

TEMAS PROCESSU- AIS, PROVA E PERSECU- ÇÃO PATRI- MONIAL

COLETÂNEA DE ARTIGOS

VOL. 6

**TEMAS PROCESSUAIS,
PROVA E PERSECUÇÃO
PATRIMONIAL**

Ministério Público Federal

Procuradora-Geral da República
Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República
Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral
Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal
Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal
Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral
Alexandre Camanho de Assis

Secretária-Geral Adjunta
Eloá Todarelli Junqueira



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

TEMAS PROCESSUAIS, PROVA E PERSECUÇÃO PATRIMONIAL

COLETÂNEA DE ARTIGOS

Volume.6

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

B823t

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2.

Temas processuais, prova e persecução patrimonial / coordenação e organização, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Wellington Cabral Saraiva – Brasília : MPF, 2019.

364 p. – (Coletânea de artigos ; v. 6)

ISBN 978-85-85257-45-3.

1. Persecução penal. 2. Prova (direito penal). 3. Crime contra a administração pública. 4. Combate à corrupção. 5. Delação premiada. I. Wellington... II. Título. III. Série.

CDDir 341.433

Elaborado por Isabella de Oliveira e Nóbrega – CRB 1/3131

Membros integrantes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen – coordenadora

Subprocuradora-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá

Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Subprocurador-Geral da República

Suplentes:

Márcia Noll Barboza

Procuradora Regional da República

Claudio Dutra Fontella

Procurador Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Procurador Regional da República

Tulio Borges de Carvalho

Secretário Executivo

Coordenação e Organização

2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Wellington Cabral Saraiva

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Fone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

SUMÁRIO

	Apresentação	7
1	Compatibilidade do Instituto da Colaboração Premiada com o Sistema Acusatório Brasileiro..... <i>Amanda Cheganças</i>	10
2	Reflexões sobre a autonomia do crime de sequestro em possível preparação de homicídio	30
	<i>Fausto Faustino de França Júnior</i>	
3	Atuação do Ministério Público diante dos conhecimentos fortuitos de prova em interceptações telefônicas.....	42
	<i>Gabriel Braga Camargos de Almeida</i>	
4	Procedimento Investigatório Criminal para apurar crime de lavagem de dinheiro.....	62
	<i>Maria Isabelle Vitorino de Freitas, Pedro Rodrigo Cavalcante Brandão, Daniel Pereira dos Santos</i>	
5	Discrecionariade Ministerial e Critérios Institucionais de Atuação	92
	<i>José Alexandre Pasqual, Márcia Noll Barboza</i>	
6	Homologação Judicial dos Acordos de Colaboração Premiada: análise dos limites de rescindibilidade	114
	<i>Lourrayne Garcia</i>	
7	Competência para julgamento do crime de contrabando de cigarros à luz do Interesse da União: análise crítica do Conflito de Competência nº 149.750	132
	<i>Lucas de Moraes Gualtieri</i>	
8	Aspectos gerais da Recuperação Patrimonial nos crimes de lavagem de capitais	166
	<i>Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro</i>	
9	Não há ônus de provar no Processo Penal Acusatório Democrático	182
	<i>Rogério José Bento Soares do Nascimento</i>	

10	Persecução Patrimonial por meio de investigação financeira	198
	<i>Tiago Misael de Jesus Martins</i>	
11	Competência Criminal Federal em Crimes Extraterritoriais: o Caso Manoelzinho entre França e Brasil	228
	<i>Vladimir Aras</i>	
12	Contraditório pleno entre as partes como Limitador Constitucional da Substitutividade Jurisdicional no Processo Penal	250
	<i>Wéberton Pereira da Cruz Silva, André Faria</i>	
13	Juiz de Garantias em prol de não impunidade: proteção social como efeito de Persecução Penal eficiente.....	278
	<i>Wéberton Pereira da Cruz Silva</i>	
14	Legalidade do acordo de não Persecução Penal: opção legítima de política criminal	298
	<i>Renee do Ó Souza, Rogério Sanches Cunha</i>	
15	Audiência de Custódia: análise de Mérito e Valor Probatório.....	310
	<i>Cibele Benevides Guedes da Fonseca</i>	
16	Jurisdição Penal com pés de barro: “Ordem Pública” no imaginário Sistema Punitivista Brasileiro	332
	<i>Mariana Coelho Cantú</i>	
17	Natureza não jurídica da atividade policial e papel do Ministério Público.....	342
	<i>Wellington Cabral Saraiva</i>	

APRESENTAÇÃO

Um dos avanços da Constituição da República de 1988 consistiu em proclamar, de maneira mais clara, o princípio acusatório e o papel do Ministério Público como titular da persecução penal, no art. 129, inciso I. Não chegou a adotar o princípio acusatório puro nem usou a denominação explícita do princípio, mas, diante do sistema constitucional, essa opção do legislador constituinte é evidente.

Mesmo depois de mais de trinta anos de promulgada a Constituição, resistem na legislação, na jurisprudência e em importante porção da cultura jurídica nacional normas pré-constitucionais incompatíveis com o sistema constitucional e inclinações hermenêuticas de não lhe conferir a máxima efetividade com que deveria ser interpretado.

A iniciativa da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, especializada em matéria criminal, de lançar esta obra coletiva justifica-se pela variedade de temas relevantes do Processo Penal brasileiro ainda objeto de polêmica e pendentes de reflexão por parte de profissionais e outros estudiosos, mesmo após algumas décadas de vigência do novo regime constitucional. Nesse quadro, convidou autoras e autores de textos que pudessem trazer contribuição acerca das muitas nuances da persecução criminal.

Ao mesmo tempo que subsistem normas anacrônicas, como é o caso de grande parte do Código de Processo Penal, novos institutos são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo das audiências de custódia, previstas no artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), mas só concretamente adotadas após a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.

Outra novidade destacada no cenário processual penal foi a previsão mais detalhada das colaborações premiadas, no art. 4º da Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013), as quais têm sido fundamentais para desbaratar esquemas sofisticados de corrupção. Os casos mais célebres de emprego bem-sucedido de colaboração premiada são os processos conhecidos como “Operação Lava Jato”, capitaneados pelo Ministério Público Federal em diferentes estados, com apoio essencial de outros órgãos envolvidos no combate à corrupção. Essa modalidade de justiça penal consensual já era prevista, de forma embrionária e assistemática, em outras normas (no mínimo desde a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos). Antes da Lei 12.850/2013, todavia, foram raros e tímidos os casos em que o instituto foi posto em prática.


Há temas analisados aqui só recentemente normatizados no país, como os acordos de não persecução penal (ANPP), tratados pela Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, com as alterações da Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas da instância máxima de controle administrativo e financeiro do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Cuida-se de outra importante ferramenta de justiça consensuada, cujo embrião no direito positivo nacional foi a transação penal, regida pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. No artigo que compõe esta publicação, esse tema é visto sob a perspectiva de outra matéria controversa, que é a extensão (e a própria existência) do princípio da obrigatoriedade da ação penal para o Ministério Público. Esse princípio, aliás, é examinado mais detidamente em outro artigo, em sua relação com a discricionariedade do Ministério Público na promoção de ações penais, por imposição da realidade, por busca de racionalidade em sua atuação e por pura e simples impossibilidade de atuar eficazmente em todas as notícias de fatos que lhe chegam às mãos.

Diversas outras abordagens valiosas enriquecem este volume, relativas a temas importantes, como o princípio do contraditório, o juiz de garantias, o sequestro como preparação de homicídio, a persecução patrimonial no combate à criminalidade, o caráter não jurídico da atividade de investigação policial, a descoberta fortuita em interceptações telefônicas, o procedimento investigatório criminal (PIC), utilizado pelo Ministério Público para investigação direta de infrações penais; a competência para julgamento do delito de contrabando de cigarros, por seus reflexos na administração tributária federal e no comércio exterior; uma aproximação do conceito de ordem pública, referido no art. 312 do CPP como uma das hipóteses de cabimento de prisão preventiva; e, por fim, o tema muito relevante da competência para processar crimes extraterritoriais, cometidos no exterior por brasileiros natos (não extraditáveis).

O Ministério Público Federal espera que esta publicação suscite reflexões e contribua para elucidar e amadurecer a discussão acerca de temas jurídicos tão importantes quanto instigantes.

Recife, abril de 2019.

Wellington Cabral Saraiva
Procurador Regional da República

 COMPATIBILIDADE DO
INSTITUTO DA COLABORAÇÃO
PREMIADA COM O SISTEMA
ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Amanda Cheganças¹

Resumo: Observando o aumento da criminalidade e a ineficiência das técnicas investigativas, foi necessário que nosso ordenamento jurídico se adaptasse à nova realidade no combate ao crime organizado. A colaboração premiada como meio de obtenção de provas surge para ajudar no combate ao crime organizado, possibilitando acesso a informações que antes não seriam possíveis. O Estado, em vez de punir severamente o autor de um crime, opta por punir todos os coautores, de modo diferente. Todavia, não pode o Estado fazê-lo arbitrariamente. A Lei nº 12.850/2013 define os contornos do procedimento da colaboração premiada. O sistema processual serve como norte na interpretação desse instituto e deve com ele ser compatibilizado. O presente trabalho faz uma breve análise sobre o sistema acusatório processual penal brasileiro e sua compatibilidade com o procedimento da colaboração premiada, principalmente no tocante à gestão probatória.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Delação. Sistema acusatório. Ministério Público. Compatibilidade. Sistema inquisitório.

Abstract: *Looking over the increase of crime and the inefficiency of our investigating techniques some adjustment was necessary to our legal order in the fight against organized crime. Plea agreement as a means of obtaining and gathering evidence is a way to face organized crime and to allow access to information which would be unavailable. The state determines if an agreement with the defendant is reasonable in exchange of lesser charges and the ability to prosecute other criminals, instead of not negotiating and just punishing the defendant. However, the prosecution cannot do it arbitrarily. The federal law 12.850/2013 defines the plea bargain procedure. The adversarial system works as a principle when interpreting the law. This paper provides an analysis of which system the Brazilian criminal procedure adopted and how it is compatible with the plea agreement, especially the powers of judges to control the deal.*

Keywords: *Plea agreement. Plea. Adversarial System. Prosecutors. Compatibility. Inquisitorial System.*

1 INTRODUÇÃO

A sociedade possui como característica a adaptabilidade, está sempre buscando se aperfeiçoar. Não seria diferente com a criminalidade. O aperfeiçoamento dos delitos

¹ Advogada. Especialista em Processo Penal – Escola Paulista da Magistratura (Santos/SP), março de 2018.

leva à otimização das técnicas de investigação, de combate ao crime e a uma diferente política criminal.

Os crimes deixaram de ofender apenas bens individuais e afetam cada dia mais a coletividade, em detrimento do favorecimento financeiro de alguns. A corrupção passou a ser endêmica, está enraizada na cultura popular do país a obtenção de vantagem. No combate a essa criminalidade não seria diferente, mostrando-se necessário que haja algum benefício para alguém.

Nesse contexto surge o instituto da colaboração premiada, o qual, por meio de informações prestadas pelo colaborador, permite que o Estado puna o maior número de coautores, previna novas infrações, localize vítimas com a integridade física preservada e identifique os proveitos da infração, entre outros, a depender do caso, oferecendo ao colaborador um prêmio. Assim, o Estado consegue, de forma eficaz, dismantelar e punir toda uma organização criminoso, combatendo-a desde o executor até o autor intelectual/mandante.

No âmbito jurídico, a discussão a respeito do tema considera desde a compatibilidade com a atual Constituição cidadã, permeando ética e moralidade, até a análise da compatibilidade com o Código de Processo Penal.

Entre tantos possíveis temas, optou-se pela compatibilidade do instituto da colaboração premiada com o sistema acusatório brasileiro, pois o sistema processual penal adotado em nosso ordenamento ainda é objeto de debate na doutrina.

Até que ponto estão separadas as funções de órgão acusador e julgador? Qual a legitimidade do órgão acusador para dispor sobre a persecução penal, que é apenas quem tem competência para a ação, para concretizar o *jus puniendi* do Estado? Qual a atuação do julgador no acordo e seus efeitos?

Este artigo discorre sobre a atuação do magistrado na gestão probatória, que é uma das características que distinguem o sistema acusatório do inquisitivo, e analisa especialmente a função do magistrado nos acordos de colaboração.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os sistemas processuais penais representam um ordenamento lógico de resolução das demandas penais e se baseiam nos princípios constitucionais adotados pela Cons-

tituição. Existem três tipos: o processo penal acusatório, o processo penal inquisitivo e o processo penal misto, também chamado de acusatório formal.

2.1 Sistema acusatório

O sistema acusatório baseia-se na paridade de armas; no contraditório; na publicidade processual; na igualdade de direitos e obrigações; na iniciativa probatória conferida às partes; na ausência de uma regra probatória, pautando-se o julgador no convencimento motivado; na possibilidade de impugnação das decisões, em recursos, e essencialmente na distinção das funções de órgão julgador, defensor e acusador.

A atribuição a pessoas distintas serve como garantia ao cidadão, sendo vedado ao magistrado iniciar o processo penal sem provocação das partes (*ne procedat iudex ex officio*), de modo que não existe possibilidade do processo judicialiforme. A iniciativa resta à acusação; em regra, em nosso ordenamento, é atribuição do Ministério Público (*ius ut procedatur*), porém, a depender do crime, compete ao ofendido, na hipótese de ação penal pública de iniciativa privada.

A pedra de toque do sistema acusatório é a distinção da função de acusação e julgador, bem como a gestão de provas, pois são características que permitem que prevaleça a imparcialidade. No processo penal acusatório, segundo Aury Lopes Jr. (p. 45) a separação de funções deve permear todo o processo, para que se garanta efetivamente a imparcialidade.

2.2 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo é o oposto do acusatório, uma vez que as funções de acusar e julgar competem ao juiz, ou seja, concentram-se na mão de um só. Nesse sistema, o magistrado pode iniciar o processo, participar da instrução probatória e julgar, de maneira que seria competente para exercer funções antagônicas.

O sistema inquisitivo não prioriza a isenção do magistrado e a igualdade processual. O juiz poderia requerer provas, independentemente da acusação, até porque o próprio juiz, de ofício, pode iniciar o processo. Esse sistema pugna pela privacidade, não é público, não obedece às regras de contraditório e ampla defesa.

Segundo Tourinho Filho, o nascimento do processo inquisitivo se deu em Roma e na Idade Média. Com influência da igreja católica, era presente em quase toda a Europa, pois era extremamente favorável aos soberanos (2013, p. 79).

2.3 Sistema misto

O sistema misto possui três fases: investigação preliminar a cargo da Polícia Judiciária; instrução preparatória a cargo do magistrado instrutor; e julgamento.

Em divergência, Aury Lopes Jr. pondera que se baseia em apenas duas fases, a fase pré-processual e a processual. Ambos os posicionamentos ensinam que apenas ocorre contraditório na fase de julgamento, não participando a defesa das duas fases iniciais. Assim, a depender do momento analisado, aproxima-se do sistema inquisitivo ou acusatório, possui garantias como contraditório e ampla defesa, todavia o magistrado ainda guarda grandes poderes na gestão da prova.

A doutrina é praticamente uníssona ao dispor que, a bem da verdade, não existe sistema puro, mas sistemas com características predominantes.

Aury Lopes Jr. e Jacinto Coutinho (p. 46-47) defendem a impossibilidade de existência de um sistema misto, pois o sistema é um só, e a prevalência ora por uma característica do sistema acusatório, ora por outra do sistema inquisitório seria empréstimo de elemento de um sistema a outro; defendem também que, na verdade, todos os sistemas seriam mistos, pois, como mencionado, nenhum é puro.

