Federal**.

A segregação restou fundamentada na garantia da ordem pública, diante dos elementos probatórios (depoimentos, interceptação telemática e telefônica, quebras de sigilo bancário e nas buscas e apreensões, **inclusive do fluxo milionário de valores até as contas controladas por Alberto Youssef**) do risco de reiteração delitiva e da habitualidade criminosa (MPF informa que Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, empreiteiro da Toyo Setal que também resolveu colaborar, apontou Dalton e João Auler como responsáveis, no âmbito da Camargo Correa, pelo cartel fraudulento), nos seguintes termos[59]:

> [...]
>
> A prisão preventiva é um remédio amargo no processo penal. A regra é a punição apenas após o julgamento. Embora a preventiva não tenha por função punir, mas prevenir riscos à sociedade, a outros indivíduos e ao próprio processo até o julgamento, tem efeitos deletérios sobre a liberdade, motivo pelo qual deve ser imposta a título excepcional.
>
> Nesse contexto e embora entenda, na esteira do já argumentado na decisão anterior, que se encontram presentes, para todos, os riscos que justificam a imposição da preventiva, resolvo limitar esta modalidade de prisão cautelar ao conjunto de investigados em

[59] *Ibid.*, p. 657-659, grifo nosso.

relação aos quais a prova me parece, nesse momento e prima facie, mais robusta.

3. É o caso dos dirigentes do Grupo Camargo Correa, em relação aos quais, além dos depoimentos dos criminosos colaboradores, existem provas decorrentes da interceptação telemática e telefônica, provas documentais colhidas nas quebras de sigilo bancário e nas buscas e apreensões, inclusive do fluxo milionário de valores até as contas controladas por Alberto Youssef, de materialidade e autoria dos crimes, conforme descrito cumpridamente na decisão do evento 10.

Na ocasião decretei a prisão preventiva de Eduardo Herminio Leite, Diretor Vice-Presidente da Camargo Correa. Reputo igualmente presentes provas suficientes, nessa fase, de autoria, em relação a Dalton dos Santos Avancini, Diretor Presidente da Camargo Correa Construções e Participações S/A, e João Ricardo Auler, Presidente do Conselho de Administração da empresa. Os três foram citados pelos criminosos colaboradores Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef como responsáveis, na Camargo Correa, pelos crimes. Dalton assinou os contratos das obras nas quais as fraudes foram constatadas e também assinou o contrato celebrado com a Costa Global, consultoria de Paulo Roberto Costa, utilizada para ocultar e dissimular o pagamento de vantagem indevida

que havia ficado pendente. Informa ainda o MPF que Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, empreiteiro da Toyo Setal que também resolveu colaborar, apontou Dalton e João Auler como responsáveis, no âmbito da Camargo Correa, pelo cartel fraudulento.

Assim, presentes suficientes provas de autoria também, no âmbito dos crimes praticados pelo Grupo Camargo Correa, em relação a Dalton dos Santos Avancini e João Ricardo Auler, reportando-me, quanto ao restante da fundamentação, ao exposto na decisão do evento 10, defiro o requerido e decreto a prisão preventiva de ambos. Expeçam-se os mandados de prisão.

[...]

5. **É o caso igualmente dos dirigentes do Grupo UTC/Constran, em relação aos quais, além dos depoimentos dos criminosos colaboradores, existem provas decorrentes da interceptação telemática e telefônica, provas documentais colhidas nas quebras de sigilo bancário e nas buscas e apreensões, de materialidade e autoria dos crimes, conforme descrito cumpridamente na decisão do evento** 10.

Embora não haja provas diretas de depósitos do Grupo UTC/Constran nas contas controladas por Alberto Youssef, há prova de que as ligações eram tão próximas que mantinham empreendimento imobiliário e milionário comum.

Além disso, foram apreendidas planilhas de contabilidade informal de Alberto Youssef, apontando fluxo financeiro robusto em espécie entre a UTC e o escritório de lavagem deste.

[...]

Agregue-se que a interceptação telemática e telefônica revelou contatos frequentes entre Alberto Youssef e agentes da UTC, inclusive em entregas de dinheiro a terceiros, além de dezenas de visitas de empregados da UTC no escritório de lavagem de dinheiro de Alberto Youssef, tudo isso a corroborar a conclusão da autoridade policial e do MPF de que as transações entre ambos, por cautela, faziam-se sempre em espécie.

[...]

A autoridade policial, na representação originária, pleiteou a prisão preventiva de Ricardo Ribeiro Pessoa. Na ocasião, embora este Juízo entendesse presentes os pressupostos e fundamentos, deferi, em vista do parecer do Ministério Público Federal, apenas a prisão temporária.

Assim**, considerando a alteração da posição do MPF e presentes suficientes provas de materialidade e de autoria também no âmbito dos crimes praticados pelo Grupo UTC/Constran em relação a Ricardo Ribeiro Pessoa**, reportando-me, quanto ao restante da

> fundamentação, ao exposto na decisão do evento 10, **defiro o requerido e decreto a prisão preventiva dele. Expeça-se o mandado de prisão**.

Por conseguinte, não se abstrai da fundamentação apresentada que **a prisão preventiva teria como finalidade alertar os presos e as empresas das consequências das práticas delitivas contra a Administração Pública**, ao contrário, a **segregação cautelar foi necessária para impedir a continuidade delitiva**, uma vez que os elementos probatórios indicavam a habitualidade delitiva desde meados de 2006 e apontavam o risco de reiteração delitiva, havendo indícios de prova da atividade criminosa durante as investigações, inclusive, da perpetuação dos ilícitos no curso das ações penais.

Ainda que o trabalho em apreço tenha se pautado na atuação do Pretório Excelso, que após alguns anos confirmando a higidez dos decretos de prisão expedidos pelo foro de Curitiba, passou a julgar de forma diametralmente oposta, revogando grande parte das segregações cautelares, mesmo após serem confirmadas em segunda e "terceira" instâncias.

Nesse particular, em contraponto ao estudo realizado com base nos fundamentos adotados pelo STF, **este artigo traz à claridade a idoneidade da fundamentação adotada pelo STF que, muita das vezes, foi afastada, não por conta de ilegalidade manifesta, mas, sim, por não mais se mostrar necessária a segregação cautelar no momento em que apreciados seus fundamentos na Corte Suprema, diante do longo período decorrido**.

A título de ilustração, destaco o HC n. 312.368/PR, interposto pela defesa de R.B.P (Presidente da UTC Engenharia), no qual o STF denegou a ordem, afirmando a higidez da prisão preventiva decreta na origem com fundamento na necessidade de se garantir a ordem pública.

Ainda que a dissertação tenha indicado que o fundamento da segregação teria tido "como finalidade alertar os presos e as empresas das

consequências das práticas delitivas contra a Administração Pública",[60] o voto condutor proferido pelo Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) foi claro ao destacar que:

> [...] o fato de inicialmente ter sido decretada apenas a prisão temporária, conforme fora postulado pelo Ministério Público, não constitui óbice à posterior decretação da prisão preventiva. Enfatizo: **nas duas decisões foram concretamente indicados os fundamentos que justificam a decretação da prisão preventiva; as razões que a recomendam**. Não só por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, **mas, notadamente, para garantia da "ordem pública"** [61].

Destacou o relator que a fundamentação não é "genérica e fruto de conjecturas sobre a garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e sobre a conveniência da aplicação da lei penal", notadamente porque as instâncias ordinárias "**descrevem minudentemente a participação de [R. R. P.] nos atos tidos como delituosos**".[62]

No mesmo sentido, ressaltou, ainda, que

> **não procede a assertiva de que** a posição de comando ou estratégica baseada exclusivamente na palavra de dois delatores – o que não encontra eco em qualquer outra prova isenta – não pode servir de fundamento à prisão, criando-se como quer o i. Relator do v. acórdão uma nova jurisprudência no tocante à criminalidade

[60] *Ibid.*, p. 140.
[61] *Ibid.*, p. 1.759, grifo nosso.
[62] *Ibid.*, p. 1.758, grifo nosso.

> organizada com elevada sofisticação e com vistas a suprimir dos cofres públicos (lato sensu) quantias bilionárias[63].

Em reforço, mostra-se imperioso colacionar do voto que manteve a segregação cautelar, com base na garantia da ordem pública, que[64]:

> [...]
> É certo que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 125.555/PR, realizado em 10/02/2015, concedeu parcialmente a ordem em favor do investigado Renato de Souza Duque, ex-diretor da Petrobras.
> **Diversa é a situação dos autos, como anotado pelo Ministro Teori Albino Zavascki na decisão relativa ao *Habeas Corpus* n. 125.662,** impetrado por José Adelmário Pinheiro Filho, proferida em 12/12/2014:
>
> > Ao contrário do verificado em relação a Renato de Souza Duque, a prisão preventiva dos pacientes não está fundamentada apenas em presunção de fuga, rejeitada pela jurisprudência da Corte, o que não abre hipótese de afastamento do entendimento sumulado. É, sim, possível o exame da higidez dos fundamentos da segregação cautelar, o que, porém, não tem cabimento neste momento processual".

[63] *Ibid.*, p. 1.758.
[64] *Ibid.*, p. 1.765-1.766, grifo nosso.

> Pretensões similares foram formuladas no Supremo Tribunal Federal por Dalton dos Santos Avancini e João Ribeiro Auler (HC n. 125.673) e por Eduardo Hermelino Leite (HC n. 125.540). Os fundamentos dos *habeas corpus* pouco diferem dos expendidos neste.
> As liminares foram indeferidas pelo Ministro Teori Zavascki.

O acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça **foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 127.186/PR**, tendo sido concedida parcialmente a ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares alternativas.

Não obstante o Pretório Excelso tenha imposto medidas cautelares diversas da segregação cautelar, a necessidade de se garantir a ordem pública foi destacada como fundamento primordial, nos mesmos termos em que afirmado no decreto prisional expedido pela vara federal, contudo, destacou-se que, **no momento de apreciação pela Corte Suprema a medida mais gravosa já não se mostrava mais necessária, ainda que o *periculum libertatis* subsistisse, sendo suficientes, para interromper ou diminuir a prática criminosa, as medidas menos gravosas.**

Imperioso anotar que o relator, Ministro Teori Zavascki, ressaltou a higidez dos fundamentos da prisão preventiva **à época de sua decretação**, notadamente por constatar o risco de reiteração delitiva e a habitualidade criminosa que se perpetuavam.

Nesse contexto, corroborando a ideia de que as anotações postas na dissertação em apreço não refletem os fundamentos elencados nas decisões judiciais relacionadas às prisões cautelares proferidas no âmbito da Operação Lava-jato, têm-se as seguintes ponderações do Ministro Relator[65]:

[65] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 127.186/PR**. Paciente: Ricardo Ribeiro Pessoa. Impaciente: Alberto Zacharias Toron. Relator: Min. Teori Zavascki, 11 de maio de 2015. p. 20, grifo nosso.

> **[...] Tem razão o magistrado da causa quando afirma que sobejam elementos indicativos de materialidade e autoria de crimes graves e que se faziam presentes, à época, relevantes motivos específicos a justificar a medida cautelar**.
> Assim, **embora não se negue que a prisão preventiva foi, de modo geral, apoiada em elementos idôneos – já que a restrição da liberdade do paciente e dos outros investigados buscava, em suma, evitar a reiteração criminosa e interromper o suposto ciclo delitivo –**, é certo que atualmente, considerado o decurso do tempo e a evolução dos fatos, a medida extrema já não se faz indispensável, podendo ser eficazmente substituída por medidas alternativas adiante indicadas.
> [...]
> No caso dos autos, como já afirmado, o longo tempo decorrido desde o decreto de prisão e a significativa mudança do estado do processo e das circunstâncias de fato estão a indicar que a prisão preventiva, **por mais justificada que tenha sido à época de sua decretação, atualmente pode (e, portanto, deve) ser substituída** nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal.

Portanto, constata-se que o mestrando autor pinçou argumentações tecidas como *obter dictum*, atribuindo-lhes o caráter de fundamentação principal da segregação cautelar, o que cai por terra após uma leitura do inteiro teor dos decretos prisionais expedidos. Ademais, o trabalho analisado se alinha ao movimento que surgiu contrário à Operação Lava-jato, com

forte influência ideológica e político-partidária, além de tendenciosamente reforçar o discurso dos advogados de defesa que atuaram nas diversas fases da operação.

9 CONCLUSÃO

Analisando os fundamentos adotados nos votos proferidos pela 5ª Turma do STJ e pela 2ª Turma do STF, pode-se concluir que a jurisprudência das Cortes Superiores está alinhada quanto aos fatos delituosos que podem configurar abalo à ordem pública e, por conseguinte, justificar a segregação cautelar.

Exemplo disso é o item 2 da ementa do acórdão proferido no HC n. 312.368, no qual se destaca que o STJ (RHC n. 51.072, Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 10/11/14) e o Supremo Tribunal Federal **têm proclamado que "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva"**[66] (STF, HC n. 95.024, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008; RHC 106.697, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012).

Não obstante, nos diversos julgados apreciados pelo Pretório Excelso, em que se discutiu a legalidade da prisão preventiva decretada nos inúmeros feitos oriundos da Operação Lava-jato, verificou-se em grande parte dos *habeas corpus* e dos recursos ordinários que lá aportaram foram parcialmente concedidos ou parcialmente providos, **não por conta de inidoneidade na fundamentação**, mas, sim, por não mais se mostrar necessária a segregação cautelar, diante do lapso decorrido, quando da apreciação pela Corte Suprema.

Por conseguinte, em todos esses casos, não há fala de constrangimento ilegal ou manifesta ilegalidade nos acórdãos proferidos pelo STJ no sentido da

[66] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 9504/SP**. Paciente: Viviane dos Santos Pereira. Impaciente: Marco Antonio Arantes de Paiva. Relator: Min. Cármen Lúcia, 14 de outubro de 2008. Grifo nosso.

manutenção da prisão preventiva dos acusados, reconhecendo a higidez do decreto prisional, **nem mesmo em contrariedade ao entendimento do STF**.

Importante repisar a afirmação do Ministro Teori Zavaski de que

> **embora não se negue que a prisão preventiva foi, de modo geral, apoiada em elementos idôneos - já que a restrição da liberdade do paciente e dos outros investigados buscava, em suma, evitar a reiteração criminosa e interromper o suposto ciclo delitivo -**, é certo que atualmente, considerado o decurso do tempo e a evolução dos fatos, a medida extrema já não se faz indispensável, podendo ser eficazmente substituída por medidas alternativas adiante indicadas[67].