2.4 O Sistema processual penal brasileiro

Conforme a Constituição de 1988, o sistema acusatório é o adotado em nosso ordenamento processual penal, pois a legitimidade da ação penal compete ao Ministério Público (art. 129).² Exige-se separação das funções de acusar e julgar, bem como se exige a garantia do juiz natural e respeito ao contraditório.

2 "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

Corroborando o mencionado está o art. 8 do Pacto de São José da Costa Rica,³ que garante julgamento por juiz imparcial e presunção de inocência:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um *juiz ou tribunal competente, independente e imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]. (*grifo nosso*)

Todavia, não adotamos um sistema acusatório puro ou ortodoxo, uma vez que este inexistente, sendo evidente a presença dos resquícios do sistema inquisitivo.

Apesar das diversas reformas legislativas, a base do nosso Código de Processo Penal é de 1941 (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) e foi elaborado inspirando-se no Código de Processo Penal Italiano (Rocco). Com o advento da Constituição de 1988, que prioriza a dignidade humana, impõe limites ao poder estatal e valoriza o diálogo com o direito internacional dos direitos humanos, restaram necessárias a readequação e a reinterpretção do nosso sistema.

A redação original previa exatamente a ideia de superioridade do magistrado em detrimento das demais partes, tanto que existia no Brasil o processo judicialiforme.

É evidente que ainda possuímos traços fortes do sistema inquisitivo, a saber: possibilidade de o juiz decretar medidas cautelares pessoais e materiais de ofício (art. 311 do CPP⁴); concessão de *habeas corpus* de ofício; iniciativa probatória conferida ao magistrado (art. 156 do CPP);⁵ prolação de sentença condenatória, ainda que o Ministério

3 Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 fev. 2018.

4 “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

5 “Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...]”.

Público pugne por absolvição do acusado na ação penal pública (art. 385 do CPP⁶); e prova tarifada.

Guilherme Nucci, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, entende que o Brasil adota o sistema misto, tendo a Carta Magna delineado os princípios do sistema acusatório, porém o nosso Código de Processo Penal estaria mais próximo das regras do sistema inquisitivo (2016, p. 76). Na persecução penal atual, durante o inquérito policial vigem todas as regras do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento escrito), sendo célere pela efetividade. Apenas após deflagração da ação penal é que as regras do sistema acusatório (ampla defesa, contraditório, publicidade, presunção de inocência) são observadas.

Decisões do Supremo Tribunal Federal vêm corroborando a doutrina majoritária e reiterando diversas vezes, como *obiter dictum*, que o processo penal adota o sistema acusatório. O marco desse entendimento foi o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.570/DF,⁷ na qual o Supremo inadmitiu a aplicação do art. 26 do CPP, em razão da incompatibilidade com a Constituição e o sistema acusatório. Em julgados mais recentes, como na ADI 5.104/DF e na medida cautelar na ADI 4.693/BA, o STF reiterou que adotamos o sistema acusatório. *Vide* trecho de decisão liminar do min. Alexandre de Moraes, neste último julgado:

O dispositivo regimental impugnado inova em matéria processual penal, normatizando em sentido contrário ao previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, ao determinar que, havendo indício da prática de crime por parte de magistrado, uma vez encerrada a investigação ocorrida sob a direção de membro do Poder Judiciário e elaborado o relatório, o julgamento dos autos será realizado pelo Tribunal Pleno, sem qualquer prévia participação do titular da ação penal, ocasião em que poderão ocorrer duas

6 "Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada."

7 "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERALE E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte." BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 1.570/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 12 de fevereiro de 2004. **Diário da Justiça**, 22 out. 2004, p. 4; RDDP, n. 24, 2005, p. 137-146; RTJ, v. 192(3), p. 838).

hipóteses: (I) concluindo o Tribunal Pleno pela existência de crime em tese, dar-se-á a remessa dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível; (II) concluindo o Tribunal Pleno pela inconsistência da imputação, determinará com relação ao magistrado o arquivamento dos autos, dando ciência ao Procurador-Geral de Justiça e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados. A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento. A norma impugnada, como visto, estatui que, havendo indício de prática de crime por magistrado, concluídas as investigações, os autos sejam postos em julgamento no âmbito do Poder Judiciário, que poderá, se concluir pela inconsistência da imputação, determinar, desde logo, o arquivamento dos autos em relação ao Magistrado, independentemente de qualquer ciência, análise ou manifestação prévia do titular da ação penal pública – Ministério Público – nesse sentido.

Em juízo de cognição sumária, tenho que o preceito em questão não condiz com o sistema acusatório, ao atribuir ao Tribunal de Justiça a formação da *opinio delicti*, afrontando a regra constitucional do art. 129, I, da Constituição Federal. Este é, inclusive, o pacífico entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao reconhecer que, em regra, em virtude da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, expressamente prevista no citado art. 129, I, da Constituição Federal, o ordenamento jurídico não possibilita o arquivamento *ex officio* de investigações criminais pela autoridade judicial (Inq 4.045 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19/6/2017; HC 93.921 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1/2/2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/9/2016), como está previsto no regimento interno ora impugnado.

[...]

Diante de todo o exposto, nos termos dos artigos 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99 e 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA, ad referendum do Plenário, DETERMINANDO A IMEDIATA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA do parágrafo único do art. 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia.” (STF, Min. Alexandre de Moraes, ADI 4693/BA MC, d. em 10.2017)

Reforçando o entendimento pelo sistema acusatório, em nosso ordenamento está a Convenção de Brasília, a qual prevê em seu item 2 que “*O princípio acusatório no processo penal brasileiro, segundo modelo adversarial, deve permitir a todos os sujeitos processuais observar e fazer respeitar os direitos de acusados, das vítimas e da sociedade*”.

Os princípios 10 e 11 das Regras de Havana de 1990 dispõem sobre a função do Ministério Público no processo penal e consolidam o postulado acusatório:

10. As funções dos magistrados do Ministério Público deverão ser rigorosamente separadas das funções de juiz.

11. Os magistrados do Ministério Público desempenham um papel activo no processo penal, nomeadamente na dedução de acusação e, quando a lei ou a prática nacionais o autorizam, nos inquéritos penais, no controlo da legalidade destes inquéritos, no controlo da execução das decisões judiciais e no exercício de outras funções enquanto representantes do interesse público.

O sistema acusatório é um modelo de carácter contraditório. As partes produzem provas diante de um juiz imparcial, a quem cabe julgar a causa, fundamentando-se no que lhe foi apresentado. O promotor não julga; o juiz não acusa nem condena sem acusação.

Segundo Vladimir Aras,⁸ o Brasil é o país mais distante da implantação do processo penal fundado na paridade de armas e no diálogo contraditório. Considera que vige em nosso ordenamento um sistema acusatório meramente formal (misto). Entende ainda aquele membro do Ministério Público Federal que não tem respaldo constitucional o art. 385 do CPP, pois cabe privativamente ao Ministério Público *processar* alguém, e ao julgador compete se manter inerte, como garantidor dos direitos fundamentais do acusado. Assim, se o *Parquet* pugna por absolvição do acusado, não pode o magistrado condená-lo.

3 A COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova pelo qual o colaborador relata informações durante a investigação ou persecução penal que culminam na identificação dos demais coautores ou partícipes dos crimes e demais infrações penais, na revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa, na prevenção de infrações penais a serem praticadas pela organização, na recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações, na localização de eventual vítima em plenas condições físicas (art. 4º da Lei nº 12.850/2013).

⁸ Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Esse instituto foi regulamentado no Brasil pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre organização criminosa, investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimentos. A regulamentação decorreu da necessidade de obter instrumento aliado no combate ao crime organizado e foi inspirado no direito comparado.

Essa lei está em nosso ordenamento em paralelo à Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), porém possui elementos distintos para caracterizar organizações criminosas.

Nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/2013, considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada por divisão de tarefas, ainda que informalmente, objetivando obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, por meio da prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional.

Em síntese, uma organização criminosa depende da vontade de associação de quatro ou mais pessoas para finalidade comum, não permitida por lei. A estrutura ordenada da associação pela divisão de tarefas prescinde de formal estabelecimento, podendo ser por meio de tarefas distribuídas, diretamente ou indiretamente, em grau de igualdade ou superioridade, sendo importante a finalidade de obter vantagem. Essa vantagem pode ser pecuniária, pessoal, material ou imaterial, de qualquer natureza, pouco importa, basta que seja benéfica a alguém. As tarefas são infrações penais punidas com pena máxima superior a quatro anos ou de caráter transnacional. Isso se dá em razão da magnitude do delito.

A colaboração premiada se insere no âmbito da justiça negocial, com fundamento na insuficiência estatal no aparelhamento e combate ao crime organizado. Marcos Paulo Dutra Santos considera que, embora possa vir a caracterizar negócio jurídico-processual despenalizador, é, em verdade, punitivo, pois visa à punição do maior número de envolvidos possível (2017, p. 31).

Justamente por possibilitar a não penalização, essa lei se aplica apenas a crimes mais graves. Em regra, os crimes mais graves e cometidos por organizações criminosas ofendem a toda a coletividade e geram necessidade de atuação mais efetiva do Estado.

A doutrina ainda não é uníssona em relação à natureza jurídica, mas decisões judiciais recentes vêm considerando a colaboração premiada como negócio jurídico-processual personalíssimo, reputado como meio de obtenção de elementos de prova.

No HC 127.483/PR, decorrente da Operação Lava Jato, julgado pelo Plenário do STF, ponderou-se o seguinte:

[...] A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração [...].

Uma vez aceita a proposta formulada pela outra parte há o acordo. Para que este exista, é necessário o preenchimento dos requisitos do art. 6º da Lei nº 12.850/2013,⁹ com relato da colaboração e seus possíveis resultados; condições da proposta ofertada pelo Ministério Público ou delegado de polícia; declaração de aceitação do colaborador assistido por seu defensor; assinatura das partes. Ainda será possível especificar no acordo medidas de proteção ao colaborador e sua família.

No mencionado acórdão, o STF esclareceu que serão considerados os requisitos do Código Civil para existência do negócio jurídico, ou seja, o acordo deve obedecer aos três planos: existência, validade e eficácia.

No tocante à validade, a lei dispõe que deve haver voluntariedade, regularidade e legalidade do acordo. O Supremo entendeu que a declaração de vontade deve resultar de processo volitivo, consciente, com liberdade, sem má-fé, e o objeto deve ser lícito, possível e determinado.

O colaborador não deve ser coagido a realizar o acordo. Para tanto, é possível que o magistrado realize audiência para ouvir o possível colaborador e seu defensor, não sendo permitida participação do Ministério Público.

9 “Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.”

Superadas existência e validade, passa-se à análise da eficácia. O acordo só será válido se homologado por magistrado. Conforme ainda será abordado, essa homologação é apenas para verificar a regularidade, a voluntariedade e a legalidade, não tecendo o magistrado análise sobre o conteúdo ou mérito.

Em síntese e à luz do entendimento do STF, é, em verdade, um negócio jurídico-processual, um acordo escrito entre o acusado e o Estado, condicionado a homologação do juízo competente. A colaboração é personalíssima e exprime um meio de autodefesa do acusado, porém é *ultra partes*.

O acordo de colaboração possui viés processual e material, com natureza híbrida, repercutindo no direito material do acusado. Ademais, é evidente que, concretizada a colaboração e obtidos os resultados pretendidos, passa a ser direito público subjetivo do colaborador.

Como meio de obtenção de prova, a palavra do colaborador, por si só, não basta para comprovação dos fatos, será necessário que o que ele disser seja apurado.

Informações prestadas pelo colaborador são consideradas provas indiciárias, ou seja, necessitam ser corroboradas por outras provas, não sendo suficientes a ensejar condenação. Depreende-se da leitura do art. 239 do Código de Processo Penal que a colaboração pode ser na verdade um indício: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

4 A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E A COLABORAÇÃO PREMIADA

A legitimidade do Ministério Público para dar início à persecução penal está intimamente relacionada à existência, à validade e à eficácia dos acordos e seus benefícios. É o sistema acusatório que legitima essa atribuição do *Parquet*. A divisão das funções de acusar, julgar e defender permite que a Instituição opte pela concessão de um prêmio ao colaborador em detrimento de informações relevantes.

O acordo de colaboração, em regra, reforça o princípio da indivisibilidade, o qual consiste em que todos aqueles que contribuíram para o delito devem ser processados, desde que exista justa causa. Trata-se de aspecto subjetivo da obrigatoriedade da ação penal. Excepcionalmente, pode o acordo de colaboração premiada mitigar esse princípio,

na hipótese de as informações prestadas serem tão relevantes a ponto de o colaborador não ser denunciado, caso não seja líder de organização criminosa.

Se o titular da ação penal não pudesse dispor de seu direito, verificando o que é melhor para a sociedade, sem intervenção do magistrado (juiz), restaria inviável o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição¹⁰).

A contratualização e a negociabilidade passaram a estar em evidência no processo penal, o qual é regido pelo interesse público. Essa convencionalidade decorre do que vem acontecendo em outros ramos do direito, como se verifica dos acordos de leniência nas infrações à ordem econômica, dos acordos sobre matérias processuais segundo o CPC de 2015 e dos termos de ajustamento de conduta, entre outros.

É inegável que o acordo de colaboração premiada traz diversos pontos favoráveis à sociedade. Quando se faz ponderação de interesses entre a paz social e a colaboração do indivíduo, por meio da obtenção de benefícios, há que prevalecer a sociedade como um todo. Essa técnica especial de investigação e meio de obtenção de elementos de provas se mostra cada dia mais eficaz e indispensável ao combate da crescente criminalidade organizada. A presença de pessoas com grande poder econômico-financeiro e influência nos poderes públicos, a divisão hierárquica bem estruturada, entre outros aspectos, dificultam o desmantelamento das organizações.

As leis devem acompanhar a realidade social e a sofisticação criminosa. Isso se dá por ausência de uma polícia eficaz, ausência de técnica investigativa e não investimento do Estado nos órgãos policiais. Em ponderação de interesses se mostra mais benéfico à sociedade não apenar o colaborador de modo tão rigoroso, tendo em vista que ele pode fornecer informações úteis que podem culminar no desmantelamento de uma organização, na prevenção de outras infrações e no ressarcimento dos cofres públicos, entre outros benefícios.

Isso se relaciona com a denominada Teoria das Janelas Quebradas, desenvolvida pela Escola de Chicago, a qual, em síntese, ensina que um comportamento delituoso pode dar origem a vários delitos e que todo crime deve ser reprimido, sob pena de impul-

10 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

sionar outros, até mais graves, quando ausente controle estatal. Como essa teoria adota tolerância zero à criminalidade, poderia entrar em conflito com a colaboração premiada. Porém, na verdade, ela corrobora a teoria. Se a sociedade não se sente amparada pelo Poder Público, se o percebe ausente e que os governantes agem em benefício próprio, em razão da não punição ocorre reação em cadeia, aumento da criminalidade, desrespeito às instituições, descrença no Poder Judiciário e a certeza de que os cidadãos podem fazer o que bem entenderem, pois não serão punidos.

Nos termos do art. 127 da CF¹¹ e do art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), compete ao *Parquet* a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assegurar os direitos previstos na Carta Magna e zelar pelos princípios constitucionais relativos à segurança pública (arts. 2º e 5º, II, e, da Lei Orgânica do Ministério Público da União – Lei Complementar nº 75/1993).

Além de o sistema acusatório permitir essa disponibilidade, a imparcialidade do julgador na elaboração do acordo legitima esse sistema. Na homologação, o magistrado apenas verifica legalidade e regularidade, não adentra exame do mérito das informações prestadas, pois essas podem culminar em prejulgamento do caso e, se valorasse as informações previamente, sua sentença provavelmente seria contaminada.