Rememorando as primeiras linhas, em sendo a garantia da ordem pública reflexo da periculosidade do acusado, é infundada a decretação da prisão preventiva como consequência da gravidade em abstrato do delito, uma vez que todo crime tem como circunstância intrínseca à sua natureza uma gravidade, portanto, **a gravidade concreta de determinado crime não pode decorrer de sua natureza, mas sim, das condutas em si, seja pelo modo de agir (*modus operandi*), seja pela condição subjetiva do agente (periculosidade do acusado que reitera na prática delitiva) que põe em risco a ordem pública.**

Tal o contexto, observando os delitos que caracterizam a corrupção, a reiteração delitiva, a habitualidade e as vultosas quantias desviadas são fatores que estão sempre presentes, configurando risco à ordem pública e, *per si*, justificam a imposição de uma das medidas cautelares, cabendo ao magistrado definir qual delas é a mais adequada e suficiente ao caso concreto.

[67] *Ibid.*, p. 20, grifo nosso.

Ainda que seja manifesto o risco à ordem pública nos crimes de corrupção, a segregação cautelar não pode se perpetuar no tempo, de modo que a persecução penal deve encontrar seu desfecho em tempo hábil, garantindo que a resposta do Estado seja eficiente e útil, atingindo o agente que praticou o crime. Entretanto, a realidade brasileira é outra, em que as ações penais não chegam ao seu fim, levando à extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Portanto, em terras tupiniquins nem a *ultima ratio* tem sido suficiente para combater a corrupção, de modo que uma reformulação se mostra urgente nessa guerra, dispensando-se mais forças e orçamentos nas respostas do Direito Administrativo e do Direito Civil, mormente quanto aos seus efeitos econômicos como resposta à prática da corrupção.

Além disso, voltando às lições outrora mencionadas, o controle e o combate à corrupção não deve se limitar à fiscalização do Estado/Governo quanto ao uso desviado do que é público; **mas, também, deve alcançar a esfera individual dos cidadãos, lançando-se mão de fomentos na educação e preparação de cidadãos conscientes, sabedores das mazelas decorrentes do ato corrupto, que, além de não darem continuidade aos desvios, ajudarão no combate.**

Por fim, mesmo que na atual conjuntura a luta contra a corrupção se mostre esmorecida, a esperança em tempos melhores deve estar latente, cabendo ao cidadão brasileiro persistir e agir para mudar essa infeliz realidade, fiscalizando os serviços públicos e os políticos eleitos, denunciando às autoridades qualquer conduta de corrupção, além de se abster dessa prática nefasta.

REFERÊNCIAS

A CORRUPÇÃO e a sociedade brasileira. São Paulo: Nexo Jornal, 2017. 1 vídeo (8 min). Disponível em: https://youtu.be/S5RZ2cVcSVA. Acesso em: 15 ago. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil. *In:* PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção: Lava jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Penguin, 2019. p. 8-19.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2014. Código de Processo Civil. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 9504/SP**. Paciente: Viviane dos Santos Pereira. Impaciente: Marco Antonio Arantes de Paiva. Relator: Min. Cármen Lúcia, 14 de outubro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 312.368/PR**. Constitucional. Penal. Processo penal. Habeas Corpus impetrado em substituição a recurso próprio. Operação "Lava-Jato". Paciente preso preventivamente e depois denunciado por infração ao art. 2º, § 3º, da Lei n. 12.850/2013; aos arts. 16, 21, parágrafo único, E 22, caput parágrafo único, todos da Lei n. 7.492/1986, na forma dos arts. 29 e 69, ambos do código penal; bem como ao art. 1º, caput, C/C O § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 69, ambos do Código Penal. Habeas Corpus não conhecido. Impetrante: Alberto Zacharias

Toron e outro. Impetrado: Tribunal Regional da 4ª Região. Relator: Min. Newton Trisotto, 10 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403376106&dt_publicacao=10/03/2015. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 127.186/PR**. Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Fundamentação. Risco à aplicação da lei penal. Inexistência de indicação de elementos concretos. Presunção de fuga. Impossibilidade. Conveniência da instrução criminal. Encerramento de colheita da prova acusatória. Alteração do quadro fático. Possibilidade de fixação de medidas cautelares diversas com a mesma eficiência. Prescindibilidade de manutenção da custódia cautelar. Concessão parcial da ordem. Paciente: Ricardo Ribeiro Pessoa. Impaciente: Alberto Zacharias Toron. Relator: Min. Teori Zavascki, 11 de maio de 2015b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9015980. Acesso em: 24 ago. 2023.

CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **Prisões Preventivas da Operação Lava-Jato (2014-2017)**: pesquisa empírica e crítica garantista. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

É POSSÍVEL derrotar a corrupção? [*S. l.*]: Casa do Saber, 2017. 1 vídeo (6 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=vAZZ93JPUnw. Acesso em: 15 ago. 2023.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONTÁN, María Viviana Caruso. *El concepto de corrupción: su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. Foro, Madrid, n. 9, p. 145-172, 2009.*

GOMEZ, Carmen Rodríguez. *Aspectos penales de la corrupción en la administración pública. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo Ángel Fabián (Coords.). La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: *Ratio Legis, 2004*. p. 189-212.

GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo Cesar de. Corrupção: prevenção e tratamento punitivo à luz do direito e do processo penal. **Blog Rogério Greco**, Belo Horizonte, 8 jun. 2020. Disponível em: https://www.rogeriogreco.com.br/post/corrup%C3%A7%C3%A30-preven%C3%A7%C3%A30-e-tratamento-punitivo-%C3%A0-luz-do-direito-e-do-processo-penal. Acesso em: 14 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACEDO, Suélem Viana; VALADARES, José Lopes. Corrupção: reflexões epistemológicas e contribuições para o campo de públicas. **Revista Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 28, n. 96, p. 164-186, 2021.

PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção**: Lava jato e Mãos Limpas. São Paulo: Portifólio-Penguin, 2019.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 113-119, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**. 4ª ed. Natal: OWL, 2022.

CAPÍTULO 22

VALORAÇÃO DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO: UM ARGUMENTO CONTRA A VARIABILIDADE DE STANDARDS PROBATÓRIOS

EVALUATION OF EVIDENCE IN THE CRIMINAL PERSECUTION OF CORRUPTION: A CASE AGAINST VARYING STANDARDS OF PROOF

Thiago de Lucena Motta[1]

"Je peux bien supporter un peu d'incertitude:
c'est la rançon de la pureté"
Jean Paul Sartre
Le mur, 1939

RESUMO

O artigo aborda a valoração da prova no processo penal por crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e ativa (art. 333 do Código Penal), a fim de verificar se é possível estabelecer standards probatórios menos rígidos para a condenação por tais delitos. Analisa a doutrina dos standards probatórios, a partir da pesquisa bibliográfica internacional, com

[1] Especialista em direito anticorrupção (ENFAM). Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN/Universidade do Porto). Analista judiciário e assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

foco nas três principais funções por eles desempenhadas. Conclui que não é lícita a flexibilização do standard de prova exigido para a condenação penal, mesmo para crimes de corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; standards probatórios; valoração racional da prova; epistemologia; corrupção.

ABSTRACT

The article studies the evaluation of evidence in the criminal prosecution of passive (Criminal Code, art. 317) and active (Criminal Code, art. 333) corruption, aiming to determine whether it is possible to subject the conviction for such crimes to lower standards of proof. It analyzes the doctrine of standards of proof, as laid out by international scholarly research, focusing on the three main roles played by said standards. The article concludes that lowering the standards of proof required for a criminal conviction is illegal, even for the prosecution of corruption offenses.

KEYWORDS: Criminal prosecution; standards of proof; rational evaluation of evidence; epistemology; corruption.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Racionalidade, standards probatórios e suas funções no processo penal. 3 Os problemas da flexibilização de standards probatórios. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A repressão da corrupção pela via judiciária tornou-se um verdadeiro Zeitgeist da cultura jurídica brasileira na última década. Intensificada pela cobertura midiática que se seguiu à deflagração da Operação Lava Jato e pela disseminação dos maxiprocessos (BOLDT, 2020), essa marcha histórica tem despertado relevantes debates sobre o perfil de acusação e jurisdição que se espera num Estado Democrático de Direito, passando por temas como o *lawfare* e a utilização de meios investigativos atípicos (GLOECKNER; SILVEIRA, 2020; LUCCHESI; VIDA, 2021; SANTORO; CYRILLO, 2020).

Não menos importantes são as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a comprovação do ato corrupto. Tendo a jurisdição sancionadora, em seu seio, a tarefa de acertamento de fato (PEREIRA, 2022) sobre um evento pretérito, a análise da prova ocupa o clímax do processo judicial e é um dos fatores determinantes do sucesso ou fracasso da pretensão acusatória. Saber quando se reputa provada uma hipótese fática (*i.e.*, o nível de suficiência probatória para que o juiz possa ter por provada a imputação vertida numa denúncia penal) é, dessarte, aspecto fundamental para a racionalização da atuação do Estado-juiz.

Quando se discute a comprovação dos tipos penais de corrupção passiva e ativa, previstos respectivamente nos arts. 317 e 333 do Código Penal (CP), a questão adquire contornos ainda mais críticos, influenciada por matizes ideológicos e paixões diversas. Tornou-se verdadeiro lugar-comum a afirmação de que tais delitos, por envolverem transações feitas clandestinamente, seriam especialmente difíceis de comprovar, mormente quando praticados nas estruturas de organizações criminosas (BORGES, 2018). A partir dessa dificuldade probatória percebida por agentes do sistema de Justiça, e sob o estandarte político do combate à corrupção, diversas propostas foram formuladas pela doutrina nacional com a finalidade de facilitar a condenação do indivíduo acusado pela prática de tais crimes.

Desde a possibilidade de fundamentar a condenação criminal em provas indiretas (DALLAGNOL, 2019) ou em raciocínios probatórios menos ortodoxos, como a inferência à melhor explicação (NARDI, 2016), até sugestões mais explícitas sobre a inversão do ônus da prova no processo penal[2] (HASELOF, 2022), tais ideias têm em seu cerne a possibilidade de rebaixar o standard de prova exigido para a condenação. Elencam-se, com tal fim, (I) dificuldades probatórias peculiares aos tipos penais de corrupção e (II) razões extraprocessuais que exigiriam, em tese, uma resposta estatal enérgica (a impunidade, a proliferação da corrupção etc.) pela via do direito penal. Nessa ótica, sendo mais difícil a persecução e comprovação dessas infrações penais, e havendo a percepção de um cenário de impunidade generalizada, seria admitida a prolação de uma sentença penal condenatória baseada em um standard probatório mais flexível, especialmente desenhado para as complexidades de se provar a prática da corrupção.

A variabilidade dos standards de prova a partir desses fatores é uma tendência já identificada e defendida em sede acadêmica nacional (TRENTO, 2013) e internacionalmente (COVEY, 2011; FERRER-BELTRÁN, 2021; RIBEIRO, 2019). Este trabalho, respeitosamente, apresentará um contraponto a essa linha teórica, argumentando pela necessidade de se preservar um standard probatório único e objetivo para todo o processo penal, sem a possibilidade de variá-lo casuisticamente para facilitar a persecução desta ou daquela espécie de infração, por mais grave ou disseminado que seja o crime.

Para tanto, a parte 2 deste artigo resgatará os fundamentos teóricos da doutrina dos standards de prova, já bem desenvolvidos no exterior e que começam a, progressivamente, ser elaborados também em solo brasileiro; a parte 3 questionará a racionalidade da variação casuística de standards probatórios, a fim de adequá-los às dificuldades probatórias (imaginadas ou reais) dos crimes de corrupção, considerando as finalidades da própria

[2] No campo da improbidade administrativa há propostas análogas, pautadas numa interpretação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e declaradamente impelidas pela necessidade de combate à corrupção e à impunidade (SOBREIRO, 2022).

existência dos standards; e a parte 4 encerrará com considerações finais e possibilidades futuras de pesquisa.

2 RACIONALIDADE, STANDARDS PROBATÓRIOS E SUAS FUNÇÕES NO PROCESSO PENAL

Com a superação do sistema de prova tarifada, típico dos arcabouços processuais do medievo, o modelo de persuasão racional — também chamado comumente de livre apreciação da prova, como diz o art. 155 do Código de Processo Penal (CPP), ou de livre convencimento motivado, nos termos do art. 131 do revogado Código de Processo Civil (CPC) de 1973 — colonizou os sistemas jurídicos ocidentais ao longo dos últimos séculos.

Em seu âmago, a adoção histórica da persuasão racional tinha uma carga essencialmente negativa. Dito de outro modo, a análise da prova não mais seguiria pesos preestabelecidos, mas carecia ainda da definição de um conteúdo positivo: vale dizer, de critérios objetivamente postos para a valoração da prova (FERRAJOLI, 2014). Caso contrário, e como mostrou a experiência forense dos anos seguintes, a tomada de decisão sobre fatos pretéritos dependeria puramente da opinião íntima e pessoal do julgador a seu respeito, nulificando todo o rol de garantias jurídicas historicamente conquistadas pelo acusado (DANTAS; MOTTA, 2023).

A exigência de motivação das decisões judiciais — importante como é —, voltada ao momento retórico da exposição do convencimento judicial, pouco contribuiu para tornar mais racional a formação do convencimento propriamente dito (STRECK, 2015). Permanecia o problema de condenar alguém ao cumprimento de uma pena, uma das formas mais severas de expressão da potestade estatal, unicamente a partir daquilo que um magistrado (por mais qualificado que fosse) pensasse sobre as provas dos autos. Mesmo que o julgador precisasse expor as razões de seu convencimento, isso não sanava o problema de racionalidade anterior,

consistente na carência de critérios intersubjetivamente controláveis — ou seja, que permitissem aferir objetivamente o acerto ou desacerto da sentença sobre os fatos — de valoração das provas (RAMOS, 2020).

Sem parâmetros epistêmicos claros e previamente colocados para se avaliar a decisão fática, faltava ao modelo de livre convencimento uma metodologia racional de julgamento, inclusive de um eventual recurso, já que tampouco existia uma forma de avaliar se o tribunal de apelação deveria ou não reformar o entendimento do juízo singular sobre os fatos. Essa leitura subjetiva do sistema de livre apreciação da prova, que de certo modo ainda predomina na prática judiciária brasileira (LUCON, 2020), é infensa a controles epistêmicos e logicamente incompatível com a ideia de erro na adjudicação dos fatos. Se o juiz se convenceu sobre a veracidade de uma hipótese fática, um tribunal de apelação pode até se convencer em sentido contrário, mas não dispõe de um parâmetro objetivo para averiguar se o juízo *a quo* acertou ou errou em sua leitura dos fatos.

A deficiência do sistema subjetivo de livre apreciação não passou despercebida pela comunidade jurídica ocidental, seja na família de *common law*, seja na de *civil law*. Na primeira, no começo do século XX, foi com John Henry Wigmore (1913) que se esboçaram os primeiros traços de uma teoria voltada a categorizar os processos lógicos a serem percorridos por um julgador criminal — o jurado, objeto de estudo de Wigmore — para decidir se um fato típico está ou não provado. O trabalho de Wigmore pautava-se em um complexo diagrama gráfico para registrar as corroborações recíprocas entre diferentes classes de provas, de modo que o grau de certeza quanto à veracidade de determinada hipótese fática era diretamente proporcional à quantidade e diversidade de provas que lhe davam corroboração.

Conquanto nunca tenha alcançado grande popularidade na prática judiciária norte-americana, o trabalho de Wigmore tem sido resgatado mais recentemente por modelos de computação que empregam inteligência artificial na diagramação e tentativa de resolução de dilemas probatórios (REED; WALTON; MACAGNO, 2007). Coube a Wigmore, de qualquer forma, o mérito pelo pioneirismo na exploração de conceitos epistêmicos que, mais

tarde, seriam integrados pela doutrina na categorização dos critérios de valoração da prova, com destaque para a completude do conjunto probatório e a importância do conceito de corroboração.

No sistema continental europeu, a história — ainda em andamento — de superação do paradigma subjetivo da livre apreciação da prova contou com contribuições de diversas escolas que, à semelhança de Wigmore, buscaram quantificar e pensar de maneira quase (ou literalmente) matemática as etapas do raciocínio probatório; é o caso, por exemplo, das doutrinas probabilísticas bayesiana (SHAFER, 1976) e baconiana (PUNDIK, 2011). Os mais disruptivos desenvolvimentos acadêmicos em epistemologia da prova, porém, vieram da escola racionalista, merecendo destaque a obra do processualista italiano Michele Taruffo (2005), focada em estabelecer critérios de racionalidade geral e solidez epistêmica para a valoração da prova, mesmo que para isso seja necessário recorrer a fontes de conhecimento fora dos limites estritos do direito. A opção de Taruffo faz sentido porque, grosso modo, as legislações ocidentais pouco trazem explicitamente em matéria de critérios para a valoração probatória; cabe, por isso, à doutrina jurídica e à jurisprudência a tarefa de construí-los num contínuo diálogo entre o direito e os ensinamentos da epistemologia, da filosofia e das ciências em geral.

O principal diferencial da escola racionalista, em comparação a suas antecessoras, foi a substituição da convicção subjetiva do juiz não por uma análise gráfica ou matemática, mas por um raciocínio essencialmente linguístico de probabilidade lógica ou indutiva (FERRER-BELTRÁN, 2022). A valoração da prova é feita, portanto, em observância a critérios epistêmicos que possibilitam analisar racionalmente as conclusões extraídas das provas e o nível de suporte que elas dão à hipótese fática apresentada ao julgador (TARUFFO, 2012), mas sem o recurso a cálculos matemáticos para quantificar percentualmente a probabilidade de ocorrência dos fatos investigados.

O epicentro do momento processual de valoração probatória (BADARÓ, 2021), nesse paradigma, não reside mais na convicção do juiz, nem na motivação por ele redigida na sentença, mas na justificação objetiva que suas conclusões sobre as hipóteses fáticas encontram nas provas — justificação

essa a ser avaliada por parâmetros racionalmente estabelecidos (BADARÓ, 2019). Definir tais parâmetros é o proverbial Eldorado da epistemologia probatória, tarefa que tem recentemente cativado a atenção das Cortes Superiores brasileiras. Embora não exista ainda um rol definitivo e exaustivo de critérios de valoração da prova — e cunhá-lo é mesmo uma pretensão utópica –, são inegáveis os avanços já existentes na matéria, principalmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).[3]

Na perspectiva racionalista da prova, os standards probatórios surgem como instrumentos dogmáticos na derradeira etapa da valoração da prova. Uma vez avaliadas pelo juiz as provas e o nível de corroboração por elas dado às hipóteses fáticas de acusação e defesa, o standard probatório define quão alto deve ser esse nível de corroboração para que a hipótese se tenha por provada e, com isso, prevaleça na sentença. O standard estabelece, pois, o "umbral de suficiência probatória" (FERRER-BELTRÁN, 2022, p. 49) a ser vencido pela hipótese fática: quanto mais exigente ou rígido for o standard, maior será o "grau de corroboração da hipótese" (CASTRO, 2021, p. 127) requerido para que o juiz a considere provada.

No processo penal, a hipótese fática sempre em discussão é a da acusação, vertida na denúncia ou queixa-crime (art. 41 do CPP). O standard probatório define, então, quanto de prova (ou, mais precisamente, quanto de corroboração dada pelas provas à narrativa acusatória) legitima a prolação de uma sentença condenatória, que repute objetivamente provada a hipótese da acusação.

A doutrina dos standards de prova reconhece que o passado — tempo em que aconteceram ou não os fatos apurados no processo penal — não pode ser acessado diretamente pelo magistrado, de maneira que a certeza sobre o que ocorreu é impossível. A decisão de acertamento de fatos depende, dessa forma, de um raciocínio probabilístico, que almeja indicar o maior

[3] Vale conferir, sobre o tema, as recentes inovações do STJ em matéria probatória: AREsp 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 8/11/2022; AREsp 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021; REsp n. 1.916.733/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 29/11/2021; e HC 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.

ou menor grau de segurança quanto à ocorrência de eventos pretéritos. Da impossibilidade de certeza sobre os fatos decorre o risco de erro, inerente a qualquer decisão fática. Por mais acachapantes que sejam as provas indicativas de uma ou outra hipótese, a probabilidade de se cometer um equívoco na adjudicação dos fatos por alguma falha na produção do conjunto probatório, em sua interpretação ou simplesmente nos limites da cognição humana jamais pode ser descartada.

A primeira função dos standards de prova é, nessa linha, distribuir o risco do erro sobre a definição dos fatos no processo penal, atentando para as consequências de uma ou outra espécie de equívoco (CLERMONT, 2009). Trata-se de uma **função política** (CASTRO, 2021): standards mais elevados aumentam o risco de absolvições de réus que efetivamente praticaram os fatos que lhes são imputados, frustrando as finalidades preventivas e repressivas do processo penal, enquanto standards mais baixos exigem menos suporte probatório à tese acusatória e, consequentemente, tornam mais fácil condenar todo tipo de réu — tanto o culpado, como o inocente.

Com a adoção do princípio do *in dubio pro reo*, enquanto corolário da presunção de não culpabilidade (SILVA JÚNIOR, 2021) prevista no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o sistema jurídico evidencia a opção constitucional em considerar mais grave o segundo tipo de erro (qual seja, a condenação do inocente). Com efeito, os standards probatórios do processo penal gravitam em torno do *in dubio pro reo* (ANDRADE, 2022). É ele o norte para a definição dos níveis de suficiência probatória exigidos para o acolhimento da hipótese acusatória, exercendo uma "pressão normativa" (PEIXOTO, 2021a, p. 150) que atrai o standard para um patamar mais elevado, distribuindo contra a acusação uma parcela maior do risco de erro sobre os fatos.

Não é só a acusação, contudo, quem tem a prerrogativa de submeter sua narrativa no processo penal. Ainda que não seja obrigado a fazê-lo, haja vista a garantia contra autoincriminação prevista no art. 5º, LXIII, da CRFB, o réu também pode apresentar sua própria hipótese fática, na forma de um álibi, uma causa descriminante (a legítima defesa, *v.g.*) ou simplesmente

uma versão alternativa àquela contada na denúncia. Caso o faça, é possível pensar também no estabelecimento de um standard para que sua hipótese destrone a da acusação, mas com uma distinção principal: em virtude do *in dubio pro reo*, o standard a ser vencido pela defesa é menos exigente do que aquele aplicável à acusação.

Não é coincidência, aliás, que o art. 386, VI, do CPP elenque a "fundada dúvida" sobre a existência de descriminantes como causa de absolvição. Embora a redação legal, ao focar num elemento subjetivo — a dúvida, estado mental que é no fim das contas íntimo e insondável — possa não ser a mais precisa, fica clara a escolha legislativa por um standard menos rigoroso para a tese defensiva. Afinal, não basta para a acusação criar "dúvida" sobre o estado de inocência do acusado a fim de assegurar uma condenação, medida que exige a comprovação da imputação com elevadíssimo grau de probabilidade. À defesa, diversamente, basta gerar "dúvida" sobre a narrativa acusatória (ou sobre a incidência de descriminantes, como diz o art. 386, VI, do CPP) e a consequência será a absolvição do acusado. Tudo isso se relaciona, em última instância, com a distribuição do risco do erro. Estabelecer um standard mais baixo para a hipótese defensiva pode resultar na eventual absolvição, por dúvida, de um réu culpado, mas o regime constitucional considera essa modalidade de erro menos gravosa do que a condenação do acusado inocente.

Para além do papel político, os standards de prova desempenham uma importante **função de garantia** (FERRER-BELTRÁN, 2022), intimamente ligada à segurança jurídica e à operacionalização prática de direitos fundamentais do réu, como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CRFB). A implementação de tais garantias depende de estruturas jurídicas mais racionais do que a simples exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB) porque, se não há parâmetros objetivos para avaliar a comprovação das hipóteses fáticas em confronto no processo, todo o trabalho defensivo dependerá ao fim apenas do livre convencimento do juiz.

Contraditório e ampla defesa podem ser converter, nesse cenário, em garantias meramente retóricas, que não protegem de maneira eficaz a posição

jurídica do acusado, pois o juiz pode terminar por "não se convencer" da versão fática apresentada pelo réu, mesmo que ela seja verdadeira (DANTAS; MOTTA, 2023). Há, pois, uma injustiça agencial (MEDINA, 2022) no sistema jurídico que, por um lado, concede ao réu os direitos ao contraditório e à ampla defesa, mas por outro relega ao impenetrável convencimento pessoal do juiz a tarefa de apreciar, sem nenhum parâmetro objetivo, as alegações defensivas.

A função garantista dos standards probatórios assegura que a decisão sobre os fatos seguirá um esquema lógico minimamente racional, passível de controle intersubjetivo na via recursal por critérios que, mesmo dotados de indefinições linguísticas pontuais, são mais objetivos do que o julgamento por convencimento ou convicção. Há, outrossim, um ganho em segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB), principalmente em sua dimensão de cognoscibilidade prévia (ÁVILA, 2021) das regras do jogo, quando todos os participantes do processo penal sabem de antemão, de maneira clara, qual o padrão de corroboração probatória que devem buscar para suas respectivas hipóteses fáticas.

Isso exige, evidentemente, que (I) os standards estejam bem definidos no direito posto, algo que ainda não é uma realidade no Brasil, ou (II) que o juiz se pronuncie sobre a questão, em decisão interlocutória, antes de iniciada a instrução processual. Mesmo que essa prática seja incomum, o julgador sempre utilizará mentalmente algum tipo de standard — ainda que implicitamente, se não o declarar de maneira expressa nos autos processuais — para aferir o grau de corroboração das hipóteses fáticas. Deixar explícito o standard eleito, previamente ao início da instrução, eleva as possibilidades de controle recursal e racionaliza a produção probatória a ser realizada pelas partes, potencializando os ganhos de segurança jurídica inerentes à adoção do standard propriamente dito (PEIXOTO, 2021b).

Finalmente, os standards probatórios desempenham ainda uma **função epistêmica**, porque estimulam a formação de um conjunto probatório mais completo e, com isso, elevam as chances de acerto da jurisdição criminal (FERRER-BELTRÁN, 2021). Preocupações epistêmicas, certamente, não

são as únicas do processo penal, nem podem se converter em justificativas genéricas para "descobrir a verdade real" sobre os fatos, passando por cima de garantias e regras probatórias de exclusão (DAMAŠKA, 1973), como a inadmissibilidade da prova ilícita prevista no art. 157 do CPP. Não obstante, o processo penal objetiva alcançar algum nível de verdade, compreendida como a correspondência entre a hipótese encampada na sentença e os eventos históricos ocorridos no mundo externo (FERRER-BELTRÁN, 2021), de maneira que o aporte de elementos probatórios aos autos pode aumentar suas chances de acerto. A adoção de standards elevados para a acusação serve, assim, de incentivo para que o aparato investigativo e acusador atue de maneira diligente e profissional, com a meta de descobrir as melhores fontes de prova e incorporá-las ao processo para fornecer ao juiz mais subsídios probatórios no momento da tomada de decisão.

Atentas a essas funções, dezenas são as propostas de standards probatórios já formuladas academicamente.

É bastante conhecida a tradicional tripartição de standards da família de *common law* entre preponderância de evidências (*preponderance of evidence*), standard menos rígido e aplicável a causas cíveis patrimoniais; provas claras e convincentes (*clear and convincing evidence*), que exige um nível de corroboração intermediário e, como tal, tem lugar em demandas sobre o estado das pessoas, por exemplo; e o standard mais conhecido no processo penal, segundo o qual a condenação criminal exige a comprovação da culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*, também referenciado pela sigla BARD) (CARTER, 1991).

A dificuldade em definir linguisticamente o que seria uma dúvida razoável e, sobretudo, operar com esse conceito na prática, seja numa sentença redigida pelo juiz togado, seja em instruções a jurados, é um fenômeno estudado há décadas (KAGEHIRO, 1990) e que prejudica em alguma medida a função garantista do BARD como um bom standard de prova. Mais do que isso, a dúvida é, como dito, um estado mental puramente subjetivo, que flutua ao sabor das inclinações pessoais do magistrado e

permanece impassível a controles externos. Diante de um mesmo conjunto probatório, juízes diferentes podem sentir ou não dúvida sobre a culpabilidade do acusado, dependendo a sentença condenatória, assim, da sorte do réu em ter sua ação penal distribuída a um magistrado mais propenso à dúvida.

Tamanha subjetividade carrega até mesmo o risco de que, não estando o juiz em dúvida sobre a hipótese fática do Ministério Público (independentemente de estar ela devidamente corroborada ou não pelas provas), atribua-se à defesa o encargo de comprovar fatos capazes de colocar em xeque a narrativa acusatória, invertendo a lógica constitucional do *in dubio pro reo* e a distribuição dos ônus da prova do art. 156 do CPP (FREIRIA; FREIRIA, 2021). Esse nível de subjetividade é exatamente o que a concepção racionalista da prova busca evitar, por entender que não é a convicção ou dúvida psíquica do julgador sobre as provas quem deve determinar o destino do acusado e impactar sua vida de maneira indelével. Ao revés, a decisão pela condenação ou absolvição precisa seguir um raciocínio justificado objetivamente nas próprias provas, com critérios e standards por todos conhecidos previamente e suscetíveis a um controle intersubjetivo qualificado e igualmente racional.

Desenvolvimentos acadêmicos atuais têm, por isso, buscado adensar a definição de cada standard probatório, de modo a tornar mais fácil sua compreensão. No contexto brasileiro, as mais recentes são a releitura da tripartição do *common law* proposta por Ravi Peixoto em sua pesquisa doutoral (2021a), em que se propõe o escalonamento de três níveis de suficiência probatória descritos como probabilidades lógicas, e a proposta de Flávio Andrade (2022), que detalha diversos standards progressivamente mais rígidos numa escada que vai da etapa investigatória até a prolação da sentença condenatória.