Conforme o Código de Processo Penal, o magistrado como destinatário das provas pode influir nelas, de ofício. Em que pese a divergência sobre qual sistema adotamos, a verdade é que a colaboração respeita o sistema acusatório, quando se trata da produção de prova.

Não parece, porém, compatível com o sistema acusatório a legitimidade da autoridade policial para realização de acordo de colaboração premiada. A competência da polícia se limita à apuração da autoria e materialidade delitivas. O Ministério Público possui, à luz do art. 129, I e VII, da Carta Magna,¹² a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma de lei, e de exercer controle externo da atividade policial. Esse poder de investigação do Ministério Público diz respeito à função institucional-meio e decorre de sua atividade-fim.

Segundo Jacinto de Miranda Coutinho, no artigo “Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos”, para que o Brasil importasse o instituto da delação

11 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

12 *Vide nota 2.*

premiada, seria lógico mudar o sistema processual. Alega que vige um super-sistema inquisitório que ofende os direitos e garantias individuais e os princípios que os fundamentam. Defende que o juiz passou a assumir papel essencial no combate ao crime, ofendendo o princípio da imparcialidade, e seria necessário que o Poder Legislativo dispusesse sobre a matéria e compatibilizasse o instituto da delação premiada com o sistema inquisitório que se pratica, de modo que não ocorram os abusos que entende serem praticados.

Destaca-se uma manifestação de 15 de janeiro de 2018, de Luigi Ferrajoli,¹³ preocupado com o julgamento do ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, contra quem foi articulada uma campanha midiática, organizada por magistrados que manifestaram prejulgamento sobre os fatos. No tocante às delações premiadas, entende ter ocorrido ativa atuação dos magistrados, o que gerou desequilíbrio e tendencioso julgamento.

No entanto, não procedem os posicionamentos referidos. O intuito da Constituição foi a adoção do sistema acusatório, e é verdade que se mostra necessária reforma legislativa em determinados aspectos. Todavia, infelizmente, somos reféns de um Congresso Nacional que se mostra mais interessado em agir apenas em benefício próprio. Ao se verificar lacuna ou incompatibilidade com a Constituição Federal, cabe às partes fazer com que o magistrado interprete conforme a Constituição ou declare de modo incidental a inconstitucionalidade da lei, ou provocar os órgãos competentes para promoção dos remédios constitucionais adequados (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

Em que pese a discussão sobre qual sistema é o adotado pelo ordenamento, a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013 se mostra essencialmente compatível com o sistema acusatório, ainda que puro. Além dos motivos já expostos, a colaboração está de acordo com o princípio do contraditório e com outros que se referem aos direitos do acusado.

Ao prever que é necessária defesa técnica, há salvaguarda dos direitos do acusado, não havendo renúncia por tempo indeterminado ou supressão arbitrária de direitos. O acusado, ao colaborar, apenas escolhe não se defender utilizando o direito ao silêncio.

O que vem ocorrendo na nossa sociedade é um garantismo hiperbólico monocular, que consiste na garantia excessiva, desproporcional, apenas dos direitos fundamentais do réu, desequilibrando o processo penal.

13 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lula-ausencia-impressionante.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Nosso legislador adota o garantismo integral, que consiste na aplicação dos direitos penal e processual penal, resguardando os direitos fundamentais, seja do acusado, seja da sociedade, com uma dimensão positiva e uma negativa. A dimensão negativa consiste na proibição do excesso, não se pode punir mais do que o necessário para proteção do bem jurídico; a dimensão positiva é a proibição da proteção deficiente, a lei não pode ser insuficiente na tutela do bem jurídico.

Nessa ordem de ideias, pelo princípio da proporcionalidade, a colaboração premiada atende aos anseios de uma política criminal e de um processo penal pautados no garantismo integral. Qualquer interpretação diversa é forma de utilizar um instituto benéfico ao acusado de forma contrária a ele.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso sistema processual penal ainda demanda debates doutrinários. Em que pese o fato de a Constituição optar pelo sistema acusatório, corroborado em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, é evidente que o magistrado ainda possui influência na gestão probatória.

O processo penal acusatório é pautado pela distinção das funções de acusar e julgar e pela gestão probatória confiada às partes, mantendo o magistrado posição equidistante. Nosso sistema inicialmente respeita essas características, porém, em determinados momentos, passa o magistrado a assumir posição mais relevante, não tão inerte.

A verdade é que a nossa legislação é retalhada. Para ser compreendida demanda muito mais do que interpretação literal: devemos considerar a época em que foi elaborada, entre outros aspectos.

Em paralelo a isso, a globalização e grandes esquemas criminosos levaram a outras técnicas de investigação e repressão. Para que os meios sejam eficientes, é necessário inteligência policial e uso de outras técnicas de investigação que podem adentrar um pouco mais na esfera da intimidade do indivíduo, fazendo surgir conflitos entre o direito do acusado e o poder estatal.

A colaboração premiada é técnica investigativa que vem permitindo ao Estado punir todos os integrantes de organizações criminosas. A liquidez da informação corroborada por outros meios de prova é essencial para a eficácia do combate ao crime organizado.

A Operação Lava Jato demonstra a importância de uma técnica eficaz. Por meio dessa operação vêm emergindo os aspectos mais obscuros da nossa política. O início da operação decorreu da busca e apreensão de um veículo e se fossem utilizados os meios convencionais de investigação não seria possível chegar à condenação de grandes empresários.

As negociações criminais do modo como vêm se desenvolvendo em nosso ordenamento são compatíveis com o atual sistema acusatório. O magistrado não participa das negociações, apenas as homologa, analisando a regularidade e formalidade, e, ao manter-se distante do mérito das informações prestadas, é evidente o respeito ao sistema acusatório.

No tocante à legitimidade da autoridade policial para elaboração de acordo de colaboração premiada, acreditamos que vai de encontro ao sistema acusatório. Não é possível que autoridade policial, de forma exclusiva, negocie sobre o de que não pode dispor. No Brasil ainda se adota investigação pautada no inquérito policial, o que torna custosa, burocrática e morosa uma investigação efetiva.

Os crimes se tornaram tão comuns que a população passou a desacreditar na efetividade da polícia, nos órgãos públicos, pois as organizações agem como poder paralelo. Vivemos momento ímpar na política brasileira, o descrédito da população nos governantes que há anos agem apenas para si e sempre foram impunes não mais se sustenta. Obviamente, isso não decorre apenas das colaborações premiadas, mas da alteração de todo um sistema, envolvendo desde a interpretação da Constituição, no tocante às prerrogativas dos membros do Poder Legislativo, passando pelo acesso à informação, até o avanço na justiça negocial penal.

Devem-se analisar não só as consequências dos crimes praticados pelo colaborador, mas as consequências do combate ao crime. É razoável, por exemplo, não conceder redução de pena a uma pessoa que colabora concedendo informações sobre um esquema de favorecimento a determinadas empresas em licitações públicas com desvio de verbas públicas, no qual está envolvida? Seria realmente efetivo aprisionar o colaborador? Ou seria mais benéfico desmantelamento de toda a organização, punição dos mandantes, recuperação das verbas públicas que deveriam ser destinadas à população, entre outros benefícios?

Sustentar a incompatibilidade da colaboração com o sistema, por capricho, observando apenas os direitos do acusado e não o direito da sociedade como um todo não parece o intuito de um Estado democrático de direito e pode gerar condições sociais mais favoráveis ao cometimento de delitos.

Cada caso demanda análise pormenorizada, não é todo acordo de colaboração que se mostra mais benéfico à sociedade do que ao colaborador. Em razão da história de nosso país, é compreensível o receio de alguns, pois se hoje é o direito do outro, amanhã pode ser o seu. Porém o que não se pode mais é permitir que apenas os direitos do acusado prevaleçam, mesmo que em detrimento do bem comum.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Judiciário também cumpre papel de intérprete da colaboração premiada**. 26 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-26/academia-policial-judiciario-tambem-cumpre-papel-interprete-colaboracao-premiada>. Acesso em: 10 fev. 2018.

ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor. **Blog do Vlad**, 25 maio 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor>. Acesso em 10 fev. 2018.

_____. O sistema acusatório de processo penal. **Blog do Vlad**, 4 jul. 2016. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Sobre Jéssica, sobre Eloá e sobre nós. **Blog do Vlad**, 16 fev. 2018. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/02/16/sobre-jessica-sobre-eloa-sobre-nos>. Acesso em: 16 fev. 2018.

ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Garantias na delação premiada. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 17, n. 44, p. 79-92, jul./set. 2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1.570/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 12 de fevereiro de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 4, 22 out. 2004.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Rodrigo. O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. In: **Escola Paulista da Magistratura – Cadernos jurídicos**, Direito Processual Penal, ano 17, n. 44. p. 117-130. São Paulo, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Delação premiada: posição contrária. In: **Carta Forense**, maio 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. **Delação Premiada necessita de uma nova lei para evitar atuais abusos**. 15 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>. Acesso em: 27 jan. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso em: 27 jan. 2018.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral = direito adequado à defesa e não a um defensivismo diet. **Grupo Nacional de Membros do Ministério Público**, 5 dez. 2013. Disponível em: <http://www.gnmp.com.br/publicacao/218/garantismo-penal-integral-direito-adequado-a-defesa-e-nao-a-um-defensivismo-diet>. Acesso em: 16 fev. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MOREIRA, Romulo de Andrade. A mais nova previsão de delação premiada no direito brasileiro. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10962&revista_caderno=22. Acesso em: 27 jan. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Leandro Bastos. **A Lei 13.608/2018 criou o whistleblower**. 17 jan. 2018. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/01/17/lei-13-608-de-10-de-janeiro-de-2018-criou-o-whistleblower>. Acesso em: 18 jan. 2018.

SANNINI NETO, Francisco; HOFFMANN, Henrique. **A colaboração premiada deve ter participação da polícia judiciária**. 28 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-28/opiniao-policia-judiciaria-participar-colaboracao-premiada>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

2 REFLEXÕES SOBRE A AUTONOMIA DO CRIME DE SEQUESTRO EM POSSÍVEL PREPARAÇÃO DE HOMICÍDIO

Fausto Faustino de França Júnior¹

Resumo: O presente estudo trata do tema da investigação de crime de homicídio quando ausente prova da materialidade, quer direta, quer indireta, havendo o esforço da pesquisa investigativa reunido apenas elementos de prova que evidenciem a responsabilidade de autor, ou autores, pelo ato preparatório de captura da vítima para, possivelmente, ser assassinada. Defende-se a possibilidade de denúncia pelo crime de sequestro, autônomo e subsidiário a um provável, mas não certo, homicídio, que pode ter ocorrido, ou não, pelos mesmos autores do sequestro.

Palavras-chave: Homicídio. Preparação. Sequestro. Autonomia. Subsidiariedade. Materialidade. Corpo. Desaparecimento. Forçado. Princípio. Oportunidade. STF. Extradicação 1.150. Metodologia. Investigação. Denúncia. Possibilidade.

Abstract: *This paper deals with the investigation of murder when there isn't evidence of materiality, either direct or indirect, and the investigation effort gathered only evidence that shows responsibility of the perpetrator or perpetrators for the preparatory act of capture of the victim to possibly murder him or her. It sustains the possibility of prosecution for the crime of kidnapping, which is autonomous and subsidiary to a probable but not certain murder, which may or may not have occurred by the perpetrators of the kidnapping.*

Keywords: *Homicide. Preparation. Kidnapping. Autonomy. Subsidiarity. Materiality. Body. Disappearance. Forced. Principle. Opportunity. STF. Extradition 1.150. Methodology. Investigation. Accusation. Possibility.*

1 INTRODUÇÃO

Aborda-se no presente trabalho questão que surge durante a atuação criminal do Ministério Público na análise de investigações que não conseguem encontrar corpo de vítima de provável homicídio, em que pese o fato de a prova evidenciar cabalmente a responsabilidade de autor, ou autores, pelo ato preparatório de captura da vítima para, possivelmente, ser assassinada.

A dificuldade enfrentada nesse tipo de investigação e o dilema com que o autor da ação penal se depara ocorrem ao insistir em uma investigação sem diligência especifi-

1 Promotor de Justiça no estado do Rio Grande do Norte. Pós-graduado *latu sensu* em Investigação Criminal, Constituição e Direito de Defesa pela Uniderp (Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal) e em Direitos Difusos e Coletivos pela UERN (Universidade do Estado do Rio Grande do Norte).

ca que represente linha viável para encontrar o cadáver, o que poderia fechar o quadro probatório para uma denúncia por homicídio ou firmar *opinio delicti* por crime menos gravoso, representando resposta penal que não é a ideal.

Em contexto de baixa resolutividade de crimes de homicídio e de números assustadores desse tipo de criminalidade, não faltam exemplos de situações limítrofes dessa espécie, deixando o Ministério Público, por vezes, diante de uma “escolha de Sofia” entre insistir em diligências que, muito provavelmente, não terão êxito ou oferecer denúncia que resultará em resposta penal bem abaixo da ideal, sobretudo ante o alto valor jurídico do bem em pauta: a vida.

2 MATERIALIDADE NO PROCESSO PENAL E ESPECIFICAMENTE NO CRIME DE HOMICÍDIO

É comezinho em Direito Processual Penal que, em regra, deixando o crime vestígios, será necessário exame pericial para comprovar a materialidade, na forma do art. 158 do Código de Processo Penal.²

Essa norma, contudo, admite exceções, a chamada materialidade indireta, pois a jurisprudência pátria se cristalizou no sentido de que não se pode fazer leitura radical da materialidade direta a ponto de premiar os que almejam inviabilizar a *persecutio criminis* com ocultação do corpo da vítima, tendo êxito nessa tarefa.

A materialidade delitiva nos crimes de homicídio em que não foi localizado cadáver pode ser comprovada indiretamente (meio testemunhal), conforme previsão do art. 167 do CPP, o que é amplamente respaldado pela jurisprudência.³

A prova indireta, todavia, deve existir. Apenas para dar exemplo notório, o STJ enfrentou a questão no chamado “Caso Elisa Samúdio”⁴ e concluiu com base em depoi-

2 Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

3 STJ, HC 110.642, j. 19/3/2009; STJ, HC 79.735, j. 13/11/2007; STJ, HC 51.364, j. 4/5/2006; STJ, HC 39.778, j. 5/5/2005; STJ, HC 30.471, j. 22/3/2005; STJ, HC 23.898, j. 21/11/2002.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6 Turma). **Habeas Corpus 184.663/MG**. Relator: Des. Celso Limongi (convocado do TJ-SP), 2 de dezembro de 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_184663_MG_1295349290813.pdf?Signature=1kfukZaBR5%2BRXOLaLyPmAllXuNM%3D&Expires=1551290363&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=ec54557f6d8fa7311d7504c13fb028d8. Acesso em: 20 dez. 2018.

mentos⁵ que a prova da materialidade se fez presente, notadamente, pela delação de um adolescente envolvido no ilícito, o qual relatou com detalhes, harmonia e compatibilidade como ocorreu o crime de homicídio na sua presença, o que, somado a outros elementos, viabilizou a condenação dos acusados daquele feito.

O problema que se deseja enfrentar nessas reflexões não é esse. Casos existem em que não há prova (direta ou indireta) da materialidade do crime de homicídio, o que, por si, inviabiliza a denúncia e, claro, muito mais a pronúncia.

Entretanto, pode estar ausente materialidade para embasar uma condenação por crime de homicídio, mas existir base probatória para condenar um réu (ou vários) pelo sequestro da vítima, que é crime autônomo e como tal pode e deve ser punido.