Fundamentar a escolha por um standard específico para a condenação criminal, dentre as dezenas de opções acadêmicas disponíveis, exigiria por si só um trabalho de dimensões monográficas e fugiria ao escopo mais delimitado deste artigo. Sem embargo, e apenas a título exemplificativo, cita-se o standard proposto por Jordi Ferrer-Beltrán (2021, p. 210):

> Assim, para considerar provada a hipótese da culpabilidade devem ocorrer conjuntamente as seguintes condições:
> 1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições relativas aos novos dados que a hipótese permitir formular devem ter resultado confirmadas.
> 2) Devem ter-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a inocência do acusado, excluídas meras hipóteses ad hoc.

A elaboração de Ferrer-Beltrán é útil para fins didáticos porque demonstra a interação entre as três funções dos standards de prova. Pela função política, explicita-se que o nível de corroboração exigido para a hipótese acusatória é bastante elevado, especialmente quando comparado àquele demandado da defesa. Enquanto a tese fática da acusação precisa superar um teste rigoroso de corroboração pelos dados probatórios e de confirmação de suas predições lógicas, basta à escusa do réu ser compatível (*i.e.*, não contraditória) com os mesmos dados. Ferrer-Beltrán exclui as hipóteses defensivas *ad hoc* para descartar manobras defensivas incríveis,[4] mas resguarda aquilo que já foi denominado pelo STJ de critério da diferenciação[5]: se as provas dão suporte considerável à hipótese acusatória, porém se encaixam ao mesmo tempo na narrativa

[4] Ao abordar a proposta de standard de Ferrer-Beltrán, o STJ indica como exemplo de uma tese defensiva ***ad hoc*** a afirmação de que o acusado foi abduzido por alienígenas que plantaram drogas em seus bolsos, logo antes de sua prisão em flagrante pela polícia. Tratando-se de uma hipótese obviamente fantasiosa, ela não supera o standard exigido da defesa, mesmo que seja teoricamente compatível com os dados probatórios em que se funda a acusação (a prisão em flagrante do réu com drogas em seus bolsos, no caso). É o que consta no voto do Ministro Ribeiro Dantas, relator do AREsp 1.936.393/RJ, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 8/11/2022.

[5] Igualmente, no AREsp 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 8/11/2022.

da defesa — ainda que com um grau menor de corroboração –, é inviável a condenação do réu, pois a acusação não venceu o supracitado standard, enquanto a defesa o fez.

Do ponto de vista da função de garantia, o standard de Ferrer-Beltrán traz mais segurança jurídica do que o BARD, por se basear em critérios jurídicos mais objetivos e, portanto, mais capazes de ocupar o vazio subjetivo da livre convicção. Não há, em sua formulação, referência a estados mentais como dúvida ou certeza, mas sim a especificação de circunstâncias objetivas: as predições da hipótese acusatória foram confirmadas? Elas integram de modo coerente todos os dados probatórios? Adicionalmente, há alguma versão defensiva apta a explicar os mesmos dados, ainda que de maneira menos provável ou coerente? Todos esses questionamentos centram-se na dimensão objetiva do fenômeno probatório, enquanto realidade externa à psique do magistrado.

Por fim, também a função epistêmica é preservada pela proposta de Ferrer-Beltrán. Embora se critique sua exigência de que as predições relativas à hipótese acusatória sejam confirmadas (BADARÓ, 2021), o standard de Ferrer-Beltrán estimula a "formação de um conjunto probatório sólido e diversificado" (2021, p. 126), a fim de trazer para o processo penal uma quantidade ótima de dados probatórios e com isso aumentar a precisão do acertamento fático.

A reflexão a respeito das funções desempenhadas pelos standards de prova no processo penal é útil, para os fins deste trabalho, pela necessidade de avaliar em que medida a flexibilização de standards atende ou não a tais funções. Como conclusões intermediárias importantes para a reflexão aqui proposta, vale ressaltar a racionalização trazida pela doutrina dos standards de prova ao processo penal, com a expulsão do arbítrio inerente à concepção subjetiva do livre convencimento motivado; e a noção de distribuição de riscos com espeque na gravidade dos possíveis erros de adjudicação fática, considerando a opção constitucional (art. 5º, LVII, da CRFB) em reputar mais grave o erro da condenação do réu inocente.

3 OS PROBLEMAS DA FLEXIBILIZAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS

Uma vez compreendidas as bases teóricas que dão sentido aos standards probatórios, este trabalho argumenta que o rebaixamento dos standards para facilitar o sancionamento criminal da corrupção contraria simultaneamente as três funções (política, garantista e epistêmica) que justificam sua existência. Propor sua flexibilização é, por isso, uma ideia autofágica: flexibilizar o standard exigido para a condenação criminal é algo que parte logicamente do conceito teórico de standard, mas acaba por devorá-lo no afã punitivo ao desconstituir as três funções que lhe dão sustento.

Do ponto de vista da função política, a "pressão normativa" (PEIXOTO, 2021a) exercida pelo art. 5º, LVII, da CRFB sobre os standards de prova é absolutamente idêntica para todos os crimes, independentemente de eventuais dificuldades que o aparato estatal acusador perceba em sua investigação (e na produção das provas dela decorrentes). Em outras palavras, na aplicação do art. 5º, LVII, da CRFB, é irrelevante que o crime seja mais grave ou de menor potencial ofensivo; apenado com prisão ou sanções alternativas; de investigação fácil ou difícil; socialmente aceito ou repudiado; alardeado ou ignorado pela mídia; muito ou pouco danoso à sociedade. Em qualquer caso, é igual a garantia da presunção de não culpabilidade de todo e qualquer cidadão que se veja no polo passivo de uma ação penal, e é igual a pressão que essa presunção aplica à fixação do standard probatório da condenação.

Não há, para réus acusados de corrupção passiva ou ativa, diminuição alguma na proteção que lhes confere a presunção de não culpabilidade. Nenhuma ressalva legal existe à incidência do *in dubio pro reo* em tais casos e, se a lei o fizesse, sua constitucionalidade seria no mínimo duvidosa. Diferenciar o plexo de direitos titularizados pelo acusado a partir da infração penal cuja prática lhe é imputada, principalmente o direito a não ser condenado sem provas seguras de sua culpabilidade, é medida que simplesmente carece de amparo constitucional ou legal.

Tal pretensão, na verdade, muito se aproxima do conceito de direito penal de terceira velocidade, formulado por Silva Sánchez (2006) para se referir a uma forma *expressa* de punição, destinada a sancionar rapidamente os agentes identificados como inimigos pelo sistema estatal a partir de suas características pessoais ou da espécie de infração de que são acusados. A supressão ou, de forma eufemística, a flexibilização de garantias fundamentais é o combustível que move o direito penal de terceira velocidade e lhe permite alcançar mais prática e rapidamente os réus eleitos como alvos. O rebaixamento de standards probatórios, independentemente da nobreza de propósitos que o inspirem, termina por diferenciar cidadãos brasileiros quanto à titularidade de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, em franca violação do mandamento de igualdade contido no art. 5º, *caput*, da CRFB.

A ambição de flexibilizar o standard de prova desconsidera também a gravidade do erro que é a condenação criminal de uma pessoa inocente, em especial porque esse erro não é necessariamente menos grave no caso de uma condenação por corrupção. Ao contrário, seus efeitos podem ser até mais severos do que aqueles vistos em condenações por outras infrações. Toda condenação penal tem, por si só, um profundo efeito estigmatizante, mas a condenação por corrupção passiva ou ativa traz: (I) a imposição de penas privativas de liberdade de até 12 anos de reclusão, sem contar a possibilidade de aplicação das majorantes dos arts. 317, § 2º, 327, § 2º, e 333, parágrafo único, do CP, cada uma na fração de um terço; (II) a inelegibilidade, prevista no art. 1º, I, "e", 1, da Lei Complementar 64/1990; (III) o confisco alargado, nos termos do art. 91-A do CP; e (IV) a perda do cargo ou função pública a que se refere o art. 92, I, "a", do CP.

Nada há, nos crimes de corrupção passiva ou ativa, que torne os efeitos de uma condenação injusta menos graves do que aqueles de infrações não violentas sancionadas com patamares similares de apenamento, como o furto eletrônico majorado (art. 155, §§ 4º-B e 4º-C, do CP) ou o furto de explosivos (art. 155, § 7º, do CP). Logo, pensando na distribuição do risco do erro entre acusação e defesa, falta um fator válido de discrímen entre os crimes de corrupção e outras figuras típicas. Condenações injustas por quaisquer dessas

figuras, ou outras que com elas guardem alguma similaridade de apenamento, têm potenciais danosos também semelhantes, razão pela qual não podem se pautar em standards distintos.

Também a função garantista é prejudicada pela flexibilização porque se perde, com ela, o ganho de segurança jurídica trazido pela adoção de standards probatórios no processo penal (PEIXOTO, 2021a). Lembre-se que uma das justificativas dos standards é reduzir os espaços de arbítrio subjetivo do julgador, trocando-os pela definição clara de um padrão de suficiência probatória formulado em termos probabilísticos. Permitir que o juiz altere o standard aplicável à condenação casuisticamente, de acordo com sua opinião pessoal sobre a maior ou menor dificuldade de provar o cometimento dos crimes de corrupção passiva ou ativa, desloca o centro da avaliação das provas novamente para a psique do magistrado, na contramão da objetivização que é a razão de ser dos standards.

Não se tem, afinal, um critério racionalmente validado para definir quais tipos de infrações penais exigiriam, por dificuldades investigativas, uma redução no nível de exigência dos standards probatórios. A própria asserção de que os delitos de corrupção são mais difíceis de comprovar, apesar de comum no meio jurídico, não tem ela própria uma comprovação empírica clara que diferencie as dificuldades probatórias relativas à corrupção daquelas existentes no processamento penal de outros crimes.

No extenso catálogo de tipos penais da legislação brasileira, aliás, poucos são aqueles praticados às claras, ou anunciados publicamente por quem os comete; a clandestinidade, a tentativa de ocultação do crime e o pacto de *omertá* não são exclusividades da corrupção, mas se fazem presentes em praticamente todas as espécies delitivas. Não por acaso, é significativa a quantidade de infrações penais — mesmo aquelas mais representativas da população carcerária, como roubo ou furto — que não gera sequer a autuação de inquéritos policiais (CAETANO et al., 2020). A taxa nacional de resolução de homicídios pelas polícias estaduais, por exemplo, fica numa média nacional de 44%, conforme o recente estudo compilado pelo Instituto Sou da Paz (2021) a partir de dados dos órgãos estaduais de segurança pública.

Investigar crimes é, com algumas exceções, uma tarefa complexa, cara e difícil. Permitir o rebaixamento de standards a partir de dificuldades na comprovação da autoria ou materialidade delitivas significaria, na prática, criar dois standards distintos: um mais baixo, para a maioria dos delitos, cuja investigação é essencialmente difícil; e outro mais alto, aplicável a alguns poucos crimes de comprovação em tese mais fácil. A deficiência de racionalidade dessa proposta, ofendendo as garantias de igualdade e segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB), vem sobretudo do fato de que não há um critério epistemicamente justificado para diferenciar abstratamente crimes de comprovação fácil daqueles de comprovação difícil.

Se essa diferenciação não for feita em abstrato, mas casuisticamente à luz das dificuldades encontradas no caso concreto, a flexibilização do standard probatório esbarra nos mesmos problemas. Numa ação penal em que a acusação teve dificuldades de produzir provas acerca de sua hipótese fática, a solução dada pelo princípio do *in dubio pro reo* é a absolvição do acusado, e não o rebaixamento do standard para facilitar o trabalho do órgão acusador ou viabilizar uma resposta estatal simbólica à corrupção.[6] A alteração casuística do standard para sanar deficiências ou mesmo empecilhos naturais do trabalho acusatório equivale a revogar a presunção de não culpabilidade, substituindo-a por uma presunção de culpabilidade nos casos em que o Ministério Público não alcançar a corroboração probatória de sua imputação nos níveis exigidos para os demais crimes em geral.

Isso se conecta com o comprometimento da função epistêmica dos standards de prova. Se a acusação prefere amparar sua atuação na possibilidade de flexibilização do standard, em vez de buscar exercer uma investigação cada vez mais eficiente, e sabe que essa pretendida flexibilização será aceita em juízo, há um desestímulo *ex ante* à procura por fontes de prova sólidas e independentes. Em vez de direcionar seus recursos escassos para a formação de um acervo probatório vasto, então, o Estado-acusador — certo de que conseguirá modificar o standard para obter uma condenação por

[6] Assim já decidiu o STJ, ao reafirmar que a falta de localização de testemunhas é ônus do Ministério Público

corrupção — tem o incentivo de usá-los para outras finalidades que, mesmo legítimas, não aumentam as chances de descoberta da verdade no processo.

Uma das preocupações centrais da concepção racionalista da prova diz respeito à completude (*comprehensiveness*) do conjunto probatório, entendida como a quantidade e diversidade de provas trazidas ao processo. Uma jurisdição criminal que pretenda acertar em sua decisão sobre os fatos precisa que o Ministério Público lhe apresente provas diversificadas, de diferentes tipos e reciprocamente corroboradas, o que só é possível com um comprometimento sério do órgão acusador na busca pela formação desse conjunto (RAMOS, 2018). Quanto mais completo for o acervo probatório, aliás, maior é também o ganho de corroboração por cada prova que nele aporta (HAACK, 2008), e isso é mesmo intuitivo. Existe um nível de corroboração quando a hipótese fática da acusação se ampara no testemunho de uma única testemunha, por exemplo, mas um há um nível significativamente maior quando a mesma hipótese é corroborada por duas testemunhas, uma perícia, uma filmagem etc.

É nessa perspectiva que se fala na obrigação de o Estado-acusador buscar **a melhor prova possível** (PRADO, 2021; WANDERLEY, 2021), não podendo deixar de produzir uma prova independente capaz de comprovar ou refutar em definitivo a hipótese acusatória, sob pena de incorrer em perda da chance probatória (ROSA; RUDOLFO, 2017) e, com isso, inviabilizar a condenação.[7] Não se trata, obviamente, de uma tarefa fácil, mas é para desempenhá-la que o Ministério Público brasileiro dispõe de tão amplas competências — talvez sem par entre suas instituições assemelhadas no Ocidente –, a exemplo da titularidade da ação penal pública, do poder de requisição e do controle externo da atividade policial (art. 129, I, VI, VII e VIII, da CRFB).

e, como tal, não permite flexibilizar o standard de prova para contornar essa dificuldade encontrada pela acusação: AgRg no HC n. 725.552/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.

[7] Com essa orientação, no STJ: AgRg no HC n. 771.973/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023; AgRg no AREsp n. 2.203.435/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 13/12/2022; e AREsp n. 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021.