3 O SEQUESTRO COMO ATO PREPARATÓRIO DE HOMICÍDIO

Em uma dinâmica de homicídio razoavelmente planejado não é incomum haver divisão de tarefas entre os criminosos, com uma etapa que é esse ato de coação à vítima, a qual pode ser capturada em um local, executada em outro e, por vezes, ter o corpo ocultado já em um terceiro.

Cada uma dessas três tarefas pode ser realizada por grupos de autores distintos, cientes ou não, teoricamente, do conjunto das ações.

É fato que não há crime perfeito, mas investigação ineficiente, de sorte que, no plano idealístico, se houvesse investigação adequada, dificilmente o Ministério Público depa- raria com inquérito com falta de corpo e até mesmo ausente materialidade indireta.

No plano teórico, sabe-se que uma investigação prospectiva e metodologicamente executada pode chegar à reconstituição histórica mesmo de homicídios com grau refinado de planejamento, não faltando exemplos nesse sentido.

Sendo reconstruídos os passos do criminoso, dificilmente algum vestígio não seria apurado, o que, aliado a um bom trabalho pericial, fiel ao postulado de Edmond Locard

⁵ É natural que se recorra à prova oral para compor a materialidade indireta. Registra a esse respeito Coriolano Nogueira Cobra: "Está claro que o corpo de delito indireto só terá cabimento quando os vestígios tiverem desaparecido. Nesta hipótese, as informações de testemunhas sobre a materialidade dos delitos terão valor supletório e, naturalmente, relativo." (COBRA, Coriolano Nogueira. **Manual de investigação policial**. 2. ed. São Paulo: Serviços Gráficos da Secretaria de Segurança Pública, 1961. p. 92).

(“todo contato deixa uma marca”), levaria a elementos de materialidade, direta ou ao menos indireta.

Todavia, o cenário idealístico nem sempre está presente na fria realidade forense, em que a falência do aparato de segurança pública e de ineficiência crônica da Polícia Civil costuma impactar na qualidade das investigações, nas quais não raras vezes falta o básico.

A falta de resolutividade em inquéritos desse tipo ocorre por vários motivos, decorrentes dos conhecidos problemas estruturais da Polícia Civil, que têm raízes de natureza política, financeira, administrativa, gerencial etc. Entre tais causas se poderia lembrar que no Brasil, historicamente, a investigação criminal de homicídios costuma ter eficiência seletiva e, em se tratando de vítima com antecedentes criminais ou histórico de envolvimento em crimes, entre outras situações, não é incomum constatar falta de empenho investigativo, sobretudo nas horas iniciais após o crime.

Dada a importância da preservação do local de crime de homicídio e das primeiras horas após execução do ilícito, o quadro derivado desse estado de coisas pode ser este: prova tranquila do sequestro, mas ausência de materialidade e de elementos de autoria do homicídio.

A eficiência de qualquer investigação tem como base o princípio da oportunidade,⁶ que consiste em colher os dados no momento correto, oportuno, quando ali estão naturalmente disponíveis, possibilitando apreensões e até flagrantes, a fim de positivar a materialidade em datas e momentos estratégicos, entre outras medidas.

O princípio da oportunidade na investigação criminal está intrinsecamente atrelado, no plano constitucional, ao dever de eficiência da Administração Pública e, no campo processual, ao interesse de agir, condição da ação que, enquanto conceito da teoria geral do processo, também está presente no Processo Penal.

6 Do estudo da atividade de inteligência extrai-se parte do conceito desse princípio, na qual se lê que tal postulado “[...] preconiza que as informações devem ser produzidas e difundidas dentro de prazo que possibilite sua completa e adequada utilização. Afinal, a inteligência como produto é passível de rápido processo de deteriorização diante do tempo. Daí por que seu valor e utilidade dependem, essencialmente, da oportunidade com que seja elaborada e difundida aos destinatários e utilizadores, tendo em vista o planejamento das ações decisórias. Na verdade, a não-observância do princípio da oportunidade pode inutilizar a inteligência produzida”. Por exemplo, qual utilidade teria um excelente relatório produzido por um oficial de inteligência, no qual é informado que terroristas realizariam ataques contra as torres do World Trade Center e contra o Pentágono, utilizando-se de aviões civis sequestrados, se esse relatório chegasse às mãos dos tomadores de decisão e encarregados da segurança interna dos EUA no dia 12/11/2001.” (GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de inteligência e legislação correlata**. Niterói: Impetus, 2010. p. 96).

Eugênio Pacelli⁷ leciona a respeito do interesse de agir no Processo Penal:

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade. (OLIVEIRA, 2013, p. 104)

De modo geral, pode-se afirmar que, em uma investigação intempestiva, a depender do tipo de ilícito e do grau de planejamento criminoso, com perda de evidências posteriores ao crime, corre-se sério risco de o fator tempo criar fato consumado, crucial para a eficiência dos trabalhos, que poderão ser atingidos por falta de interesse de agir na modalidade utilidade, só restando pesquisa investigatória puramente burocrática e capenga.

Mesmo inviável a investigação resolutiva de homicídio, se a prova indica que o investigado é responsável, por exemplo, por abordar e render a vítima, visto por testemunhas nesse ato, controlando a liberdade da vítima e conduzindo-a para lugar incerto e não sabido, não mais a vítima aparecendo, trata-se de conduta que encontra perfeita subsunção ao disposto no art. 148 do Código Penal:

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena – reclusão, de um a três anos.

§1º A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III – se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias.

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

§ 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

O tipo penal, seja na sua forma simples ou em uma das modalidades qualificadas, sempre foi conceituado pela doutrina como tipo subsidiário. Anota Damásio de Jesus que os crimes em questão podem “[...] funcionar como delitos subsidiários (subsidiariedade implícita), integrando outros delitos como elementares. Dessa forma, constituem meios de execução da extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), plágio (CP, art. 149), etc.”,⁸ de modo que, inexistindo prova cabal do crime que seria o fim almejado pelo agente, mas havendo prova do sequestro é possível responsabilização por este.

Esse caráter subsidiário acompanha o tipo em seus mais antigos registros históricos, no Direito Romano, como ensina Nelson Hungria:⁹

A detenção arbitrária de pessoa já era incriminada pelo direito romano. Marciano informa que incorria na Lex Julia de vi publica “*qui hominem dolo malo incluserit, obsederit*” (Dig., XLVIII, 6, 5, princ.). Com uma constituição de Zenão, o *privatus carcer* passou a ser considerado crime autônomo, cominando-se-lhe a pena capital. (HUNGRIA, 1980, p. 189)

Não resta dúvida de que, como ato preparatório, o sequestro é punível por si.

4 OS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no julgamento das Extradicações 974 e 1.150. Militares que ocuparam funções de importância no regime de exceção da Argentina eram acusados naquele país de crime análogo ao tipo brasileiro de sequestro.

O paradeiro das vítimas era ignorado, visto que os corpos nunca foram encontrados. Reconhecimento de morte presumida dependeria, nos termos do parágrafo único do art. 7º do Código Civil, de sentença judicial que fixasse a data provável do falecimento, “depois de esgotadas as buscas e averiguações”, o que até hoje não ocorreu.

8 JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2, p. 228.

9 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI.

Sem esse ato, que no cível também demandaria mínima produção probatória, não é juridicamente possível afirmar que a vítima esteja morta ou quando tal evento teria acontecido. O ideal seria existência de investigação criminal mais qualificada, para colmatar todos os vazios da pesquisa. A tese ora defendida, de qualquer sorte, é uma resposta penal a crime grave (sequestro), que pode estar provado que ocorreu antes de um homicídio (ou não).

Em tese, como dito, assim como há divisão de tarefas, pode existir no planejamento do homicídio uma equipe responsável pelo sequestro da vítima e outra que tenha a missão específica da execução. Desse modo, ainda em tese, o primeiro grupo, se ausente ciência da intenção homicida ou mesmo não tendo assumido tal risco, poderia responder só pelo sequestro.

Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Extradicações 974 e 1.150, requeridas pelo Estado Argentino. A Corte, em ambos os casos, deferiu o pedido para determinar a devolução de agentes acusados de sequestro de dissidentes políticos no país vizinho.

Na Extradicação 1.150, o ministro Ricardo Lewandowski asseverou que,

embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando [sequestro e desaparecimento forçado de presos políticos naquele Estado], as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio.

No mesmo julgamento, o ministro Cezar Peluso foi ainda mais específico, ao asseverar que, em casos de “desaparecimento” de pessoas sequestradas por agentes estatais, somente uma sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito é apta a fazer cessar a permanência do crime de sequestro, pois, sem ela, “o homicídio não passa de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional”.

O julgamento da Extradicação 1.150 ficou assim ementado:

Extradicação Instrutória. Prisão preventiva decretada pela Justiça Argentina. Tratado específico. Requisitos atendidos. Extraditando investigado pelos crimes de homicídio qualificado pela traição (*‘homicidio agravado pela alevosia y por el número de partícipes’*) e sequestro qualificado (*‘desaparición forzada de personas’*). Dupla tipicidade atendida. Extinção da punibili-

dade dos crimes de homicídio pela prescrição. Procedência. Crime permanente de sequestro qualificado. Inexistência de prescrição. Alegações de ausência de documentação. Crime militar ou político. Tribunal de Exceção e eventual indulto: improcedência. Extradicação parcialmente deferida. [...] 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. [...] 6. Crime de sequestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do sequestro. Precedentes.¹⁰

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte também possui precedente na matéria:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. SEQUESTRO QUALIFICADO (ART. 148, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). Apelação da defesa. [...] Absolvição por ausência de provas. Argumento improcedente. Autoria e materialidade evidenciadas. Depoimentos seguros e harmônicos. Responsabilização mantida. [...] Reprimenda fixada no patamar máximo, porém de maneira fundamentada e considerando as consequências danosas do crime. Sequestro de vítima que não retornou ao convívio familiar e sequer foi vista desde então. Punição suficiente à repressão do ilícito perpetrado. Modalidade inicial de cumprimento da pena ratificada ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. [...] Recurso conhecido em parte, mas desprovido.¹¹

Preocupação que deve estar assente no presente raciocínio é que o esforço investigativo deve existir até se demonstrar que não há mais linhas viáveis de pesquisa, como forma de não banalizar a falha do Estado em colmatar o vazio da investigação relativo ao paradeiro do corpo da vítima. Evita-se tornar rotineira a promoção de responsabilidade penal por um crime de menor gravidade, desprestigiando a apuração eficiente e imprescindível do crime contra o bem jurídico mais relevante, que é a vida.

Notadamente o Ministério Público, na missão de controle externo da atividade policial, tanto no plano difuso como no plano concentrado, deve cobrar o maior nível de

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Extradicação 1.150 República Argentina. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de maio de 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, 17 jun. 2011.

11 RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação criminal 2016.001708-0. Relator: Luiz Alberto Dantas Filho, 10 de janeiro de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 12 jan. 2017.

qualidade possível da investigação criminal, a qual deve ser tratada cientificamente. Nas palavras de Eliomar da Silva Pereira,¹² deve ser encarada como:

[...] uma pesquisa, ou um conjunto de pesquisas, que se desenvolve por uma administração estratégica. A possibilidade de aproximação entre investigação criminal e investigação científica passa pelo tratamento de seu aspecto técnico aplicado à prática da pesquisa.

5 CONCLUSÕES

Situações existiram e podem existir de esforço investigativo que chegou à verdade processual de que um agente, mediante grave ameaça, tenha constrangido uma vítima, privando-a na sequência de sua liberdade, fazendo-a por exemplo ingressar em veículo ou outra situação em que reste patente a resistência da vítima ante a coação contra si exercida e não sendo encontrada depois de longo tempo, é certo que ao menos haverá subsunção ao crime de sequestro.

Mesmo não sendo a resposta penal ideal, em se tratando o sequestro de crime autônomo e subsidiário a um provável, mas não certo homicídio, que pode ter ocorrido, ou não, pelos mesmos autores do sequestro, estes deverão ser denunciados pelo Ministério Público, na modalidade simples (art. 148, caput, do Código Penal) ou qualificada (art. 148, §§ 1º e 2º, do Código Penal), conforme o caso.

12 PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010. p. 203

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (6 Turma). **Habeas Corpus 184.663/MG**. Relator: Des. Celso Limongi (convocado do TJ-SP), 2 de dezembro de 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_184663_MG_1295349290813.pdf?Signature=1kfuKzABR5%2BRX0LaLyPmALLXuNM%3D&Expires=1551290363&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=ec54557f6d8fa7311d7504c13fb028d8https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_184663_MG_1295349290813.pdf?Signature=1kfuKzABR5%2BRX0LaLyPmALLXuNM%3D&Expires=1551290363&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=ec54557f6d8fa7311d7504c13fb028d8. Acesso em: 20 dez. 2018.

COBRA, Coriolano Nogueira. **Manual de investigação policial**. 2. ed. São Paulo: Serviços Gráficos da Secretaria de Segurança Pública, 1961.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de inteligência e legislação correlata**. Niterói: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação criminal 2016.001708-0. Relator: Luiz Alberto Dantas Filho, 10 de janeiro de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 12 jan. 2017.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

*Gabriel Braga Camargos de Almeida*¹

Resumo: O conhecimento fortuito de provas em interceptações telefônicas revela, a um só tempo, o poder persecutório desse meio de investigação e sua forte ingerência nos direitos fundamentais de particulares. Poucos são os instrumentos probatórios que, à semelhança dessa medida cautelar, possuem a capacidade de adentrar na vida privada das pessoas, de modo a captar, não raras vezes, informações supostamente criminosas que se dissociam, em maior ou menor grau, do delito/infrator inicialmente submetidos à diligência. A Lei nº 9.296/1996, embora regulamente o comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, não fornece parâmetro a respeito da valoração dos dados obtidos ao acaso. Resta à doutrina e à jurisprudência a oferta de soluções que busquem equacionar os diferentes lados do problema. Visa este artigo a subsidiar a atuação do Ministério Público diante da possibilidade de valoração do acervo fortuito no processo penal, na tentativa de equilibrar o aproveitamento probatório de dados obtidos ao acaso e o necessário resguardo às garantias fundamentais de investigados e terceiros.

Palavras-chave: Ministério Público. Conhecimentos Fortuitos. Conhecimentos da Investigação. Interceptação Telefônica. Acaso. Valoração. Processo Penal. Prova.

Abstract: *The fortuitous finding of proof in wiretapping reveals the investigative effect of this means of investigation and its strong interference in fundamental rights. There are few investigation instruments that, similar to this investigation method, have the capacity to penetrate people's private lives, being able to collect, sometimes, possible criminal information that is dissociated, in a greater or lesser degree, from the offense/offender initially submitted to investigation. Federal Law 9,296/1996 regulates article 5, subsection XII, of the Federal Constitution, but it does not provide any parameters about appreciation of information obtained by chance, leaving to doctrine and courts offering solutions to the different sides of the problem. This article aims to support the work of the Public Prosecution towards the possibility of valuing proof accidentally collected in the criminal process, in an attempt to balance the use of data obtained by chance and the necessary safeguard of individuals' fundamental guarantees and third parties not previously included in a criminal investigation.*

Keywords: *Public Prosecution Service. Fortuitous Finding. Knowledge of investigations. Wiretapping. Chance. Judicial Review. Criminal Procedure. Proof.*

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Assessor jurídico do Ministério Público Federal, lotado na Procuradoria da República na Bahia.

1 INTRODUÇÃO

As interceptações telefônicas constituem um dos mais invasivos meios de obtenção de prova passíveis de utilização na ordem jurídica brasileira, atrelada à investigação criminal e à instrução processual penal, na forma do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Em razão da forte ingerência na vida privada de particulares, o operador do direito deve ter olhar criterioso sobre a valoração das provas granjeadas no manejo da medida cautelar, sobretudo quanto aos conhecimentos fortuitos de fatos e pessoas descortinados no curso da diligência.

A interceptação telefônica possui requisitos e hipóteses de cabimento expressamente delineados na Lei nº 9.296/1996; a autorização judicial que defere captação de conversas telefônicas deve ser concedida com observância das normas presentes no diploma infraconstitucional, com destaque para seu art. 2º.²

Essa medida probatória deve ser autorizada com extrema cautela pelo magistrado, sob pena de a prova obtida ser reputada ilícita, tornando-se impossível seu manuseio no curso do processo. Disso se aproxima a temática relacionada aos conhecimentos fortuitos, tendo em vista a descoberta ao acaso de informações delituosas até então desconhecidas pela acusação e pelo órgão julgador, de forma a gerar questionamentos acerca de sua licitude e consequente admissão no caderno processual, por não estarem abarcadas por prévia ordem judicial.

Este artigo busca subsidiar a atuação do Ministério Público diante da utilização de provas obtidas fortuitamente em interceptações telefônicas, a partir de ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, sob os prismas nacional e estrangeiro, com vistas a encontrar equilíbrio entre a busca pela verdade e a proteção aos direitos fundamentais.

2 CONCEITO DE CONHECIMENTO FORTUITO *LATO SENSU*

Conceituam-se conhecimentos fortuitos *lato sensu*, em breves linhas, como a obtenção involuntária de dados outrora desconhecidos, capazes de alterar a realidade fática, desde que sobre eles incida valoração jurídica. A palavra *serendipidade*, proveniente do inglês *serendipity*, caracteriza bem o instituto, enunciando situações em que uma pes-

2 "Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção."

soa sai à busca de determinada coisa e, no caminho, descobre outras às vezes mais interessantes e valiosas (GOMES; MACIEL, 2013, p. 111).

Diz-se que o encontro é involuntário porque a obtenção de dados, nesse caso, é algo que foge totalmente à vontade do intérprete, em virtude de impossibilidade material devidamente comprovada. A expressão é proveniente do alemão *Zufallsfunde* ou *Zufallserkenntnisse* (VALENTE, 2006, p. 42), que significa “descoberta fortuita” e “conhecimento acidental”.

O acaso consiste no elemento individualizador dos conhecimentos fortuitos, materializado na fuga à capacidade humana de controle sobre informações captadas acidentalmente, uma vez decorrentes de fatores externos e imprevisíveis, não raro existentes em interceptações telefônicas. Esse meio de prova recai sobre investigados e terceiros, de forma que não apenas as conversas mantidas entre criminosos são objeto de escuta, mas qualquer diálogo travado por particulares torna-se alvo das investigações, surgindo daí terreno fértil para obtenção de conhecimentos fortuitos, seja por informação cedida pelo próprio investigado, seja por terceiros.

Nesses casos, o sucesso probatório da medida muitas vezes dependerá de fatos alheios à vontade do intérprete, haja vista que, instaurada a diligência, não há como delimitar previamente quais conversas serão travadas entre os particulares. O descobrimento de novos delineamentos criminosos atrela-se à presença da sorte, predicado que, indubitavelmente, não se encontra sob regência do direito (FACCINI NETO, 2012, p. 13-15).

O estudo dos conhecimentos fortuitos perpassa pela obtenção imprevisível de informações no curso de uma operação investigativa, aptas a imprimir efeitos jurídicos caso sofram valoração, cuja ocorrência a autoridade policial e o membro do Ministério Público não poderiam, inicialmente, prever, uma vez granjeadas com fundamento na sorte e no acaso.

3 MODALIDADES DE CONHECIMENTOS FORTUITOS

Para fins didáticos, classificam-se os conhecimentos fortuitos *lato sensu* em subjetivos e objetivos, e em conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos *stricto sensu* (GOMES; MACIEL, 2013, p. 111-113). A primeira divisão diz respeito ao elemento sobre o qual incide a fortuidade, enquanto a segunda se refere ao liame que une as informações obtidas ao acaso com os fatos apurados na interceptação telefônica previamente deferida.

3.1 O conhecimento fortuito objetivo e subjetivo

Conhecimentos fortuitos captados em interceptações telefônicas podem recair sobre pessoas e fatos, vale dizer, sobre pretensos criminosos desconhecidos e possíveis fatos delituosos anteriormente não sabidos. O primeiro fenômeno é conhecido doutrinariamente como conhecimento fortuito subjetivo, ao tempo que o segundo é classificado como conhecimento fortuito objetivo.

Em ilustração à primeira hipótese, cite-se a transferência de sigilo telefônico deferida inicialmente para investigar determinada infração penal perpetrada por Mévio, e, no curso da diligência, descobre-se fortuitamente que o mesmo crime também era praticado por Caio e Tício, nas condições de coautor e partícipe. Quanto ao conhecimento fortuito objetivo, enuncie-se caso em que a interceptação telefônica tenha sido autorizada para apurar o delito de homicídio, e, durante o procedimento investigatório, encontram-se ao acaso dados da prática dos crimes de extorsão mediante sequestro e roubo pelo mesmo autor.

Nada impede que sejam descobertos novos elementos relacionados, a um só tempo, a infrações penais e agentes criminosos até então não sabidos, hipótese em que se estará diante do chamado conhecimento fortuito misto.

Cuida-se de classificação que, alijada de outras considerações, não é suficiente para solucionar o questionamento proposto neste artigo, acerca da valoração probatória dos conhecimentos fortuitos obtidos em interceptações telefônicas. Saber se uma informação captada ao acaso é objetiva ou subjetiva, por si, não responde à pergunta inicial, impondo-se o aprofundamento da temática, com a distinção entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos *stricto sensu*.

3.2 Conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos *stricto sensu*

Os conhecimentos fortuitos *lato sensu*, além de objetivos e subjetivos, podem ser classificados em conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, a depender do nexa entre as informações granjeadas ao acaso e o(s) crime(s) e infrator(es) previamente investigado(s) por meio das interceptações telefônicas.

Conhecimentos da investigação correspondem às hipóteses em que os dados conhecidos ao acaso relacionam-se, por conexão ou continência, aos fatos e pessoas submetidos à prévia interceptação telefônica, integrando, direta ou indiretamente, a

linha investigativa tecida pela autoridade policial e pelo membro do Ministério Público (VALENTE, 2006, p. 81). O termo é oriundo das expressões alemãs *Untersuchungserkenntnissen* ou *Untersuchung Erkenntnissen*, que significam “resultados de investigação” ou “conhecimento da investigação”.

Na conexão, as novas informações captadas fortuitamente relacionam-se com os fatos apurados via interceptação telefônica, vale dizer, integram o mesmo escopo de apuração previamente definido, originando, dessarte, os conhecimentos da investigação.

Como exemplo, tem-se interceptação deferida para apurar crime de roubo praticado por Tício e, no curso da diligência, descobre-se acidentalmente que o mesmo sujeito, dias após a prática delitiva, cometeu homicídio em desfavor de uma testemunha ocular do delito contra o patrimônio. O dado obtido ao acaso, em razão da conexão, traduzir-se-á no instituto dos conhecimentos da investigação.

Na continência, os conhecimentos fortuitos obtidos, por também fazerem parte de mesma situação delitiva, possibilitam surgimento dos conhecimentos da investigação, haja vista o liame com o fato ou o(s) autor(es) anteriormente investigados.

A título de ilustração, cite-se interceptação telefônica autorizada para apurar infração de estelionato praticada por Tício, e, no decorrer das apurações, verifica-se fortuitamente que tanto Mévio quanto Caio o auxiliaram no implemento do fato criminoso, fornecendo informações vitais para a consumação do delito do art. 171 do Código Penal. Nesse caso, a informação obtida ao acaso, em virtude de continência, também estará inserida nos conhecimentos da investigação.

Vicente Greco Filho (2005, p. 36-37) defende que não apenas as informações fortuitas conexas ou continentes possuem nexos com a infração penal apurada via interceptação telefônica, mas igualmente os delitos praticados em concurso de crimes deveriam ser incluídos nessa classificação. Observa ele que as três situações ensejariam aproveitamento probatório por parte do magistrado, porquanto, ao fim e ao cabo, em todas seria possível observar, em maior ou menor intensidade, o liame entre os conhecimentos captados ao acaso e o(s) fato(s) delituoso(s) previamente investigado(s).

Discordam dessa posição Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel (2013, p. 114), aduzindo que, em muitos casos, o concurso de crimes se encontrará em patamar distinto se comparado à conexão e continência, sobretudo considerando a modalidade material enxertada no art. 69 do Código Penal. O nexo entre os delitos não deteria a mesma força e

impacto que o verificado nos institutos disciplinados na Lei Penal Adjetiva, de forma que não poderiam ser inseridos em um mesmo rótulo, sendo impossível oferta de abordagens jurídicas similares aos casos em comento.

Conquanto se reconheça a divergência, os conhecimentos da investigação, fundamentalmente, são marcados pela presença de crimes perpetrados, em regra, por organizações criminosas (VALENTE, 2006, p. 79-80). Nessas hipóteses, é praticamente impossível à polícia e ao Ministério Público conhecer, de antemão, todo o estratagema ilícito que norteia as atividades conduzidas por investigados e terceiros até então indeterminados.

A própria complexidade inerente à figura disposta na Lei nº 12.850/2013 enseja a descoberta fortuita de novos fatos criminosos e delinquentes que, embora previamente não sabidos, pertencem à mesma esfera de atuação do grupo criminoso organizado. Seja pela continência, conexão ou até mesmo pelo concurso de crimes, não há dúvida de que as situações casualmente descortinadas integram o universo dos conhecimentos da investigação, merecendo o mesmo tratamento jurídico.

A expressão “conhecimentos da investigação”, de largo uso na doutrina portuguesa (VALENTE, 2006, p. 79-82; AGUILAR, 2004, p. 17-18), não encontra o mesmo eco entre os juristas pátrios, os quais se valem apenas da expressão genérica conhecimentos fortuitos ou, a exemplo de Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel (2013, p. 113), utilizam-se do termo encontro fortuito de primeiro grau.

Não se concorda inteiramente com essa posição, porquanto informações captadas ao acaso, nessas hipóteses, encontram-se na mesma situação histórica de vida (*historischen Lebenssachverhalt*) que o delito previamente apurado via interceptação telefônica (AGUILAR, 2004, p. 17), de modo que os dados encontrados não são propriamente fortuitos. As novas descobertas fortuitas, em última análise, possuem estreita relação com a infração penal ou indivíduo investigado inicialmente, integrando seu universo jurídico por intermédio de continência, conexão ou, até mesmo, pelo concurso de crimes.

Melhor seria classificar as situações acima como conhecimentos da investigação, à semelhança do que é feito pela doutrina portuguesa, caracterizando a captação de informações adicionais a determinado delito e ofensor no curso de uma diligência probatória, sem que isso represente, propriamente, obtenção de dados efetivamente fortuitos.

Em outro vértice encontram-se os conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, estes genuinamente acidentais e fortemente atrelados ao elemento sorte. São conceituados como descoberta involuntária, no bojo de uma interceptação telefônica, de supostas informações criminosas que não possuam relação de conectividade com o fato típico inicialmente apurado.

Como exemplos, citem-se as transferências de sigilo telefônico que, deferidas para apurar a prática de crime de roubo, terminam por obter fortuitamente provas de delito de estupro perpetrado pelo mesmo agente, em circunstâncias totalmente diversas da infração contra o patrimônio. Em outra ilustração, cite-se interceptação telefônica que, concedida para investigar crime de estelionato, culmina por encontrar acidentalmente elementos de um terceiro que cometeu delito de homicídio, alheio à infração que motivou a instauração da diligência.

Ambas as hipóteses fazem alusão à descoberta ao acaso de informações estranhas ao crime anteriormente apurado mediante interceptação telefônica, classificando-se, desse modo, em conhecimentos fortuitos *stricto sensu* ou encontro fortuito de segundo grau, como conceituam Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel (2013, p. 113).

4 TRATAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL OFERTADO À MATÉRIA

O operador do direito, antes de oferecer resposta sobre a possibilidade de utilizar provas fortuitas em desfavor do réu no processo penal, deve verificar se se encontra diante de conhecimento da investigação ou de conhecimento fortuito *stricto sensu*, por ser esse o ponto de partida para o correto estudo do tema.

Na sequência, torna-se possível imprimir efeito jurídico a cada uma das situações, buscando respeitar, simultaneamente, os princípios norteadores de persecução penal célere e eficaz e as garantias fundamentais do investigado e de terceiros envolvidos na diligência probatória.

4.1 Ensinaamentos doutrinários pátrios

No Brasil, podem-se enunciar quatro diferentes entendimentos doutrinários a respeito do tema.

Para uma primeira corrente, com destaque para Vicente Greco Filho (2005, p. 34-37), apenas os casos de conexão, continência e concurso de crimes ensejariam aproveitamento do acervo probatório acidentalmente obtido contra o acusado, é dizer, somente os conhecimentos da investigação poderiam ser licitamente utilizados em desfavor do réu.

Os conhecimentos fortuitos *stricto sensu* não teriam a mesma serventia, uma vez que, por não terem dado ensejo à providência, não estariam submetidos ao manto da autorização judicial concedida, o que impossibilitaria acatamento da prova pelo julgador.

Quanto ao conhecimento fortuito de novos agentes no estratagema criminoso, sustenta essa corrente que a interceptação abarcaria não apenas o sujeito que deu causa ao meio de prova, mas igualmente terceiros que contribuíram para perpetração do ilícito. Seria imprescindível sua participação nos diálogos telefônicos, de forma que o material probatório captado perante o investigado, coautores e partícipes autorizaria valoração probatória no processo.

Uma segunda linha doutrinária se inclina para a aceitação de qualquer conhecimento fortuito *lato sensu*. De acordo com esse posicionamento, se o deferimento da interceptação telefônica permite acesso às conversas mais íntimas e pessoais dos investigados, seria lícito valorar notícias referentes à prática de outras infrações penais. Autorizada a medida interventiva em detrimento da privacidade, não haveria razão para recusa das provas obtidas de outros delitos, punidos ou não com pena de reclusão (OLIVEIRA, 2011, p. 367-370).

Para essa corrente, informação captada casualmente no juízo criminal poderia, até, ser licitamente aproveitada na seara cível, porquanto, embora esta não tenha competência para deferir a medida de exceção, deteria plena capacidade jurisdicional para conhecer a prova colhida na ação penal, caso útil no julgamento de demanda que lhe fora apresentada.

De mais a mais, a sorte consiste em elemento ínsito à ideia de fortuidade, não encontrando definição ou amparo na ciência jurídica. O acaso pertenceria ao indeterminável, fugiria ao âmbito da razão, motivo pelo qual seu surgimento, no mais das vezes pontual e impossível de inibição, não poderia acarretar proibição de valoração das provas afeitas nestas condições (FACCINI NETO, 2012, p. 5-6).

Uma terceira posição doutrinária, adotando temperamentos no que tange à corrente anterior, posiciona-se por admissão excepcional das provas obtidas fortuitamente em

interceptação telefônica, desde que usadas para apuração de crimes de igual ou superior gravidade àquele para o qual se deferiu a medida constritiva.

Para essa linha, o magistrado, em situações pontuais, poderia aproveitar o resultado casual da transferência de sigilo telefônico, interpretando o permissivo do art. 5º, inciso XII, *in fine*, da Carta Magna à luz do princípio da proporcionalidade. Os conhecimentos fortuitos *stricto sensu* poderiam ter grande valia no processo penal, até admitindo-se sua utilização a favor da acusação (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 175-176).