Rebaixar o standard de prova para aqueles crimes cuja investigação e persecução o Parquet considera difícil em nada contribui para buscar a melhor prova, para formar conjuntos probatórios firmes e mesmo para controlar a atuação de tão importante instituição, estimulando-a a adotar condutas profissionais e eficientes. É tarefa do Estado-acusador se qualificar, investir em sua estrutura e melhorar suas práticas profissionais para conseguir vencer o standard probatório da condenação criminal, e não o contrário. Diante da opção político-constitucional pela adoção do *in dubio pro reo* — com a conclusão implícita de que a condenação de um inocente é o tipo de erro mais gravoso –, não cabe ao Judiciário, sem amparo constitucional, relaxar o standard probatório para atender à conveniência da acusação. No embate entre a pretensão acusatória e o standard exigido para a condenação, só um desses elementos é móvel: o standard deve permanecer incólume e inalterado, independentemente do clamor social pela persecução penal da corrupção. É a acusação quem precisa se movimentar, estruturando-se adequadamente para superá-lo.

Isso exige, é claro, a realização de investimentos na estrutura física, tecnológica e intelectual da polícia judiciária e do próprio Ministério Público, de modo que, por falta de recursos financeiros, muitas vezes a produção da melhor prova possível não estará ao alcance do delegado, promotor ou procurador encarregado da apuração do caso. Entretanto, não se pode esquecer que foi escolha do Estado brasileiro a persecução de um menu sempre maior de tipos penais, de modo que é ônus do Estado se organizar, também no aspecto financeiro-orçamentário, para ter condições de processar a enorme quantidade de condutas que resolveu tipificar como crimes.

Tais considerações se mantêm inclusive — ou especialmente — na persecução dos crimes de corrupção. As condutas reprimidas pelos arts. 317 e 333 do CP são gravíssimas, com severas consequências sobre a vida diária de todo cidadão brasileiro, e disso não há dúvidas. O Brasil encontra-se atualmente na 38ª posição do ranking de percepção da corrupção elaborado pela Transparência Internacional (2022), dentre os 180 países pesquisados pela organização, com níveis de corrupção preocupantes ao ponto de

provocarem a corrosão de valores éticos socialmente compartilhados e aumentarem a tolerância da população com o ato corrupto (FILGUEIRAS, 2009). Reverter esse cenário passa, certamente, por medidas de repressão penal que gerem na sociedade a certeza de punição da corrupção, como forma de influenciar a análise de risco-benefício feita pelo agente que pondera as vantagens de se corromper (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020).

Em que pese a legitimidade de tais preocupações, o combate à corrupção não pode depender unicamente da atuação repressiva da jurisdição criminal, que por definição chega atrasada, quando já supostamente cometido o delito. Na realidade, quando dissociada de um *framework* regulatório de políticas públicas sérias e desenhadas de forma participativa e democrática, com amplo apoio da sociedade, a persecução penal isolada da corrupção pode mesmo ter o efeito deletério de dessensibilizar a população para os malefícios do crime, naturalizando-o em alguma medida (VANNUCCI, 2009).

De toda forma, como exercício mental, vale admitir a possibilidade da existência de uma excepcional dificuldade na comprovação de crimes de corrupção, ou de um cenário de impunidade generalizada de tais ofensas no Brasil, superior ao que se passa com os demais delitos.[8] Imagine-se, também, que o esforço de persecução penal estivesse inserido em um contexto maior e multifacetado de combate à corrupção a partir das melhores práticas internacionais, num esforço institucional envolvendo todos os Poderes e a sociedade. Ainda assim, a flexibilização de standards probatórios para os delitos de corrupção permaneceria eivada dos mesmos vícios acima identificados.

O processo penal não é o dispositivo de poder adequado para a criação de políticas públicas, em prejuízo do acusado, sob os pretextos de se combater a criminalidade e evitar a impunidade. A arena por excelência para a discussão de políticas públicas é a sociedade civil, representada por parlamentares eleitos no Poder Legislativo ou mesmo diretamente, nos diversos conselhos consultivos que integram a estrutura da Administração Pública. O processo

[8] Este trabalho não se compromete com tais premissas, especialmente pela ausência de uma corroboração empírica firme por pesquisas acadêmicas independentes e diversificadas quanto a essas asserções, mas as admite aqui apenas em tese e como forma de viabilizar o debate.

penal em nada se assemelha a tais centros de discussão, mas segue (ou deve seguir) formas legalmente bem definidas para atingir sua finalidade de acertamento fático condicionado por regras jurídicas.

O processo criminal amorfo, em que as formas procedimentais são líquidas, servindo à consecução de qualquer finalidade que apeteça naquele momento ao Estado-acusador, é traço constitutivo de sistemas inquisitivos (GLOECKNER, 2017), incompatíveis com o art. 129, I, da CRFB. Admitir que o discurso de emergência em voga nesse momento histórico invada algo tão crucial à identidade do Estado Democrático de Direito como o processo penal, além de contrariar a postura que se espera de uma jurisdição desapaixonada e imparcial, abre o sempre perigoso precedente de que, no futuro, o processo seja sequestrado por preocupações outras, talvez menos confessáveis do que o combate à corrupção. Não cabe ao processo criminal recolher os cacos de disputas políticas ou incorporar, em prejuízo a suas formas e garantias, anseios diversos da administração da Justiça que lhe coube constitucional e legalmente.

No aspecto epistêmico, em suma, nada substitui a prova — e não qualquer prova, mas sim a **melhor prova possível**, digna de uma instituição com a relevância e poderes do Ministério Público brasileiro, e digna igualmente de uma Constituição que privilegia a presunção de não culpabilidade. Discursos emergenciais, políticas criminais, argumentos emocionais ou econômicos sobre o caráter (inegavelmente) nefasto da corrupção: num processo com vocação epistêmica, nenhum desses fatores toma o lugar da prova e do rigor em sua valoração.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retornando à frase de Jean Paul Sartre (1939) que epigrafa este artigo, a epistemologia da prova reconhece que toda decisão judicial sobre fatos será sempre polvilhada pela incerteza. Tal como Sartre, a doutrina dos standards de prova aplicáveis ao processo criminal aceita **um pouco** de incerteza, enquanto preço a ser pago para a funcionalidade do sistema como um todo,

já que a certeza sobre os fatos delitivos é inalcançável. Sartre almeja a pureza; os standards de prova, mais humildes, buscam equacionar o seríssimo risco de condenações injustas (*i.e.*, equivocadas quanto aos fatos) com a necessidade de fornecer uma resposta judiciária ao crime suficientemente comprovado.

O delicado balanço entre segurança da condenação e operacionalidade prática do sistema penal depende, pois, do estabelecimento criterioso desses standards e de sua observância pelo Judiciário em todo e qualquer processo penal, sem a possibilidade de mudanças casuísticas. Desvios numa ou noutra direção podem ter o efeito prático de impossibilitar a prolação de qualquer condenação, se o standard para tanto for excessivamente alto (algo que não parece ser o maior problema de um país cuja população carcerária soma centenas de milhares de pessoas); ou, naquilo que se vê neste texto como o risco mais relevante, de tornar as condenações criminais tão inseguras que o processo penal mais se aproximaria de um sorteio aleatório, com a flexibilização dos standards existentes.

A crítica ora feita à ideia de rebaixamento do nível de prova necessário para a condenação por crimes de corrupção pauta-se na ideia central de que tal proposta fere, ao mesmo tempo: (I) a função política dos standards de prova, ao redistribuir em desfavor da defesa o risco do erro sobre os fatos, com o aumento da possibilidade de condenações de pessoas inocentes e desconsideração à força interpretativa exercida pelo art. 5º, LVII, da CRFB; (II) sua função garantista, pela perda de segurança jurídica, isonomia, ampla defesa e contraditório (art. 5º, *caput* e LV, da CRFB); e (III) sua função epistêmica, por desestimular a formação de conjuntos probatórios firmes, completos e diversificados. Se a flexibilização dos standards ataca simultaneamente os três pilares que justificam a existência dos standards em si, há pelo menos uma incompatibilidade lógica entre as duas proposições.

Isso não significa, obviamente, que este trabalho se oponha de qualquer modo ao processamento criminal das infrações aos arts. 317 e 333 do CP. Apenas se argumenta, aqui, que o rebaixamento do standard de prova exigido para a condenação penal não é a maneira processual adequada de

fazê-lo, e não há nenhuma consideração extraprocessual — do anômalo "clamor das ruas" à revolta contra a impunidade — que legitimamente o autorize. As mesmas considerações, aliás, valeriam também para a persecução de outras infrações penais, fossem elas o hodierno objeto de notícias e propostas heterodoxas (como a inversão do ônus da prova referenciada na introdução deste trabalho).

Por mais prejudiciais e bem documentados que sejam os efeitos dos crimes de corrupção passiva e ativa para o tecido social, a jurisdição criminal não pode abdicar de sua quintessência contramajoritária e substituir a velha **prova** do crime por presunções ou estruturas argumentativas mais rebuscadas, que busquem dispensar a obrigatoriedade de comprovação da hipótese acusatória com altíssimo nível de probabilidade. Diminuir o nível de exigência dos standards de prova, recorde-se, altera a distribuição do risco do erro entre as partes processuais e aumenta, com isso, a chance de ocorrência do equívoco que o constituinte de 1988 considerou intolerável: a condenação do réu inocente. Nenhum agente do sistema de Justiça pode fechar os olhos a esse risco, e propostas de rebaixamento de standards probatórios que não o enderecem diretamente estarão ainda mais suscetíveis a ele. Ignorá-lo não faz com que o risco suma.

Se os crimes de corrupção apresentam, de fato, dificuldades probatórias excepcionais, maiores do que aquelas presentes em outros tipos penais, mais seguro e juridicamente adequado é, na busca da **melhor prova possível**, estudar os gargalos de eficiência e alocação de recursos no aparato institucional acusador, avaliar maneiras de qualificar a investigação e debater publicamente possíveis formas de produção de provas ou instrumentos negociais, como fizeram as Leis n. 12.850/2013 e n. 13.964/2019. Trocar essas medidas pela via mais conveniente de esvaziar o standard necessário à condenação, embora mais cômodo para o Estado-acusador, em nada enriquece a jurisdição criminal, nem aumenta suas chances de acerto e de punir os efetivos responsáveis por crimes de corrupção. Condenar um inocente, afinal, pode até inflar estatísticas de sucesso de pretensões punitivas

ou reforçar o discurso público de Lei e ordem, mas não avança em um único centímetro a luta contra a impunidade por atos corruptos.

Dada a relativa novidade do tema dos standards de prova no Brasil, há ainda vasto espaço para pesquisas acadêmicas que considerem a específica realidade nacional. Como possibilidades de estudos futuros, do ponto de vista empírico, seria útil examinar como o Judiciário trata o tema da suficiência probatória em ações penais por corrupção em suas decisões, a fim de detectar se a flexibilização de standards probatórios (ainda que referida por outros nomes) é uma tendência prática real e dialogar com os fundamentos para tanto utilizados. Na dimensão teórica, por sua vez, há necessidade de trabalhos que proponham ou analisem criticamente parâmetros racionais para a valoração da prova, no esforço de ocupar o vazio deixado pela escola subjetivista do livre convencimento motivado que, aos poucos, perde adesão no cenário nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1.209-1.237, 2020.

BORGES, Dandy Jesus Leite. Visão contemporânea das provas no processo penal e a importância da colaboração premiada no combate à corrupção e ao crime organizado. *In:* AZAMBUJA, Edson; BALLAN JUNIOR, Octahydes; SILVA, Vinícius de Oliveira e (Orgs.). **Combate à corrupção na visão do Ministério Público**. Leme: JH Mizuno, 2018. p. 69-94.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 598.886/SC**. Habeas corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 27 out. 2020. Disponível em:https://scon.stj.jus.

br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso especial 1.916.733/MG**. Penal e processual penal. Recurso especial. Homicídio. Qualificadoras fundadas exclusivamente em depoimento indireto (hearsay) colhido na esfera policial [...]. Recorrente: Luiz Ferreira Esteves. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 23 nov. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100185574&dt_publicacao=29/11/2021. Acesso em: 22 ago 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo em Recurso Especial 1.940.381/AL**. Penal e processual penal. Agravo em recurso especial. Ato infracional análogo a homicídio tentado. Tese de legítima defesa [...]. Agravante: M B B (menor). Agravado: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 14 dez. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102429156&dt_publicacao=16/12/2021. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 725.552/SP**. Agravo regimental no habeas corpus. Processo penal. Homicídio qualificado tentado. Pronúncia. Impossibilidade [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Victor Silva Santos. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 19 abr. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200514550&dt_publicacao=26/04/2022. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo em Recurso Especial 1.936.393/RJ**. Penal e processual penal. Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Condenação baseada exclusivamente nos depoimentos dos

policiais responsáveis pela prisão em flagrante [...]. Agravante: Carlos Alberto Serra Alberto. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 25 out. 2022. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102320702&dt_publicacao=08/11/2022. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2.203.435/SP**. Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Roubo. Inobservância das formalidades do art. 266 do CPP [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Eric Nelson Pezzutti. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 6 dez. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202802873&dt_publicacao=13/12/2022. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 771.973/SC**. Agravo regimental no habeas corpus. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Crimes de homicídio duplamente qualificado e corrupção de menores [...]. Agravante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Agravado: Marcos Vinicios Bernardo da Silva. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 7 fev. 2023. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202963506&dt_publicacao=13/02/2023. Acesso em: 22 ago. 2023.

CAETANO, Fábio Massaúd et al. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 50, n. 4, p. 647-670, 2020.

CARTER, Linda. A beyond a reasonable doubt standard in death penalty proceedings: a neglected element of fairness. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 52, n. 1, p. 195-221, 1991.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Standards de prova:** na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021.

CLERMONT, Kevin. Standards of proof revisited. **Vermont Law Review**, Royalton, v. 33, n. 3, p. 469-487, 2009.

COVEY, Russell. Longitudinal guilt: repeat offenders, plea bargaining, and the variable standard of proof. **Florida Law Review**, Gainesville, v. 63, n. 2, p. 432-456, 2011.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 117-140.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 121, n. 3, p. 506-589, 1973.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; MOTTA, Thiago de Lucena. Injustiça epistêmica agencial no processo penal e o problema das confissões extrajudiciais retratadas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 129-166, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, 2009.

FREIRIA, Marcelo Turbay; FREIRIA, Thiago Turbay. Análise crítica da proposta acusatória relativa ao standard de prova "além da dúvida razoável" nos crimes de colarinho branco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 110, n. 1.025, p. 271-290, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1.135-1.174, 2020.