De acordo com essa corrente, os conhecimentos da investigação também seriam lícitamente admissíveis, caso constatado liame entre a descoberta ao acaso e o delito ou agente previamente investigados.

Diferentemente da segunda linha doutrinária exposta, esse terceiro entendimento rejeita irrestrita utilização do conhecimento fortuito *stricto sensu* e admite somente valoração de crimes de igual ou superior gravidade em relação àquele previamente investigado na medida cautelar, à luz do princípio da proporcionalidade.

Uma quarta corrente, encabeçada por Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel (2013, p. 111-118), valendo-se de interpretação mais restritiva sobre o tema, defende que apenas os conhecimentos da investigação poderiam ser valorados como prova em desfavor do réu. Uma vez pertencentes à mesma situação histórica de vida do delito apurado, o liame objetivo ou subjetivo em relação ao delito previamente investigado autorizaria aproveitamento dos dados fortuitamente obtidos.

Essa linha de doutrinadores não aceita o aproveitamento como prova dos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, permitindo somente sua utilização como *notitia criminis* pelo magistrado, o qual estaria impedido de valorar, com maior profundidade, as informações casuais dispostas no auto de diligência, devendo apenas remetê-las ao Ministério Público, para as providências cabíveis.

Essa última corrente restringe grandemente o alcance dos encontros fortuitos de segundo grau (conhecimentos fortuitos *stricto sensu*). A valoração dos dados obtidos não seria possível na ordem jurídica, sob pena de seu uso ser reputado ilícito na investigação ou processo, pois obtido sem autorização judicial e na ausência de serendipidade em relação à infração penal que motivou o meio de prova.

Sustentam esses juristas que as formas jurídicas existem para ser respeitadas, e esse é o preço a ser pago por um Estado Democrático de Direito. Restrições a direitos fundamentais somente seriam levadas a efeito com expressa anuência legislativa, de forma que, ante a omissão da Lei nº 9.296/1996, os conhecimentos fortuitos *stricto sensu* não poderiam ser admitidos como prova no Brasil.

4.2 Ensinaamentos doutrinários estrangeiros

No direito comparado, colhem-se ensinamentos acerca da utilização de conhecimentos fortuitos *stricto sensu*³ na Alemanha e em Portugal.

Em solo alemão, três correntes tentaram explicar a temática atinente aos conhecimentos fortuitos.

Para uma primeira linha de pensamento, defendida por Wolfgang B. Schünemann (*apud* AGUILAR, 2004, p. 17-42), seria possível a valoração sem restrições de toda informação casual granjeada em interceptações telefônicas, seja ela objetiva ou subjetiva, tal qual ocorre nos conhecimentos da investigação.

O problema afeito à matéria repousaria na validade de produção da medida excepcional, não na valoração da prova casualmente obtida. Deferida lícitamente interceptação telefônica (produção válida), tudo o mais que decorresse da diligência se reputaria admissível no processo (não proibição da valoração).

Uma segunda corrente, propagada por Cornelius Prittwitz (*apud* AGUILAR, 2004, p. 44-45), sustenta total impossibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos. De acordo com o art. 10, inciso II, 1 do *Grundgesetz* (GG – a Lei Fundamental Alemã), o legislador, para apreciação dos dados casuais, deveria editar norma que dirimisse expressamente o assunto, sendo vedada a interpretação extensiva do § 100 a da *Strafprozessordnung* (StPO – Código de Processo Penal alemão) para admitir apreciação das informações casuais *stricto sensu*.

O dispositivo elencaria requisitos a serem utilizados na análise dos conhecimentos da investigação e não dos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, de modo que a ampliação hermenêutica pretendida não poderia ter lugar. Finalizam dispondo que normas

³ Os conhecimentos da investigação não ensejavam maiores discussões entre os doutrinadores estrangeiros, sendo amplamente admitida sua valoração no processo penal, visto que pertenciam ao mesmo contexto do delito investigado via interceptação telefônica. Toda referência feita neste tópico acerca dos conhecimentos fortuitos se referirá, sempre, aos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*.

restritivas de direitos fundamentais devem ser interpretadas sempre restritivamente, tornando impossível aproveitamento da fortuidade em desfavor do réu.

A terceira corrente, acolhida pela maioria dos juristas alemães, seguindo a tese perfilhada pelo *Bundesgerichtshof* (BGH – o Supremo Tribunal Alemão), defende que a valoração dos conhecimentos fortuitos deveria estar limitada aos “crimes do catálogo”,⁴ constituindo ponto intermediário entre aqueles que negavam peremptoriamente a admissão e os que aceitavam sem restrições os elementos acidentais de qualquer infração penal (AGUILAR, 2004, p. 42).

Alguns seguidores desta última linha de pensamento argumentavam, ainda, que o magistrado deveria verificar a existência de um estado de necessidade investigatório – também chamado de juiz hipotético de repetição – nos conhecimentos fortuitos captados no decorrer da diligência. Cuida-se de requisito que busca restringir o alcance da valoração dos dados casuais, aduzindo que, além de se subsumirem ao rol taxativo de crimes do § 100^a) da StPO, deveriam ser imprescindíveis à elucidação do novo fato investigado, de modo a justificar a invasão à privacidade de particulares (AGUILAR, 2004, p. 43-44).

Nem todo conhecimento fortuito pertencente ao catálogo de delitos admitiria apreciação probatória, tornando indispensável analisar se os fatos descortinados traduziriam informações úteis ao esclarecimento de infrações penais graves.

Essa corrente doutrinária constitui aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade na obtenção de conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas, reforçando a tese de que, em razão da excepcionalidade do meio de prova, apenas crimes dotados de especial gravidade descobertos ao acaso poderiam ser lícitamente valorados por magistrado.

No ano de 1992, com o advento da lei de combate ao tráfico ilegal de entorpecentes e outras formas de manifestação da criminalidade organizada (*Organisierten Kriminalität* – OrgKG), ocorreu alteração no inciso V do § 100b) da StPO, cujo texto passou a prever expressamente a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, desde que existente propósito de esclarecer um dos delitos do catálogo do § 100a) da Lei Processual Penal Alemã (AGUILAR, 2004, p. 47-48).

4 O Código de Processo Penal alemão, diferentemente do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996, possui rol taxativo de delitos que podem ser objeto de interceptação telefônica.

A alteração legislativa prestigiou a terceira corrente doutrinária, de forma que apenas os dados casuais extracatalogares e desprovidos de conexão não seriam aproveitados em desfavor do réu. A exigência de alguns juristas acerca da existência de estado de necessidade investigatório, em linha de princípio, não mais prosperaria, considerando que a inovação legislativa se contentou com a presença do novo crime no rol de infrações da StPO, dispensando análise proporcional dos conhecimentos fortuitos diante dos fatos ou pessoas casualmente identificados.

A doutrina portuguesa, tal qual a alemã, era dividida em torno do aproveitamento dos conhecimentos fortuitos. Até 2007,⁵ o Código de Processo Penal Português (CPPP), em seu art. 187, detinha rol taxativo de delitos que admitiam interceptação telefônica, embora não fizesse menção à valoração ou proibição dos dados casuais captados no decorrer da diligência.

Uma primeira corrente, com destaque para Manuel Guedes Valente (2006, p. 129-132), restringia a valoração do acaso às infrações penais catalogadas, desde que presente, na análise casuística, juízo hipotético de repetição (estado de necessidade investigativo). Além de os dados casuais encontrarem amparo no rol taxativo de delitos da Lei Processual Penal, deveriam, também, obedecer aos pressupostos de proporcionalidade e subsidiariedade, de sorte que nem todo delito fortuitamente descoberto poderia ensejar valoração desfavorável ao réu.

A posição adotada aproxima-se do comando inserido no inciso V do § 100b) da StPO, e elenca condicionantes que deveriam ser levadas em consideração no momento da valoração, de forma a buscar a não aniquilação de uma diretriz constitucional (encontro da verdade) em detrimento de outra (direitos fundamentais de investigados e terceiros).

Para essa linha de entendimento, seria lícita a valoração dos conhecimentos fortuitos que se destinem ao esclarecimento de um dos crimes catalogados no art. 187 do CPP português, obtidos perante o investigado ou terceiro que tenha participação na conversação telefônica.

Como requisito adicional para o aproveitamento, seria imprescindível utilizar o juízo hipotético de repetição, a fim de verificar se os dados ao acaso preenchem os preceitos de subsidiariedade e proporcionalidade. A não observância cumulativa desses quesitos

5 Como se verá, o CPP português sofreu uma alteração em 2007, passando a disciplinar expressamente as hipóteses de valoração dos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*.

importaria em proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos, por violação aos direitos do investigado e de terceiros (VALENTE, 2006, p. 133-134).

Uma segunda corrente, com destaque para Francisco Aguilar (2004, p. 78-79), sustenta total impossibilidade de valoração das informações acidentais, em sintonia com o posicionamento sustentado por Prittwitz, na Alemanha. Para isso, alega que o Código de Processo Penal português não fazia referência ao instituto, embora o art. 187 dispusesse sobre o regime e aproveitamento dos conhecimentos da investigação. Seria impossível lançar mão de analogia *in malam partem*, com aproveitamento dos elementos fortuitos *stricto sensu* em desfavor do réu.

Ainda segundo essa linha doutrinária, à luz do art. 32, nº 8, da Constituição Federal portuguesa,⁶ a ausência de lei específica a regular a matéria impediria valoração dos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, uma vez que a manobra representaria abusiva intromissão da intimidade e vida privada de particulares e ingerência indevida no sigilo das telecomunicações. Sem norma expressa a reger o assunto, seria impossível proceder ao aproveitamento dos dados casuais de qualquer natureza.

No ano de 2007, ocorreu alteração no art. 187, nº 7, do Código de Processo Penal Português,⁷ prevendo a nova redação do dispositivo que os conhecimentos fortuitos *stricto sensu* poderiam ser utilizados em outros processos, desde que obtidos em desfavor do investigado ou de um intermediário, na condição de partícipe ou coautor do agente criminoso. Fora dessas hipóteses, o aproveitamento das informações ao acaso se daria, somente, com força de *notitia criminis* (FACCINI NETO, 2012, p. 25-26).

Trata-se de posicionamento legal que não se coaduna com o comando normativo expressado no inciso V do § 100b da StPO, porquanto limita grandemente o alcance valorativo dos conhecimentos fortuitos, restringindo-o às hipóteses em que o investigado/intermediário tenha participação nos novos delitos descobertos ao acaso.

6 Art. 32, nº 8, Constituição Portuguesa: "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações."

7 Art. 187, nº 7, CPP português: "Sem prejuízo do disposto no artigo 248º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no nº 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no nº 1".

4.3 Jurisprudência brasileira

Os tribunais superiores pátrios possuem firme posicionamento quanto à admissibilidade dos conhecimentos da investigação obtidos em interceptação telefônica e avançaram na temática até no que concerne aos delitos punidos com detenção e ao empréstimo do acervo probatório a outras áreas do direito.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 78.098, admitiu provas fortuitamente obtidas em interceptação telefônica perante terceiro, em virtude do liame entre as informações casuais e o delito inicialmente investigado.

Na mesma trilha caminha o Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Ordinário em HC 28.794, a Corte aduziu que a identificação fortuita de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuam estreita ligação com o objeto da investigação, não torna ilícita a utilização do acervo captado.

No HC 144.137, a Corte da Cidadania (2012) defendeu que a conexão entre os fatos descobertos e os crimes objetos da interceptação telefônica demandaria aproveitamento das provas obtidas ao acaso, não havendo que falar em prova ilícita.

Conferindo aprofundamento ao tema dos conhecimentos da investigação, o STF (2005), no HC 83.515, sustentou que a conexão entre as infrações penais captadas e o delito ensejador da diligência impõe aproveitamento do acervo fortuito, ainda mais quando perpetradas pelos mesmos investigados, ainda que os delitos recém-descobertos sejam sancionados com pena de detenção. O Pretório Excelso admitiu valoração probatória diante de crimes cuja pena em abstrato destoava da hipótese enunciada no art. 2º, inciso III, da Lei de Interceptação Telefônica.

A Suprema Corte (2009), na questão de ordem suscitada na Petição 3.683, apresentada no Inquérito Policial 2.427, considerou lícita a cessão de informações fortuitas para serem utilizadas em processo administrativo disciplinar (PAD), deflagrado perante os mesmos indivíduos ou outros servidores públicos cujos ilícitos foram descortinados na colheita de provas.

Em recente julgamento sobre a matéria, no HC 150.152, o STF (2016) dispôs que a validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de apuração, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de

outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal.

No que diz respeito aos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, os tribunais superiores admitem valoração dos fatos descortinados ao acaso, não se debruçando com maior afincamento sobre a temática do estado de necessidade investigatório, tampouco sobre o fato de a serendipidade necessitar estar inserida no “catálogo de crimes” do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996.

A Corte Suprema (2010) já decidiu por aproveitamento dos conhecimentos casuais a respeito do delito de tráfico de drogas em interceptação telefônica deferida para apurar crime de extorsão mediante sequestro. No caso apresentado à Corte no Agravo de Instrumento 761.706, a nova infração, embora não conexa, havia sido perpetrada pelas mesmas pessoas que tiveram participação no ilícito contra o patrimônio, pelo que o Tribunal Maior considerou lícita a notícia captada ao acaso.

Em julgamento realizado em 2017, o STF admitiu a possibilidade de valorar fatos fortuitamente obtidos acerca de delito de homicídio, a despeito de a interceptação telefônica ter sido inicialmente deferida para investigar tráfico de drogas. O caso, retratado no HC 129.678, contava com medida cautelar, e o crime descoberto era sancionado com pena de reclusão. O precedente foi veiculado no *Informativo* 869 da Corte.

O STF, ao mencionar que o crime achado preenchia o requisito do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996, realizou ensaio da necessidade de a infração fortuita integrar o catálogo brasileiro de crimes, em sintonia com a doutrina estrangeira sobre o tema.

O Superior Tribunal de Justiça (2017), no que tange à temática apresentada, possui firme entendimento sobre a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitamente obtidos, inclusive no que se refere a delitos sancionados com pena de detenção, ainda que não conexos ou continentes com o crime previamente investigado. Referidas considerações encontram-se dispostas no julgamento do *Habeas Corpus* 376.927.

A Corte da Cidadania chancela posição doutrinária que possibilita mais ampla utilização dos dados casualmente captados, mesmo que não preencham o pressuposto do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996, destoando, portanto, do decidido pelo STF no HC 129.678.

4.4 Notícias da jurisprudência estrangeira

A discussão em torno dos conhecimentos fortuitos teve início na Alemanha, mais precisamente no ano de 1972, em histórica decisão do *Oberlandsgericht* (Tribunal) de Hamburgo. A Corte considerou lícita a valoração de todos os conhecimentos casuais captados em interceptação telefônica licitamente autorizada, pertencentes ou não ao catálogo de crimes do § 100a) da StPO, tendo em vista que o legislador não proibiu expressamente a valoração de tais fatos (AGUILAR, 2004, p. 27-29).

De acordo com o Tribunal, o § 108 e a redação até então vigente do inciso V do § 100b) da StPO enunciavam, respectivamente, que seria lícito, em busca e apreensão, valorar informações de crimes que não motivaram inicialmente a diligência investigativa, ao passo que a destruição das gravações só ocorreria quando as provas fossem prescindíveis para a persecução penal. Aplicando as lições da busca e apreensão à interceptação telefônica e vislumbrando necessidade em prosseguir com as apurações, decidiu o órgão jurisdicional que todos os dados fortuitos poderiam ser licitamente analisados pelo magistrado.

Em 1976, no entanto, o *Bundesgerichtshof* (BGH – Supremo Tribunal Alemão), em decisão destoante do precedente do Tribunal de Hamburgo, sedimentou a tese de que conhecimentos fortuitos somente poderiam ser licitamente valorados se pertencentes a um dos crimes do catálogo do § 100a) da StPO ou, na hipótese de não integrar o rol taxativo de delitos, apenas se os fatos fossem conexos (*Zusammenhang*) a uma das infrações penais catalogadas (AGUILAR, 2004, p. 31-35).

Os dados casuais ausentes do catálogo e com ele não conexos não poderiam, em nenhum caso, sofrer valoração pelo julgador. Os conhecimentos acidentais pertencentes ao rol do § 100a) da StPO e os fatos alheios ao catálogo conexos com o delito ensejador da diligência poderiam ser admitidos pelo julgador, diante dos mesmos investigados ou de terceiros.

Essa orientação jurisprudencial foi alterada apenas após a modificação legislativa imprimida em 1992 no inciso V do § 100b) da StPO, com o advento da lei de combate ao tráfico ilegal de entorpecentes e outras formas de manifestação da criminalidade organizada (OrgKG). Em 1998, a Corte Suprema alemã decidiu que os conhecimentos fortuitos não previstos no catálogo de crimes somente poderiam ser valorados se houvesse estreita referência (*enger Bezug*) com o delito que determinou a interceptação telefônica, materializada em conexão ou concurso de infrações (AGUILAR, 2004, p. 49).

O BGH admite valoração probatória dos conhecimentos fortuitos somente se relacionados a um dos crimes catalogados no § 100a) da StPO. Na ausência de correlação, é necessário haver conexão com a infração penal que motivou o meio de prova, sob pena de não ser possível aproveitamento dos dados relativos ao crime achado.

Em qualquer dos casos, o BGH possui entendimento admitindo valoração das informações acidentais fortuitamente captadas, a despeito de eventualmente não se confirmar o delito que inaugurou a diligência excepcional (AGUILAR, 2004, p. 49-50).

A jurisprudência portuguesa segue os passos da alemã no que tange aos conhecimentos fortuitos. O Supremo Tribunal de Justiça português (STJ), inicialmente, diferenciou os conhecimentos da investigação dos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*. No primeiro caso, o intérprete encontrar-se-ia ainda no âmbito da própria apuração, em maior ou menor proximidade com as infrações penais ensejadoras da interceptação telefônica, ao passo que, na segunda hipótese, a situação seria melindrosa, por não se relacionar com a diligência até então em curso (VALENTE, 2006, p. 111-112).

O STJ prevê quatro requisitos para o lícito aproveitamento dos conhecimentos fortuitos em sentido estrito: (I) as escutas telefônicas de que provieram os dados casuais devem ser deferidas em obediência a todos os pressupostos legais do art. 187 do CPP português – de conteúdo similar aos arts. 2º, 4º e 5º da Lei nº 9.296/1996; (II) as informações casuais necessitam integrar o catálogo de crimes do art. 187 do CPP português; (III) o aproveitamento dos dados deve ser importante para descoberta da verdade ou para prova no processo a que sejam transportados; (IV) o investigado e o terceiro, após obtenção de resultados, devem ter a oportunidade de oferecer contraditório (VALENTE, 2006, p. 112).

De acordo com a jurisprudência portuguesa, os conhecimentos acidentais devem estar relacionados, sempre, a um dos crimes catalogados na Lei Penal Adjetiva, sob pena de sobre eles incidir proibição de valoração. Igual restrição não se aplica às infrações extracatalogares quando em conexão com delito motivador da diligência, visto que integram o rol dos conhecimentos da investigação, sendo lícita a valoração das provas nesse caso.

5 CONCLUSÃO

A temática dos conhecimentos fortuitos *lato sensu* é repleta de nuances e minudências que devem ser conhecidas pelos membros do Ministério Público. Detida análise da maté-

ria lhes permitirá formar convencimento perante os casos concretos quanto à valoração probatória de eventos fortuitamente captados no curso de interceptação telefônica.

Os conhecimentos da investigação integram a mesma unidade apuratória do delito inicialmente investigado, não representando, propriamente, conhecimento fortuito, porquanto atrelado à própria dinâmica da interceptação telefônica. Cuida-se de instituto cujo natural desdobramento, principalmente em delitos envolvendo organizações criminosas, culmina por descortinar novas infrações penais e agentes anteriormente desconhecidos, mas que sempre fizeram parte da história de vida do crime motivador da diligência.

É correta, também, a valoração de dados atrelados à prática de crimes apenados com detenção e de contravenções penais obtidos em conhecimentos da investigação, mesmo que o art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996 preveja que a interceptação telefônica somente poderá ser deferida para apuração de infrações puníveis com reclusão.

Os conhecimentos da investigação não caracterizarem, propriamente, conhecimentos fortuitos, uma vez que integram a linha investigativa do delito motivador da medida cautelar, em razão de conexão, continência ou concurso de crimes.

Os conhecimentos fortuitos *stricto sensu* representam invasão de privacidade de particulares muito maior, se comparados aos conhecimentos da investigação, de modo que requisitos adicionais devem ser impostos para possibilitar a valoração probatória.

É acertada a tese que aceita, com temperamentos, valoração dos dados ao acaso obtidos em desfavor do réu, desde que os novos crimes atendam ao art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996 – sejam sancionados com pena de reclusão.

Deverão os conhecimentos fortuitos ensejar descoberta de infrações penais graves, à luz de critérios de proporcionalidade e subsidiariedade, de sorte que nem toda informação fortuitamente captada poderá ser valorada no curso de uma persecução criminal.

O membro do Ministério Público poderá adotar quaisquer dos posicionamentos existentes sobre o tema em sua atuação cotidiana, valendo-se de sua independência funcional, na forma do art. 127, § 1º, da Constituição Federal.⁸

⁸ Art. 127, § 1º, Constituição Federal: "São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional."

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**. Contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e portugueses. Coimbra: Almedina, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 28.794**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001405121&dt_publicacao=13/12/2012. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Habeas Corpus 144.137**. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, 31 de agosto de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=20090152674_0&dt_publicacao=31/08/2012. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Habeas Corpus 376.927**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 25 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=2016028675_89&dt_publicacao=25/10/2017. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 78.098**. Relator: Min. Moreira Alves, 6 de agosto de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77742>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Habeas Corpus 83.515**. Relator: Min. Nelson Jobim, 4 de março de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Questão de Ordem na Petição 3.683**. Relator: Min. Cézár Peluso, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=5768_45. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Agravo de Instrumento 761.706**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 30 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610496>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Habeas Corpus 150.152**. Relatora: Min. Rosa Weber, 24 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11017024>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Habeas Corpus 129.678**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385778>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso: os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil (Parte II). **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 50, out./nov. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296, de 24.07.96. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos**: a busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006.

4 PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL PARA APURAR CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

*Maria Isabelle Vitorino de Freitas*¹
*Pedro Rodrigo Cavalcante Brandão*²
*Daniel Pereira dos Santos*³

Resumo: O Procedimento Investigatório Criminal (PIC) constitui instrumentalização do *jus persequendi* no Ministério Público Federal (MPF) e também alternativa à requisição de instauração de Inquérito Policial (IPL) às Delegacias de Polícia Federal (DPF). Diante da inegável relevância desse instrumento de investigação para combate ao crime no Brasil, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) elaborou a Resolução nº 181/2017, com o fito de aperfeiçoar as investigações presididas pelo *Parquet* e oferecer soluções concretas aos entraves do Processo Penal pátrio. O presente trabalho cuidará da análise da tramitação desses procedimentos nas procuradorias da República (PR), sob a óptica da apuração do crime de lavagem de dinheiro, previsto pela Lei nº 9.613/1998 e com contornos investigatórios delimitados pela Orientação nº 24/2016 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2ª CCR), para lançar luz a tema que, apesar da relevância jurídica e social, ainda é pouco debatido na comunidade jurídica brasileira.

Palavras-chave: Crime de Lavagem de Dinheiro. Direito. Lei nº 9.613/1998. Ministério Público. Procedimento Investigatório Criminal.

Abstract: *The Criminal Investigation Procedure is a form of instrumentalization of jus persequendi in the Federal Prosecution Service, and also an alternative to requesting a police inquiry in the Federal Police. Considering this relevant investigation instrument for the fight against crime in Brazil, the National Council of Prosecution Services passed Resolution n. 181/2017, that aims to improve investigation by Prosecution Services and to offer concrete solutions to Criminal Proceedings obstacles. This article will analyze these procedures in the Federal Prosecution under the money laundering crime perspective, as defined by Law n. 9,613/1998 and with investigatives boundaries set forth by Orientation n. 24/2016 of the 2nd Chamber of Coordination and Review, enlightening a subject that, although relevant, is still little debated in the Brazilian Law community.*

Keywords: *Criminal Investigation Procedure. Law. Law n. 9,613/1998. Money Laundering Crime. Prosecution Service.*

1 Graduada em Direito pela Autarquia de Ensino Superior de Garanhuns (Aesga). Estagiária do Ministério Público Federal (MPF) na Procuradoria da República em Garanhuns (PE).

2 Graduando em Direito pela Autarquia de Ensino Superior de Garanhuns (Aesga). Estagiário do Ministério Público Federal (MPF) na Procuradoria da República em Garanhuns (PE).

3 Graduando em Direito pela Autarquia de Ensino Superior de Garanhuns (Aesga).

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade hodierna, as mutações impulsionam modificações legislativas, de modo que fenômenos socioculturais antes tolerados passam a sofrer reprimendas proporcionais aos danos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, o órgão persecutor é convocado a maximizar sua atuação, ante as atribuições conferidas pela Lex Magna, para que os clamores sociais de efetividade da repressão estatal possam ser satisfeitos.

Um dos exemplos mais fidedignos dessa realidade é passível de observação na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamentou o processo de instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal e ampliou sensivelmente as ferramentas de investigação à disposição do Ministério Público, de modo a favorecer sua atuação criminal a partir das previsões do art. 127, *caput*, e do art. 129, I, II, VIII e IX, da Constituição da República, bem como do art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e do art. 26 da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Inovações como essa demonstram a necessidade de constante aprimoração da investigação criminal, porque diuturnamente se observa que os delinquentes fazem uso de métodos cada vez mais sofisticados, para não só obter êxito nas empreitadas criminosas, como também para dificultar o trabalho realizado pelas autoridades policial, ministerial e judicial no combate ao crime no país.

Entre as condutas delitivas de maior incidência no Brasil encontra-se a lavagem de dinheiro. Prevista na Lei nº 9.613/1998, representa grande desafio para o Ministério Público, no tocante à comprovação da materialidade e autoria, pois possui como característica precípua a alta complexidade das ações perpetradas pelos agentes, que utilizam meios fraudulentos e torpeza das vítimas para dificultar o trabalho investigativo e alcançar impunidade.

É salutar que o instrumento utilizado para repressão do crime configure também ferramenta de prevenção. É neste ponto que aplicar o regramento norteador do PIC na investigação do crime de lavagem de dinheiro evidencia a destreza do órgão ministerial. Principalmente após a Orientação nº 24/2016 expedida pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que traz uma série de técnicas investigativas, as quais, se aplicadas pelas procuradorias da República, importarão em resultados benéficos e eficazes no combate ao crime.

É objeto deste trabalho revisão bibliográfica da literatura jurídica contemporânea apta a conduzir o leitor entre os meandros da origem do Ministério Público, de suas atribuições e dos meios pelos quais se torna possível a persecução penal. Far-se-á breve análise da criminalização da lavagem de dinheiro. Finalmente, explorará os contornos do Procedimento Investigatório Criminal em uma apuração de lavagem de dinheiro.

Buscar-se-á responder alguns questionamentos pertinentes à temática: o Procedimento Investigatório Criminal é instrumento hábil na persecução penal no crime previsto na Lei nº 9.613/1998? Se sim, quais as diligências necessárias a fim de comprovar a autoria e a materialidade da conduta?

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PRERROGATIVA DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL

A origem do Ministério Público (MP) é objeto de grande celeuma doutrinária. É possível encontrar doutrinadores que defendem o surgimento da Instituição no antigo Egito, com a figura do funcionário real denominado *Magiaí*; em Esparta, por meio dos líderes éforos, ou em Roma, com os *advocatus fisci* e os *procuratores cæsaris*.

Em que pese essas divergências, a doutrina majoritária converge quanto à França ter sido o país que conferiu os contornos das atribuições exercidas pelo Ministério Público até os dias atuais. Não, entretanto, em termos absolutos, haja vista o debate quanto ao momento em que ali se deu o surgimento do órgão.

Aduz Bernardo Gonçalves Fernandes (2015, p. 1.071):

[...] até mesmo na corrente majoritária que remonta à França existem divergências, pois para uns a criação do Ministério Público se deu em 1302 com a figura oficial dos procuradores do rei. E, para outros, com os quais coadunamos, aquilo que concebemos hodiernamente como Ministério Público “é filho da democracia clássica e do Estado de Direito advindos da Revolução Francesa de 1789”, sendo, portanto, produto do final do século XVIII e início do século XIX com a nova ordem jurídica instalada com a ruptura com o poder absoluto e o surgimento da limitação constitucional do poder.

Naquilo que concerne à aparição do *Parquet* no Brasil, já na Constituição de 1824 o ordenamento jurídico ensaiava a previsão dos poderes do órgão, conforme seu art. 48:

“No juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

De igual modo, ainda que não de forma expressa, fizeram os textos constitucionais de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969. Foi apenas com o advento da *Lex Magna* de 1988 que ocorreu verdadeira evolução no tratamento conferido ao Ministério Público como órgão com função essencial à justiça. Segundo Paulo Gustavo Guedes Fontes (2006, p. 18):

[...] na Constituição de 1988, nenhuma instituição do Estado saiu tão fortalecida e prestigiada como o Ministério Público, em relação aos nossos textos constitucionais anteriores. A instituição foi, com efeito, consideravelmente transformada pelo constituinte de 1988, que desejou fazer dela uma garantia geral da ordem jurídica, independente dos três Poderes da República. Essa independência (orgânica, administrativa e funcional) pode ser analisada em relação aos três Poderes (§ 1º).

No Capítulo IV, Seção I, da Carta Magna, nota-se que o *Parquet* possui especificações rigorosamente delimitadas para desenvolvimento de suas atribuições. Isso não implica limitação, visto que o caráter inequívoco de instituição autônoma e independente dos Poderes originários da tripartição lhe confere subsídios suficientes para atuação eficaz na sociedade.

A partir da atual Constituição, em processo de abertura democrática, o MP deixou de atuar em nome do Estado para defender a sociedade em face, também, dos interesses das unidades federativas, pois passou a ser considerado órgão de defesa dos interesses sociais, como pondera Pedro Henrique Demercian (2009, p. 66):

Enfatizou-se a peculiar natureza jurídica desse órgão, que não integra e tampouco se submete à hierarquia do Estado-Aparato; o espaço de autonomia do Ministério Público passa a ser bastante distinto de outros entes Estatais, notadamente porque ele é, na verdade, o próprio fiscal do poder.

Para atender a sua função institucional, a Carta Magna estabeleceu como órgãos componentes do MP brasileiro os ministérios públicos estaduais e o Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público Militar (MPM) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

Para garantir sua atuação eficaz e eficiente, foi necessário, ainda, atribuir-lhe garantias e prerrogativas visando atingir a finalidade contida no art. 127, *caput*, da CF, qual seja, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, dispõem os §§ 1º e 2º do mesmo artigo como princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, além de autonomia funcional e administrativa.