HAACK, Susan. Proving causation: the holism of warrant and the atomism of Daubert. **Journal of Health & Biomedical Law**, Boston, v. 4, n. 2, p. 252-289, 2008.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Como as nações prosperam**: cooperação internacional e as ações mais poderosas contra corrupção transnacional. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?** Porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2021. Disponível em: https://soudapaz.org/wp-content/uploads/2021/10/Onde-Mora-a-Impunidade-_edicao2021.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

KAGEHIRO, Dorothy. Defining the standard of proof in jury instructions. **Psychological Science**, Nova York, v. 1, n. 3, p. 194-200, 1990.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; VIDA, Lucas Gandolfi. Perspectivas quanto à lavagem de provas na colaboração premiada: proposta para controle de abuso processual. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 2.203-2.243, 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tribunais Superiores e standards de prova. *In:* MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 499-509.

MEDINA, José. Group agential epistemic injustice: epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. **Philosophical Issues**, Malden, v. 32, n. 1, p. 320-334, 2022.

NARDI, Ricardo Perin. **Prova por indícios**: uma análise à luz da inferência para a explicação mais coerente. 2016. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021a.

PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 586-618, 2021b.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

PUNDIK, Amit. The epistemology of statistical evidence. **The International Journal of Evidence & Proof**, Londres, v. 15, n. 2, p. 117-143, 2011.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. *In:* JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Direito probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 115-134.

RAMOS, Vitor de Paula. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado. *In:* SALGADO, Daniel de Resende et al. **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 754-775.

REED, Chris; WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio. Argument diagramming in logic, law and artificial intelligence. **The Knowledge Engineering Review**, Cambridge, v. 22, n. 1, p. 87-109, 2007.

RIBEIRO, Gustavo. The case for varying standards of proof. **San Diego Law Review**, San Diego, v. 56, n. 1, p. 161-219, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 3, p. 445-471, 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. **Corrupção e governo**: causas, consequências e reformas. Rio de Janeiro: FGV, 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; CYRILLO, Carolina. As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1.271-1.300, 2020.

SARTRE, Jean Paul. **Le mur**. Paris: Gallimard, 1939.

SHAFER, Glenn. **A mathematical theory of evidence**. Princeton: Princeton University Press, 1976.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. 3. ed. Natal: Owl, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expasión del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

SOBREIRO, Renan Teixeira. A inversão do ônus da prova na ação de improbidade administrativa: uma necessária releitura em busca de uma maior efetividade no combate à corrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 1, p. 182-199, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 206, p. 33-51, 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a reconstrução dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de percepção da corrupção, 2022**. São Paulo: Transparência Internacional Brasil, 2023. Disponível em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2022. Acesso em: 12 abr. 2023.

TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 163-182, 2013.

VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of Mani Pulite: a critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies. **Bulletin of Italian Politics**, Glasgow, v. 1, n. 2, p. 233-264, 2009.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a probabilidade e a segurança do juízo de fato: a completude do conjunto probatório (evidential completeness) e a melhor prova (best evidence) como princípios de valoração probatória. *In:* MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Rogerio Schietti Machado (Coords.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 47-62. v. 2.

WIGMORE, John Henry. The problem of proof. **Illinois Law Review**, Champaign, v. 8, n. 2, p. 77-103, 1913.

CAPÍTULO 23

PARTIDOS POLÍTICOS EM UMA DEMOCRACIA SAUDÁVEL: A RESPONSABILIZAÇÃO PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

POLITICAL PARTIES IN A HEALTHY DEMOCRACY: ACCOUNTABILITY UNDER THE LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY

Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira[1]

RESUMO

Por meio de pesquisa bibliográfica e levantamento de decisões judiciais busca-se responder o seguinte questionamento: devem ou não os partidos políticos serem responsabilizados com base na lei de improbidade administrativa? Com uma análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da suspensão e validade de dispositivos da Lei n. 14.230/2021, abordam-se as históricas retiradas do enquadramento de partidos políticos como possíveis responsáveis por atos ímprobos, bem como o reforço teórico de sua sujeição diante da natureza de sua atividade, a origem dos recursos que sustentam

[1] Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (PPGIDH/UFG). Mestra em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Membra da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política (Abradep). Pesquisadora no núcleo de Direito Internacional e Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Nepedipol/UERJ) e do Centro de Estudos Constitucionais Comparado da Universidade de Brasília (UnB). Procuradora da República.

suas ações e a própria finalidade da responsabilização administrativa, para além da tutela pela Lei n. 9.096/1995.

Palavras-chave: partidos políticos; improbidade administrativa; fundos eleitorais; prestação de contas; responsabilização.

ABSTRACT

Through a bibliographical research and survey of judicial decisions, we seek to answer the following question: should or should political parties not be held accountable based on the law of administrative improbity? With an analysis of the recent decision of the Federal Supreme Court about the suspension and validity of provisions of Law n. 14.230/2021, the historical withdrawals from the framing of political parties as possible responsible for disproportionate acts will be addressed, as well as the theoretical reinforcement of their subjection before the nature of its activity, the origin of the resources that support its actions and the very purpose of administrative accountability, beyond the protection provided by Law No. 9.096/1995.

Keywords: political parties; administrative dishonesty; election funds; accountability; accountability.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Partidos políticos: histórico, função e funcionamento. 3 Improbidade administrativa: o que mudou com a lei e com a decisão do STF na ADI n. 7236. 4 A sujeição dos partidos políticos à Lei de Improbidade Administrativa. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Pensando em uma democracia e um estado de direito saudáveis, necessariamente remete-se à principal forma de participação política existente, qual seja, as eleições. Pelo voto popular são escolhidos os representantes nos espaços de poder, e para convicção e segurança do pacto social firmado entre sociedade e Estado demandam-se eleições justas realizadas dentro da legalidade e da Constituição.

No Brasil, para votar e ser votado passa-se necessariamente por meio dos partidos políticos, entidades de caráter privado que detêm uma série de garantias e deveres de acordo com a previsão constitucional e legal pátria. O foco deste trabalho é entender o que são essas agremiações e qual o seu papel no contexto eleitoral, além de buscar entender a importância de sua atuação em um momento pré e pós-eleição estrita.

Ao entender o que são e como funcionam os partidos, especialmente em como se financiam suas atividades, serão abordados os níveis e as esferas de responsabilização diante de desvios e atos de corrupção, uma vez que não afetam apenas o funcionamento daquela entidade, mas toda a saúde da democracia brasileira, ao corromper o processo de escolha legítima dos representantes pelo voto popular.

Em um primeiro momento, no artigo será retratado o histórico de surgimento dos partidos políticos, bem como seu funcionamento e função dentro do País, estudando as previsões de regência previstas tanto na Constituição Federal quanto em lei orgânica dos partidos. Em um segundo momento será abordado como se financiam partidos políticos, qual a origem dos recursos e fundamento legal para os chamados fundos eleitorais, bem como se buscará entender o funcionamento das prestações de contas e esferas de responsabilização para má conduta e desvios na gerência dos valores desses fundos.

Por fim, será debatida a Lei de Improbidade a partir das alterações sofridas, assim como o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal

Federal (STF) ao interpretar a constitucionalidade da Lei n. 14.230/2021, em especial no tocante ao previsto no artigo 23, ou seja, a isenção de partidos políticos serem enquadrados em possíveis atos de improbidade e o porquê dessa exclusão ser equivocada em um estado democrático de direito.

2 PARTIDOS POLÍTICOS: HISTÓRICO, FUNÇÃO E FUNCIONAMENTO

Em um momento inicial cumpre destacar o que seriam os partidos políticos ou agremiações partidárias diante do funcionamento do sistema político. No Brasil temos a opção feita pelo constituinte de 1988 sobre o monopólio das candidaturas sob os ombros dos partidos políticos, uma vez que a filiação partidária é requisito de elegibilidade prevista no artigo 14 §3º, ou seja, sem filiação partidária, não se pode exercer a capacidade eleitoral passiva, qual seja, ser opção de voto.

Existe atualmente uma ação que discute a possibilidade da candidatura avulsa ou candidatura independente no âmbito do STF (ARE n. 1.054.490 QO/RJ), todavia o que se mostra válido é a regra de que apenas partidos políticos podem requerer candidaturas em todas as circunscrições no País.

Os partidos não servem apenas para lançamento de candidaturas. A Constituição Federal é repleta de funções atribuídas para essa pessoa jurídica de direito privado, como a possibilidade de manifestar-se em ações constitucionais, atuar como fiscal democrático e de maneira geral, funcionar como organização política em nosso Estado.

Em uma sociedade cada vez mais complexa de relações e de sujeitos, os partidos políticos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do mecanismo democrático, serão eles o canal de atuação política e social que organizará sujeitos afins ao seu redor, captam e participação da formação da opinião pública e organizam e transformam em bandeiras de luta, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo legitimamente constituído.

É da natureza humana a reunião em grupos, e especificamente em matéria de eleições esses grupos demandam organização, tanto é por isso que são dedicados aos partidos políticos artigos da Constituição (artigo 17) e lei própria (Lei n. 9096/1995) trazendo não apenas garantias, mas também obrigações para que esses partidos funcionem de modo a cumprir com sua função democrática.

As agremiações surgem na história mundial a partir da primeira metade do século XIX, sendo um dos marcos principais a reforma eleitoral ocorrida na Inglaterra em 1832 por meio do *Reform Act*, que cria, então, uma instituição de direito privado com objetivo de reunir adeptos de uma ideia política compartilhada pelo grupo (SCHWARTZENBERG, 1979). Os partidos políticos são um dos pilares para a organização e estabelecimento da democracia representativa, por meio dos quais os cidadãos passaram a expressar suas demandas e organizar suas agendas.

Os partidos políticos surgiram como atores, junto do Estado liberal democrático, e tornaram-se necessários por duas razões: primeira, devido à universalização dos direitos democráticos e à adoção do sufrágio; e, segunda, por se tratarem de sociedades organizacionais que serviam para que os indivíduos pudessem alcançar seus objetivos (DIAS, 2010, p. 177).

Em uma sociedade complexa que respeita uma democracia, o indivíduo isolado tem pouca influência sobre a criação dos órgãos legislativos e executivos, ou seja, precisa de mais pessoas em torno de seu objetivo. É para fins originários de maior influência no poder que surgem os partidos políticos, veículos essenciais para materializar essa necessidade.

O surgimento dos partidos encontra-se associado aos países que adotaram formas de governo representativo e progressiva ampliação do sufrágio. Consoante salientam Bobbio, Matteucci e Pasquino (1983, p. 899), os processos civis e sociais que levaram a tal forma de governo tornavam necessária a gestão do poder por parte dos representantes do povo, o que teria conduzido a uma progressiva democratização da vida política e à integração de setores mais amplos da sociedade civil no sistema político. Assim, de modo geral, pode-se dizer que:

> O nascimento e o desenvolvimento dos partidos está ligado ao problema da participação, ou seja, ao progressivo aumento da demanda de participação no processo de formação das decisões políticas, por parte de classes e estratos diversos da sociedade. Tal demanda de participação se apresenta de modo mais intenso nos momentos das grandes transformações econômicas e sociais que abalam a ordem tradicional da sociedade e ameaçam modificar as relações do poder. É em tal situação que emergem grupos mais ou menos amplos e mais ou menos organizados que se propõem a agir em prol de uma ampliação da gestão do poder político e setores da sociedade que dela ficavam excluídos ou que propõem uma estruturação política e social diferente da própria sociedade. Naturalmente, o tipo de mobilização e os estratos sociais envolvidos, além da organização política de cada país, determinam em grande parte as características distintivas dos grupos políticos que assim se formam.

No Brasil, o ano de 1831 é quando há o surgimento do primeiro partido, denominado Partido Liberal, e posteriormente há a criação do Partido Conservador em 1838, frutos de debates que começavam a despontar nos anos anteriores sobre a atuação política no cenário brasileiro, e por muito tempo foi dominado por estes dois partidos. Nos últimos anos assiste-se à multiplicação de diversas agremiações que surgiam de rompimentos de partidos maiores ou pela necessidade de novas pautas ideológicas e igualmente foi possível identificar ferramentas que surgiram no intuito de

frear a criação de tantos partidos, tentando trazer maior racionalidade para o sistema político brasileiro.

Compreende-se por partido político a entidade formada pela livre associação de pessoas, com organização estável, cujas finalidades são alcançar e manter de maneira legítima o poder político e estatal, assegurando no interesse do regime democrático de direito, a autenticidade do sistema representativo, a alternância no exercício do poder político, o regular funcionamento do governo e das instituições políticas, bem como a implementação dos direitos humanos fundamentais.

Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1983, p. 898-899), partidos são grupos intermediários agregadores e simplificadores. Compreendem:

> Formações sociais assaz diversas, desde os grupos unidos por vínculos pessoais e particularistas às organizações complexas de estilo burocrático e impessoal, cuja característica comum é a de se moverem na esfera do poder político". As associações propriamente consideradas como partidos, "surgem quando o sistema político alcançou um certo grau de autonomia estrutural, de complexidade interna e de divisão de trabalho que permitam, por um lado, um processo de tomada de decisões políticas em que participem diversas partes do sistema e, por outro, que, entre essas partes, se incluam, por princípio ou de fato, os representantes daqueles a quem as decisões políticas se referem. Daí que, na noção de partido, entrem todas as organizações da sociedade civil surgidas no momento em que se reconheça teórica ou praticamente ao povo o direito de participar na gestão do poder político. É

> com esse fim que ele se associa, cria instrumento de organização e atua.

Acerca das diferenças entre partidos, movimentos, grupos e facções, cumpre destacar a interessante comparação feita pelo autor José Jairo Gomes (2022):

> Em sentido técnico, partido político distingue-se de outros entes como frente, movimento, grupo, facção, liga, clube, comitê de notáveis, ainda que os membros dessas entidades compartilhem iguais princípios filosóficos, sociais, doutrinários, 6.2.3 interesses, sentimentos, ideologias ou orientação política. Eventualmente, tais entidades podem até possuir algo em comum com os partidos – como a busca pelo poder estatal ou seu controle –, mas o fato é que os entes aludidos não apresentam as necessárias estabilidade, estrutura e organização para serem caracterizados como partido; eles constituem, na verdade, os precursores dos partidos políticos modernos.

Os partidos políticos, conforme destacado, apresentam lei própria que é a Lei n. 9.096/95, além de artigo específico na Constituição Federal, no caso o artigo 17, que lhes garantem autonomia e liberdade partidária, ao tempo que devem respeitar os valores da Constituição e do estado democrático de direito.

Constituem canais legítimos de atuação política e social; captam e assimilam rapidamente a opinião pública; e catalisam, organizam e transformam em bandeiras de luta as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo legitimamente constituído.

Na forma da sua lei orgânica, partidos são: "Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal" (BRASIL, 1995).

Os partidos naturalmente disputam eleições de maneira solitária ou junto de outras agremiações na forma de coligações (essas reuniões somente podem ocorrer para eleições majoritárias, sendo formuladas no período de convenções partidárias e com funcionamento até a data da eleição) ou na forma de federações partidárias, uma união mais duradoura que deve valer por pelo menos quatro anos, conforme será explicado a seguir.

Em 2021 houve a edição da Lei n. 14.208/2021 (Resolução oriunda da Instrução n. 0600726-81.2021.6.00.0000 TSE) que criou a figura das federações que consistem na reunião de dois ou mais partidos políticos que tenham afinidade ideológica ou programática e que, depois de constituída e registrada no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), atuará como se fosse uma única agremiação partidária. Foi inserido na Lei dos Partidos o seguinte dispositivo:

> Art. 11-A. Dois ou mais partidos políticos poderão reunir-se em federação, a qual, após sua constituição e respectivo registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, atuará como se fosse uma única agremiação partidária.
> § 1º Aplicam-se à federação de partidos todas as normas que regem o funcionamento parlamentar e a fidelidade partidária.
> § 2º Assegura-se a preservação da identidade e da autonomia dos partidos integrantes de federação.
> § 3º A criação de federação obedecerá às seguintes regras:

> I – a federação somente poderá ser integrada por partidos com registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral;
> II – os partidos reunidos em federação deverão permanecer a ela filiados por, no mínimo, 4 (quatro) anos;
> III – a federação poderá ser constituída até a data final do período de realização das convenções partidárias;
> IV – a federação terá abrangência nacional e seu registro será encaminhado ao Tribunal Superior Eleitoral.
> § 4º O descumprimento do disposto no inciso II do § 3º deste artigo acarretará ao partido vedação de ingressar em federação, de celebrar coligação nas 2 (duas) eleições seguintes e, até completar o prazo mínimo remanescente, de utilizar o fundo partidário. (BRASIL, 2021)

Adquirida a personalidade jurídica, na forma da lei civil, o estatuto do partido deve igualmente ser registrado no TSE. A comprovação dos requisitos deve ocorrer no momento do protocolo do requerimento do pedido de registro, franqueando-se a realização de diligências ao Requerente apenas para saneamento de erros meramente formais.

> Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.
> § 1o Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove,

> no período de dois anos, o apoiamento de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles. (BRASIL, 1995)

O apoiamento partidário mínimo de eleitores deve ser comprovado no prazo de dois anos, "contado a partir do registro da agremiação partidária no cartório competente do registro civil das pessoas jurídicas" (TSE – Cta no 38.580/DF – DJe 2-8-2017; Res. n o 23.465/2015, art. 7º, §§ 1º e 3º). A comprovação é feita por meio das assinaturas dos eleitores, "com menção ao número do respectivo título eleitoral, em listas organizadas para cada Zona, sendo a veracidade das respectivas assinaturas e o número dos títulos atestados pelo Escrivão Eleitoral" (BRASIL, 1995, art. 9, § 1).

A veracidade das assinaturas postas nas listas "é verificada mediante a comparação com os assentos eleitorais, inclusive com as folhas de votação nas últimas eleições, implicando a necessidade de regularidade da inscrição eleitoral." (BRASIL, 2017a, p. 55-56).

Ainda sobre partidos cumpre destacar que estes podem se incorporar ou fundir. Ocorre incorporação quando um ou vários partidos são absorvidos por outro, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. As agremiações incorporadas deixam de existir, subsistindo apenas a incorporadora ou incorporada.

Por seu turno, a fusão é o processo pelo qual um ou mais partidos se unem, de maneira a formar outro, o qual sucederá os demais nos seus direitos e obrigações. Com a fusão ocorre a extinção das agremiações que se uniram para formar a nova entidade jurídica.

Somente é permitida a fusão ou incorporação de partidos políticos "que haja obtido o registro definitivo do Tribunal Superior Eleitoral há, pelo menos, 5 (cinco) anos". (BRASIL, 2015).

Essa restrição temporal não constava da redação original da Lei n. 9.096/95, tendo sido acrescida ao seu artigo 29, § 9, pela Lei n. 13.107/2015. Ao apreciar pedido de liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.311/DF – 30-9-2015, o Pleno do STF afirmou a constitucionalidade dessa nova regra.

Qualquer pessoa pode se filiar a partido político. Aos filiados é assegurada igualdade de direitos e deveres (BRASIL, 1995, art. 4), sendo que só pode filiar-se a um partido quem estiver no pleno gozo de seus direitos políticos. Portanto, se tais direitos estiverem suspensos quando da filiação, esse ato não terá validade. Assim: é nula a filiação realizada durante o período em que se encontram suspensos os direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado.

Para desligar-se do partido político, o filiado deve fazer comunicação escrita ao órgão de direção municipal e ao juiz eleitoral da zona em que se encontrar inscrito. Decorridos dois dias da data da entrega da comunicação, o vínculo é extinto (BRASIL, 1995, art. 21). Aquele que, estando filiado a uma agremiação, se engajar em outra tem o dever legal de comunicar esse fato ao partido que deixa e ao juiz de sua respectiva zona eleitoral, para que a filiação primitiva seja cancelada. Após todas essas considerações sobre o histórico, missão e funcionamento de um partido político, passa-se para a avaliação da forma de financiamento de suas atividades.

2.1 Lei dos Partidos Políticos e fundos eleitorais: as prestações de contas e suas consequências

Os partidos políticos recebem valores para que possam exercer as relevantes funções ditadas pela Constituição Federal, tendo como fontes lícitas de recursos: fundo partidário; doações privadas, que podem ser de

pessoas físicas ou de outros partidos políticos; alienação de bens; alienação de eventos; locação de bens; sobras financeiras de campanha eleitoral; rendimentos de aplicações financeiras; empréstimo contraído em instituição financeira e o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto no artigo 16-C da LE (introduzido pela Lei n. 13.487/2017), e "constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral".

Apesar da grande diversidade de possibilidades de investimentos e origens de valores, o financiamento partidário é garantido basicamente a partir de recursos públicos, que por tal natureza, pelo menos intuitivamente, demandariam controle da administração pública. Contudo, conforme será verificado, o sistema de responsabilidades acerca da gestão desses recursos, foi direcionado pelo legislador, para existir unicamente nas previsões da Lei n. 9.096/1995.

Com foco nos dois principais fundos eleitorais, passamos ao estudo do Fundo partidário, intitulado pela lei como Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos no artigo 38 da lei orgânica dos partidos (BRASIL, 1995), sendo constituído por:

> I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
> II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;
> III – doações de pessoa jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
> IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

Importante destacar que não são todos os partidos que têm acesso ao fundo partidário, igualmente não são todos que têm acesso ao direito de antena, ou seja tempo gratuito de rádio e de tv, uma vez que para entrada da divisão desses valores precisam ser aprovados em uma primeira etapa que é a de atingir a cláusula de desempenho constitucional:

> Artigo 17
> [...]
> § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:
> I- obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
> II- tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (BRASIL, 1988)

Até as eleições de 2030, quando os índices exigidos serão os listados acima, existe uma regra de transição com requisitos progressivos, sendo que se o partido não os atingir em cada eleição, não passa para a próxima etapa do cálculo que existe para realmente fazer a divisão de valores entre as agremiações.

Essa conta está prevista no inciso I do artigo 41-A da Lei dos Partidos que estabelece que 5% do total dos recursos devem ser "destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário" (BRASIL,

1995), lembrando que o acesso a essa parcela de recursos independe do tempo de existência do partido, e o restante é distribuído aos partidos proporcionalmente às suas respectivas representações na Câmara de Deputados (destaque para a regra colocada a partir de 2021 onde deputados federais negros e deputadas federais contam em dobro para essa divisão até as eleições de 2030).

Assim como encontra-se prevista a composição do fundo, a forma de sua distribuição e vedações, que serão abordadas a seguir, igualmente estão previstas as regras do regime de responsabilização, que conforme é defendido por parcela da doutrina, deve ser o único regime ao qual os partidos, como pessoas jurídicas se sujeitam. Além do fundo partidário, aconteceu em 2017 a criação do FEFC, popularmente conhecido como fundão, previsto nos artigos 16-C e 16-D da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997).

Os recursos do FEFC somente ficarão à disposição do partido após a definição de critérios de distribuição aos seus candidatos, o que deve ser deliberado pela Comissão Executiva Nacional da agremiação partidária, exigência da Lei n. 9.504/1997, art. 16-C, § 7º, regulamentada pela Resolução TSE n. 23.605/2019. A composição desse fundo, disponibilizado em ano eleitoral, é integrada por dotações orçamentárias da União, sendo, portanto, integralmente público e destinado, conforme seu nome informa, para financiamento de campanhas eleitorais, sendo dividido entre os partidos de acordo com sua representatividade em diversos setores políticos, não apenas a Câmara dos Deputados.

Tanto com relação ao fundo partidário quanto ao fundo especial existem atualmente regras relacionadas à imposição de percentuais direcionados para candidaturas femininas, para programas de incentivo à participação das mulheres na política e, por determinação do STF, imposição de paridade no financiamento de candidaturas negras, sendo, no restante, imposto o princípio constitucional da autonomia partidária e liberdade de organização na definição de gastos de funcionamento partidário e de campanha.

Os partidos precisam "enviar, anualmente, à Justiça Eleitoral o balanço contábil do exercício findo"; obrigação essa que deve ser adimplida "até o dia 30 de junho do ano seguinte" (BRASIL, 1995, art. 32), com a redação da Lei n. 13.877/2019, ainda que não haja o recebimento de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro. O descumprimento desse dever implica "a suspensão de novas cotas do Fundo Partidário enquanto perdurar a inadimplência e sujeitará os responsáveis às penas da lei" (BRASIL, 1995, art. 37-A).

Na prestação de contas, é necessário que sejam discriminadas as receitas e despesas realizadas pelo partido em sua respectiva esfera, na forma do § 4º do artigo 34 da Lei dos Partidos: "o sistema de contabilidade deve gerar e disponibilizar os relatórios para conhecimento da origem das receitas e das despesas" (BRASIL, 1995). No âmbito da Justiça Eleitoral, é instaurado um processo específico para exame e julgamento das contas partidárias, bem como para a hipótese de não apresentação das contas no prazo legal, lembrando que esse processo possui caráter jurisdicional e, uma vez formalmente apresentadas, as contas podem ser impugnadas por qualquer partido político ou órgão do Ministério Público Eleitoral.

No final do processo de contas, a justiça eleitoral pode aprovar o que foi apresentado, aprovar com ressalvas que devem ser observadas ou desaprovar as contas da agremiação. No caso de não apresentação de contas ou apresentação de documentos incompletos que não consigam gerar a possibilidade de análise contábil, ficam as contas colocadas como não apresentada.

De acordo com José Jairo Gomes (2022):

> A aprovação com ressalva pressupõe a detecção de alguma irregularidade de natureza formal ou material de pouca relevância, que, em qualquer caso, não chegue a comprometer a análise das contas, ou seja, não compromete a verificação da origem das receitas e destinação das despesas. Já a desaprovação – que pode ser total ou

> parcial – pressupõe a ocorrência de graves irregularidades e ilícitos que comprometam a sua integridade. Estes devem ser de natureza material e relevantes, pois, nos termos do § 12, art. 37, da LPP, não autorizam o juízo de desaprovação: (i) erros formais; (ii) erros materiais que no conjunto da prestação de contas não comprometam o conhecimento da origem das receitas e a destinação das despesas.

O regime de responsabilidade da Lei dos Partidos coloca sanções apenas em duas situações: a da desaprovação e a da não prestação. No caso desta última, a sanção é de suspensão de cotas do fundo partidário enquanto durar a inadimplência da lei, uma vez que a qualquer tempo essas contas podem ser prestadas. Tal previsão está inserida no artigo 37-A da Lei dos Partidos.

A conclusão pela desaprovação coloca o partido diante das seguintes sanções: determinação "à esfera partidária responsável pela irregularidade" da "devolução da importância apontada como irregular, acrescida de multa de até 20%"; multa esta que deve ser aplicada "de forma proporcional e razoável". E mais, sendo detectados "recursos de origem não mencionada ou esclarecida, fica suspenso o recebimento das quotas do fundo partidário até que o esclarecimento seja aceito pela Justiça Eleitoral" (BRASIL, 1995, art. 36, I). Além disso, se constatado o recebimento de recursos de fontes vedadas relacionadas no artigo 31 da LPP, "fica suspensa a participação no fundo partidário por um ano" (BRASIL, 1995, art. 36, II). Entretanto, essa sanção só incidirá se não forem "adotadas as providências de devolução à origem ou recolhimento ao Tesouro Nacional".

Todas as sanções existentes são restritas à devolução de valores, multa ou suspensão de recebimento de novas quotas de fundo partidário e de maneira restringida à esfera partidária responsável. Outras sanções de

natureza penal ou cível se limitam aos dirigentes partidários, conforme prevê o § 13 do artigo 37, remetendo-se à Lei de Improbidade e suas definições:

> A responsabilização pessoal civil e criminal dos dirigentes partidários decorrente da desaprovação das contas partidárias e de atos ilícitos atribuídos ao partido político somente ocorrerá se verificada irregularidade grave e insanável resultante de conduta dolosa que importe enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio do partido. (BRASIL, 1995).

Conforme se verifica, não existe sanção prevista para os partidos como pessoas jurídicas para além das relacionadas a questões meramente orçamentárias da Lei dos Partidos, bem como o que se tem são previsões limitadas de responsabilidade pessoal em outros campos relacionadas à gestão partidária direta, cabendo o estudo da incidência de outras esferas, como o da improbidade, foco deste trabalho. Contudo, antes cabe levantar o que significa a improbidade, sua finalidade e o que foi alterado com a Lei n. 14.230/2021 e a decisão do STF na ADI n. 7236 em 2022.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O QUE MUDOU COM A LEI E COM A DECISÃO DO STF NA ADI N. 7236

Desde 1992 temos a definição de improbidade administrativa no âmbito da Lei n. 8.429 definindo que ato ímprobo é toda conduta inadequada praticada por agentes públicos ou outros envolvidos que cause danos à administração pública, gerando uma responsabilização de natureza cível e não penal, mas que apresenta estreita ligação com o combate à corrupção.

A regulamentação dos atos de improbidade contém ainda natureza constitucional ao derivar dos preceitos do artigo 37 da nossa Constituição. A Lei de Improbidade constitui marco na Administração Pública e no combate à corrupção, ante a preocupação cada vez maior com a impunidade dos agentes públicos, visando defender sempre a honestidade no exercício da função pública e, por fim, tutelando a manutenção de um contrato social estabelecido em bases legais.

No exercício de suas atividades os gestores públicos devem sempre zelar pela probidade para assim evitar uma futura responsabilização por atitudes que não condizem com aquela esperada com base nas previsões constitucionais dos princípios e valores da administração pública. A probidade significa o exercício de qualquer função pública com honestidade, moralidade e observando sempre a lei e os princípios que regem a Administração Pública, sem abusar das prerrogativas alusivas ao cargo público para obter vantagem ilícita, econômica ou não, para si ou para outrem, sem causar dano patrimonial ou financeiro na Administração Pública e sem empregar irregularmente as verbas públicas e abstendo-se da prática de desvio de finalidade ou de poder (FIGUEIREDO, 2004).

Para José Afonso da Silva, a probidade administrativa é uma espécie de moralidade administrativa que mereceu destaque especial da Constituição Federal de 1988, que pune o administrador ímprobo com a suspensão de direitos políticos. Segundo ele:

> A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.' O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade

> administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo (SILVA, 2021, p 649).

A Constituição Federal de 1988 inovou ao introduzir o Ato de Improbidade no capítulo da Administração Pública. Antes disso, no entanto, já havia no direito positivo brasileiro, desde longa data, legislação prevendo sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado (DI PIETRO, 2016).

Dentre todos os princípios da administração previstos na constituição, destaca-se neste trabalho o princípio da supremacia do interesse público que define privilégios jurídicos no sentido de superioridade do interesse da administração pública sobre o interesse do particular.

Trata-se de princípio que não está expresso no texto da Constituição, embora se encontre em inúmeras regras constitucionais, encontrando-se nos demais institutos de intervenção do estado na propriedade privada, além da desapropriação e da requisição para servidão administrativa (MARINELA, 2016). Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 96):

> Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providencias indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Basta vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente

> às vias judiciais para obtê-la. É a chamada auto executoriedade dos atos administrativos. Esta, contudo não de ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada.

Ao fim e a cabo a preocupação do constituinte com o bom andamento da gestão da coisa pública se traduziu na definição de improbidade administrativa e na Lei n. 8429/92. Ocorre que, em 2021, aconteceu a aprovação e entrada em vigor da Lei n. 14.230 que trouxe alterações significativas para o conteúdo da Lei da Improbidade Administrativa até então, ao ponto de ser chamada de nova Lei de Improbidade e tal como apontado por Marçal Justen Filho (2023, p. 13), as principais inovações são as seguintes:

> • a exigência do dolo, devidamente comprovado, para punição por improbidade;
> • o sancionamento por improbidade a entidades privadas que tenham recebido o benefício, incentivo ou vantagem de origem estatal;
> • a eliminação da sanção de perda do cargo ou mandato nas infrações do art. 11;
> • a restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para a prática de improbidade;
> • a instituição de uma ação judicial típica envolvendo a punição por improbidade com afastamento da aplicação do regime da ação civil pública;

- atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa privativa para ação de improbidade;
- a ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429;
- a vedação ao julgamento antecipado da lide nas hipóteses de condenação do réu;
- a fixação de prazo prescricional de 8 anos, computado a partir da data de consumação do ilícito;
- a previsão da prescrição intercorrente computado a partir do ajuizamento da ação de improbidade, com prazo de oito anos.

Acerca do alcance e da constitucionalidade da legislação foram propostas diversas ações de controle de constitucionalidade, dentre elas a ADI n. 7236, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) que teve medida liminar deferida em 27 de dezembro de 2022, suspendendo a eficácia de diversos dispositivos, em resumo:

- Suspensão do artigo 1º, parágrafo 8º, da LIA, que afastava a improbidade nos casos em que a conduta questionada se baseasse em entendimento controvertido nos Tribunais, uma vez que o critério é excessivamente amplo e gera insegurança jurídica;
- Outro dispositivo suspenso foi o artigo 12, parágrafo 1º, da LIA, que prevê que a perda da função pública atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza do agente com o poder público no momento da prática do ato, uma vez que a defesa da probidade administrativa impõe

a perda da função pública independentemente do cargo ocupado no momento da condenação;

• Suspensão do parágrafo 10 do artigo 12 estabelece que, na contagem do prazo de suspensão dos direitos políticos, o intervalo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória deve ser computado retroativamente, uma vez que tal regra afetaria a contagem de inelegibilidade que só pode ser tratada em Lei complementar por exigência constitucional;

• Suspensão do artigo 17-B parágrafo 3º, da LIA, que exige a manifestação do Tribunal de Contas competente, no prazo de 90 dias, para o cálculo do ressarcimento em caso de acordo de não persecução penal com o Ministério Público;

• Também foi suspensa a eficácia do artigo 21, parágrafo 4º da LIA que previa que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação por improbidade, afetando a independência que deve existir entre as instâncias;

• Suspensão do artigo 23-C da Lei, que dispõe que os atos que envolvam recursos públicos dos partidos políticos ou de suas fundações serão responsabilizados apenas nos termos da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995).

O foco deste artigo, conforme já mencionado, é trabalhar a previsão do artigo 23-C da Lei n. 14.230/2021 que previa que os partidos políticos somente seriam responsabilizados no âmbito das sanções da sua lei orgânica, a Lei n.

9.096/1995, que conforme vimos no capítulo anterior, se limitam ao plano do ressarcimento e multa, com responsabilização unicamente individual resguardada nas demais esferas para os dirigentes partidários, excluindo sanções aos partidos como pessoas jurídicas.

A suspensão do dispositivo promovida por decisão do STF foi acertada e coaduna-se com um regime de necessária *accountability* sobre as agremiações, que diante dos deveres e direitos ditados pela Constituição, devem ser fiscalizados e responsabilizados em todas as esferas necessárias, inclusive na esfera da improbidade administrativa.

4 A SUJEIÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 23-C da Lei n. 8429/1992 trouxe a seguinte previsão: "Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995" (BRASIL, 1992a), dispositivo esse que foi suspenso por decisão liminar do STF e que, por tal natureza precária, pode voltar a valer a depender da decisão futura adotada em plenário.

A suspensão foi correta uma vez que tal dispositivo trazia uma blindagem aos partidos políticos, uma vez que conforme visto no capítulo anterior, o regime de responsabilização da Lei dos Partidos Políticos é bastante limitado em termos de sanções para a gestão ilegal de recursos, em sua maioria, públicos.

Na Lei n. 9.096/95 existe ainda a previsão do §8º do artigo 32: "as decisões da Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas não ensejam, ainda que desaprovadas as contas, a inscrição dos dirigentes partidários no Cadastro Informativo dos Créditos não

Quitados do Setor Público Federal (Cadin)". Ou seja, além de insuficiente para responsabilizar os partidos como pessoa jurídica e os dirigentes partidários, existe uma ressalva de sanção ao prever a não anotação no Cadin daqueles dirigentes condenados em prestações desaprovadas, o que seria praticamente uma imunidade para os que fazem a gestão de dinheiro público em partidos políticos sem qualquer justificativa republicana ou democrática.

Não obstante, é comum que após aprovação de normas mais rígidas e regimes de responsabilização de partidos políticos ocorra a aprovação imediata de regras de transição que funcionam basicamente como anistias irrestritas para que partidos sigam fazendo a gestão de dinheiro público, o qual deveria ser direcionado para sustentação de um regime democrático saudável, como se recurso privado fosse, sob a bandeira de uma autonomia partidária que na prática se torna imunidade para prática de atos de improbidade e desvio de dinheiro público.

Para ter uma noção desses valores, apenas a título de Fundo Especial de Financiamento de Campanha, nas eleições de 2022, segundo dados do TSE, foram destinados R$ 4,9 bilhões de reais para partidos políticos. Já com relação ao fundo partidário, segundo dados também do TSE, em 2020, somente nos dez primeiros meses do ano, foram repassados aos partidos políticos R$ 827 milhões para financiamento de suas atividades. É uma quantidade de recurso significativa que fica à mercê de uma responsabilização débil e um sistema de proteção e blindagem de dirigentes, caso não se preveja a aplicação também da Lei de Improbidade, conforme era a intenção com o artigo suspenso 23-C da Lei de Improbidade Administrativa.

A matéria não era nova no âmbito dos tribunais, contudo sempre existiu uma resistência com a responsabilização de partidos no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, é possível identificar alguns julgados interessantes sobre a matéria, como a que prevê o enquadramento de agente público com relação aos partidos políticos:

> 1. Consideram-se agentes públicos, para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, quem 'ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função' em 'entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos'. Interpretação do art. 2o c/c art. 1o, parágrafo único, da Lei n. 8.429/93. 2. Partidos políticos que recebem recursos do orçamento geral da União, por meio do fundo partidário, pode ter seu presidente e tesoureiro submetidos à Lei de Improbidade Administrativa no que se refere à gestão das verbas públicas. [...] (BRASIL, 2017)

A competência para julgamento dessas ações de improbidade, diante da natureza dos valores envolvidos nos fundos eleitorais, fica a cargo da Justiça Federal pois, além de organização e fiscalização do processo eleitoral constituir serviço público da União, realizado pela Justiça Eleitoral, as verbas alocadas aos aludidos fundos eleitorais são originárias do Tesouro Nacional. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade administrativa sobre

> suposta malversação de verbas do Fundo Partidário, uma vez que os recursos foram recebidos da União e estão sujeitos à prestação de contas e ao controle da Justiça Eleitoral (CF, art. 109, I). [...] (BRASIL, 2019)

Sujeitos que apresentam tanta responsabilidade constitucional e que têm acesso à valores consideráveis de verbas públicas, não podem se esconder sob uma bandeira de autonomia e liberdade de organização quando a finalidade de tais princípios é justamente a de servir à democracia e à sociedade. A imunidade pensada por meio do artigo 23-C e que foi corretamente suspensa, não pode persistir em um estado democrático de direito, comprometido com a legalidade e a necessária responsabilização daqueles que ferem com a correta gestão da coisa pública.

5 CONCLUSÃO

Um dos principais fundamentos que auxilia na construção do objetivo deste artigo, qual seja o de defender a aplicabilidade do regime de improbidade para os partidos políticos e seus dirigentes, é o de que a administração pública não exerce suas atividades com a mesma liberdade e autonomia quanto os Particulares. A atuação dos particulares está baseada no princípio da autonomia da vontade, enquanto a atuação do Poder Público deve fundar-se nos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Nesse sentido o agente público não pode atuar com a mesma liberdade que atua o particular, ou seja, há que fazer somente aquilo que a lei lhe permitir, defendendo somente os interesses públicos. A par de entender que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado na forma

definida na legislação, isso não apaga a missão constitucional estabelecida para esses sujeitos, o que os coloca, em leitura finalística, como passíveis de enquadramento na Lei de Improbidade.

Considerando ainda o grau de importância dessa missão, qual seja, o de resguardar e proteger nossa democracia, os partidos políticos têm, ainda que privados, um espectro de respaldo constitucional que coloca sobre eles a necessidade de uma *accountability* ainda maior do que apenas a garantida pela legislação eleitoral.

Canotilho definia que a espinha dorsal de um estado democrático de direito é a democracia representativa, porque é através da escolha popular legítima e livre que consegue-se validar as decisões de um governo, um ciclo que se valida e se fecha em torno de eleições justas e transparente gestão da política, que necessariamente passa pela própria gestão dos partidos políticos.

Do ponto de vista internacional, inclusive o sistema interamericano, orientado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) baseia-se na democracia representativa como valor que justifica o bom andar do sistema político dos países que lhe compõe, incluindo o Brasil. O principal documento que fundamenta o sistema regional interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969, que prevê como direito humano fundamental o gozo irrestrito de direitos políticos em seu artigo 23:

> Artigo 23. Direitos políticos
> 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
> a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
> b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

> c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
> 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (BRASIL, 1992b)

Ainda dentro do sistema interamericano temos a Carta Democrática Interamericana (OEA,2001) que traz em seu artigo 3º a defesa da democracia representativa:

> Artigo 3
> São elementos essenciais da **democracia representativa**, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos. (grifo nosso).

Inicialmente, seria possível concluir de maneira precipitada que não existiriam, pela legislação internacional, limitações para o exercício de direitos políticos de maneira irrestrita e que, por consequência, sancionar partidos políticos, que em nosso ordenamento detêm o monopólio das candidaturas, seria de maneira indireta uma sanção aplicada nos cidadãos que gostariam de exercer sua capacidade eleitoral passiva naquela agremiação.

Todavia, não existem direitos absolutos no Direito, uma vez que todas as garantias se fundamentam em alguma base principiológica, que conforme visto em todo decorrer deste artigo, é uma base constitucional de democracia e república, que demanda respeito em uma via, para garantir direitos em outra. Devem as agremiações respeitarem não apenas seu sistema de responsabilização eleitoral, que conforme abordado traz consequências apenas na órbita dos repasses dos fundos eleitorais, deixando em aberto responsabilizações em outras esferas dirigidas unicamente para os dirigentes das agremiações, excluindo da responsabilidade as pessoas jurídicas que são os partidos. Igualmente verificou-se que nos últimos anos o recado passado para os partidos é o da anistia irrestrita em prol de manutenção do sistema político seguro, o que com a regra suspensa da Lei n. 14.230/2021 colocaria essas situações de desvio em um patamar de irresponsabilidade irrestrita.

Se partidos não respeitam os valores de legalidade e transparência em conformidade não apenas com a legislação eleitoral, mas com todo o ordenamento jurídico, devem essas agremiações serem sancionadas em todas as esferas possíveis como forma de assegurar a saúde do nosso sistema político e a garantia de eleições justas, igualitárias e pautadas na observância estrita de normas de direito e de princípios.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília, DF: UnB, 1983.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992**.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acessar em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.107**, de 24 de março de 2015. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre fusão de partidos políticos. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13107.htm#art2. Acesso em: 12 br. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo n. 20.249/RJ. **DJe,** t. 33, p. 55-56, 2017a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Apelação Cível n. 08020484020144058500**. Administrativo. Improbidade. Dirigentes de diretório de partido político. Gestor de recursos públicos. Fundo partidário. Legitimidade passiva. Irregularidades na prestação de contas. Má-fé e desonestidade. Inexistência de prova. Apelante: Norman Oliveira e outro. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto, 20 abr. 2017b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação Cível n. 00002848720134014300**. Processual Civil. Improbidade Administrativa. art. 11, caput, incisos i e vi, da Lei nº 8.429/92. Prestação de contas de verbas recebidas do fundo partidário. Ex-presidente de diretório regional de partido político. Ausência de dolo. Sentença mantida. Apelação não provida. Apelante: MPF. Apelado: José Santana Neto. Relatora: Des. Federal Mônica Sifuentes. Relator: Conv. Juiz Federal José Alexandre Franco, 18 dez. 2018, 21 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 14208**, de 28 de setembro de 2021. Altera a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para instituir as federações de partidos políticos. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14208.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTRO Alexandre de Moraes suspende parte de alterações da Lei de Improbidade Administrativa. **Portal STF**, 27 dez. 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499708&ori=1. Acesso em: 11 abr. 2023.

OEA. **Carta Democrática Interamericana**. Washington, DC: OEA, 2001. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. **Sociologia Política**. São Paulo: Difel, 1979.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.