Pedro Henrique Demercian (2009, p. 66) explicita:

Na prática, isso significa que a instituição não se submete a qualquer outro poder do Estado, assumindo, na inter-relação com outros entes da administração, plena independência para gerir o próprio destino e atuar, na formação do seu convencimento, com liberdade e livre de interferências externas.

É com fundamento nas razões acima que ao Ministério Público cabe, no âmbito criminal, promoção da persecução penal pública e controle externo da atividade policial, segundo o art. 129, I e VII, da CF, bem como o dever de exercer fiscalização da execução da lei, conforme o art. 257, II, do Código de Processo Penal.

Há posicionamento doutrinário que aduz a impossibilidade de o MP proceder à investigação criminal, pois não possuiria imparcialidade necessária para a persecução penal. Demercian (2009) assevera que não se deve confundir a imparcialidade do Judiciário com objetividade, que significa atuação dentro dos limites da lei, de modo que o membro deve agir com objetividade, livre de idiosincrasias e paixões, com respeito ao princípio da isonomia e fundamentação de suas decisões.

Ao atribuir ao MP a titularidade da ação penal pública, o constituinte pretendeu atuação com livre convicção e isenta de interferências externas, além da garantia de que o monopólio da ação penal represente aplicação dos direitos fundamentais da pessoa investigada.

A responsabilidade da Instituição no trato da ação penal é um poder-dever e subsidia-se na autonomia que lhe é inerente para fiscalizar externamente a atividade policial e conduzir procedimentos investigatórios próprios, bem como pelo sistema acusatório adotado pela legislação pátria.

Alexandre Amaral Gavronski e Andrey Borges de Mendonça (2013, p. 131) asseveram:

[...] no sistema acusatório é essencial a existência de uma acusação, formulada por órgão distinto daquele que irá julgar o feito. Como dito, a Constituição adotou referido princípio, ao dispor que somente o Ministério Público poderá propor a ação penal pública. Em outras palavras, hoje incumbe ao Ministério Público, com exclusividade, definir se é caso ou não de propor a ação penal pública. **Não pode ser, em hipótese alguma, forçado a oferecer ação penal pública, seja de maneira direta ou indireta.** Mesmo quando o juiz discorde da promoção de arquivamento do Ministério Público, aplicando o art. 28 do CPP, estará apenas exercendo uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal. (grifo dos autores)

Em decorrência do sistema acusatório, cabe somente ao MP a delimitação do objeto da prestação jurisdicional, o que permite, com a autonomia atribuída constitucionalmente, apuração de *notitia criminis* por meio de poderes investigatórios.

O poder de investigação encontra-se consubstanciado na teoria dos poderes implícitos, pois a titularidade da ação penal pressupõe meios investigatórios que forneçam elementos probatórios para possível ajuizamento de denúncia. Extrai-se do princípio que, ao passo que o constituinte conceda um poder, é preciso que tal poder englobe os outros necessários e condizentes com seu exercício, conforme já entendeu o STF, em repercussão geral, no seguinte julgado:

[...] o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado.⁴

O poder de investigação do MP também está previsto no art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993, que trata da organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

- I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
- II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 593.727 (repercussão geral). Relator: Min. Cézár Peluso, 14 de maio de 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 8 set. 2015.

III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V – realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX – requisitar o auxílio de força policial. (Grifo nosso)

No mesmo sentido é o enunciado 12 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

O membro do Ministério Público Federal, no exercício das suas atribuições institucionais, tem legitimidade para realizar atos investigatórios, podendo reduzir a termo depoimentos de ofendidos, testemunhas e convocar pessoas investigadas para prestar esclarecimentos, valendo-se ainda dos demais procedimentos que lhe são conferidos pela Lei Complementar nº 75/93.

Emerge para o Ministério Público a possibilidade de investigação criminal por meio de requisição de inquérito policial, na qual o MP funciona como órgão fiscalizador externo, ou pelo procedimento investigatório criminal (PIC), em que a condução das investigações ocorre sob determinação do membro do *Parquet*, e a realização de diligências, pelos integrantes da unidade ministerial.

Resta clara a possibilidade de o *Parquet* utilizar meios próprios para identificar infrações penais e sua autoria, como expedição de notificações e requisições, além de outros meios que não sejam incompatíveis com a finalidade e que garantam os direitos fundamentais do investigado.

As disposições procedimentais do PIC estão regulamentadas na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que expõe peculiaridades acerca da instauração e tramitação desses autos apuratórios.

Em seu art. 1º, a Resolução nº 181 dispõe:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

Observa-se da redação do artigo que a finalidade do PIC condiz com a atuação criminal do MP, uma vez que pode ser utilizado na apuração de delitos de iniciativa pública, de modo a subsidiar possível ação penal, embora não seja condição de procedibilidade ou pressuposto processual desta, conforme preceitua o § 1º do mesmo artigo.

Extrai-se ainda do artigo a não exclusividade de investigação por PIC, pois, de acordo com o § 2º, “não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública”.

Instauração de PIC pode se dar por provocação ou *ex officio*, diante da ciência, por qualquer meio, do cometimento de infração criminal. Exige-se que seja instaurado por portaria fundamentada, registrada e autuada, “com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais”, como preceitua o *caput* do art. 4º.

Gavrinski e Mendonça (2013, p. 148) observam que se deve “evitar, na portaria, a indicação de quem será investigado, até mesmo em face do caráter inicial das investigações, que podem direcionar para outros a responsabilidade pelos fatos”.

O PIC deve ser dotado de desburocratização e não requer formalização minuciosa de todos os atos, de forma a garantir a autonomia investigatória dotada ao membro. Podem ser realizadas diversas diligências para sua instrução, como as indicadas no art. 7º:

Art. 7º O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares;

- II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- III – requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;
- IV – notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;
- V – acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;
- VI – acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;
- VII – expedir notificações e intimações necessárias;
- VIII – realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;
- IX – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- X – requisitar auxílio de força.

A resolução determina que as diligências devem ser documentadas de forma sucinta e circunstanciada, e a colheita de informações e depoimentos deve ser feita preferencialmente por gravação audiovisual (arts. 8º e 9º).

O art. 14 prevê persecução patrimonial no PIC, por meio da qual se busca impedir a percepção de vantagens advindas de delito, tendo a lei se referido a qualquer benefício, bens ou valores lícitos equivalentes. Podem ser requeridas medidas cautelares reais, confisco definitivo e identificação do beneficiário econômico final da conduta.

Em regra, os atos e peças do PIC são públicos, excetuada a possibilidade de decretação de sigilo, por decisão fundamentada, em virtude de razões de interesse público ou conveniência da investigação (art. 15).

Devem-se preservar os direitos de vítimas e testemunhas, pois, segundo o art. 17, é atribuído ao membro, além do resguardo da segurança, a tomada de "medidas necessárias para a preservação dos seus direitos, a reparação dos eventuais danos por ela sofridos e a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem".

Entre as medidas protetivas, a legislação garante requisição de proteção policial e inclusão em Programa de Proteção de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas ou em Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados, além do encaminhamento à rede de assistência.

A resolução ainda dispõe que se, após a instrução, for verificada inexistência de fundamento para propositura de ação penal, o membro poderá, por decisão fundamentada, arquivar o procedimento perante o juízo competente para sua atribuição.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO E A LEI Nº 9.613/1998

No que concerne à criminalização da lavagem de dinheiro, em um primeiro momento, a conduta tornou-se penalmente relevante em países com forte atuação de organizações criminosas poderosas, como os Estados Unidos (EUA) e a Itália.

Os estudiosos do tema referem-se aos Estados Unidos como o país precursor da expressão “lavagem de dinheiro”. Foi em meados da década de 1920 que as máfias norte-americanas iniciaram o processo de busca de aparente idoneidade dos recursos angariados por meio de atividades ilícitas de seus componentes. Para tanto, aplicavam métodos engenhosos que tinham o fito de ocultar a origem dos ativos das autoridades policiais e judiciais e frustrar qualquer operação que visasse ao rastreamento do dinheiro.

O meio para esse tipo de operação estava centrado no mecanismo de declarar os montantes vultosos como sendo de lavanderias de roupas, haja vista a impossibilidade de as autoridades acompanharem com precisão a movimentação financeira desse tipo de atividade empresarial. Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 790) assevera:

Decorrente da cultura norte-americana, origina-se da década de 20, nos EUA, quando a Máfia criou várias lavanderias para dar aparência lícita a negócios ilícitos, ou seja, buscava-se justificar, por intermédio de um comércio legalizado a origem criminosa do dinheiro arrecadado. Em outros países, o delito é chamado de branqueamento de dinheiro (Portugal, França e Espanha). Nos EUA, porém, consolidou-se a denominação lavagem de dinheiro (*money laundering*).

Acerca da criminalização da conduta no Brasil, a adoção de legislação com o fito de prevenir e reprimir a lavagem de dinheiro foi tardia, haja vista que o surgimento de leis nesse sentido ocorreu entre as décadas de 1980 e 1990 em outros países, enquanto o ordenamento jurídico pátrio passou a contar com sua lei apenas em 1998.

O intuito de criminalização da conduta já verificável na promulgação da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de

Viena), por meio do Decreto nº 154/1991, assinado pelo presidente Fernando Collor. Veja-se o art. 3º, b, II do texto legal:

[...] a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão.

Além dessa convenção, o Brasil também se tornou signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que, ratificada pelo Decreto nº 5.015/2004, dedica o art. 6 a tratar da criminalização da lavagem do produto do crime e o art. 7 a oferecer meios de combate à referida conduta delitativa.

Entre as medidas previstas no art. 6, tem relevância a do ponto 1, a, II: “II) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime”.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida) foi internalizada por meio do Decreto nº 5.687/2006 e trouxe no art. 14 uma série de medidas a serem empregadas como forma de prevenir a lavagem de dinheiro. Entre elas encontra-se o comprometimento dos Estados em cooperar internacionalmente com a prevenção do crime, conforme o ponto 5 do artigo.

Sedimentou-se a expressão “lavagem de capitais” em textos oficiais brasileiros, em detrimento do termo “branqueamento”, de países como Espanha, França e Portugal. De acordo com Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (2006, p. 33):

[...] o legislador pátrio preferiu o *nomen juris* “crimes de lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613/98), justificando a escolha em duas razões. Primeiro, a “**lavagem de dinheiro**” estaria “**consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*)**”. Depois, “branqueamento” sugeriria a “inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões”. A opção por iniciar pelo termo “lavagem” parece correta, posto que incorporado à língua portuguesa, escrita e falada no Brasil. Palavra de origem francesa, utilizada no garimpo do ouro,

veio a ser empregada como sinônimo de “desmonte”. No momento, o sentido corrente prende-se à ação ou efeito de lavar, portanto, de limpar. Na mesma acepção antiga de “lavadura”. (Grifo nosso)

Esmiuçar as motivações do legislador na escolha do *nomen juris* também propicia a percepção da ligação entre a conduta delitiva e outras práticas ilícitas. Essa necessidade de ligação com infração penal diversa se justifica pela característica parasitária do delito de lavagem. Ratificam a concepção Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 58):

A lavagem de dinheiro exige que os bens, direitos ou valores a serem introduzidos na economia ou no sistema financeiro sejam oriundos de um delito, denominado “crime antecedente” pela legislação brasileira (v. art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998). Trata-se de elemento normativo do tipo. **Nesse sentido, portanto, a lavagem depende de um crime principal, primário ou anterior – chamado antecedente –, sem o qual não se configura. Por isso, o delito de lavagem de dinheiro é considerado crime acessório, secundário ou derivado.** (Grifo nosso)

Diferentemente do que sugere o senso comum, não é apenas aos crimes de colarinho branco que se vincula esse tipo criminal. Restringi-lo a um rol taxativo de delitos antecedentes, como ocorria com a redação original da Lei nº 9.613/1998, obstava a persecução criminal em face de delinquentes que incorriam na prática de condutas consideradas como meras contravenções penais, como o jogo do bicho.

De acordo com Márcio André Lopes Cavalcante (2012, p. 3), a importância da modificação justifica-se a partir dos seguintes argumentos:

O chamado “jogo do bicho” não é previsto como crime no Brasil, sendo considerado apenas contravenção penal tipificada no art. 51 do Decreto-Lei nº 3.688/1941. Logo, os chamados “bicheiros” ganhavam muito dinheiro e, com essa quantia, compravam imóveis e carros em nome da esposa, parentes, amigos, que funcionavam como “laranjas” ou então abriam empresas de fachada apenas para “esquentar” as quantias recebidas com a contravenção penal. Tal conduta de ocultação ou dissimulação do dinheiro “sujo” passa somente agora a ser punida como lavagem, nos termos do novo art. 1º da Lei nº 9.603/98.

A eliminação do referido rol taxativo transforma o texto normativo em lei de terceira geração, visto que amplia consideravelmente as condutas passíveis de reprimenda. Pode-se punir quaisquer das ações nucleares previstas no art. 1º da lei, cujo ato antecedente configure infração penal, e não apenas crime, com a modificação da Lei nº 12.683/2012.

Em que pese à efusividade com a qual a alteração foi recebida por juristas como Guilherme de Souza Nucci, a ausência de taxatividade na lei que dispõe sobre a lavagem de dinheiro foi alvo de duras críticas por parte da doutrina. Entre os opositores da nova redação está Baltazar Junior (2017, p. 1.088), que aduz:

Em minha posição, a alteração, embora esteja de acordo com as recomendações internacionais, resultou, nesse caso, demasiadamente aberta, abrangendo, por exemplo, aquele que enterra o produto do furto, pois estará ocultando a localização de um bem proveniente do crime. Melhor solução seria, então, inserir no tipo um valor mínimo para a sua configuração, ou outra elementar que limitasse, de alguma forma a incidência do tipo de lavagem, tendo em vista a quantidade da pena, que é elevado, bem como do fato corriqueiro de que alguma tentativa de dissimulação do produto do crime ocorrerá em relação à quase totalidade dos delitos que geram proveito material.

Observa Sergio Fernando Moro (2010, p. 36):

[...] a eliminação do rol gera certo risco de vulgarização do crime de lavagem, o que pode ter duas consequências negativas. A primeira, um apenamento por crime de lavagem superior à sanção prevista para o crime antecedente, o que é, de certa forma, incoerente. A segunda, impedir que os recursos disponíveis à prevenção e à persecução penal sejam focados na criminalidade mais grave.

Conforme esses excertos, a oposição à exclusão do rol de crimes antecedentes da Lei nº 9.613/1998 teme banalização do texto normativo. A lei perderia a essência de combater a lavagem de dinheiro no nascedouro das condutas criminosas cujos resultados são mais danosos à sociedade, visto que também se prestaria a perseguir autores de infrações de menor potencial ofensivo.

Ponto de relevância consiste na inexistência de exigência legal de julgamento do crime antecedente à lavagem de dinheiro e na possibilidade de se julgarem em único processo, conforme o art. 2º da lei.

Isso não implica a necessidade de judicialização dos procedimentos de investigação da conduta, pois a denúncia por lavagem de dinheiro poderá ser oferecida pelo Ministério Público ainda que instruída apenas com indícios da infração penal que a antecede, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

O delito de Lavagem de Dinheiro não constitui *post factum* impunível em relação à infração penal antecedente. Embora o delito de Lavagem de Dinheiro seja um crime acessório, ele não configura *post factum* impunível em relação à infração penal antecedente, havendo concurso de crimes. STJ. [...] **Por definição legal, a lavagem de dinheiro constitui crime acessório e derivado, mas autônomo em relação ao crime antecedente, não constituindo *post factum* impunível, nem dependendo da comprovação da participação do agente no crime antecedente para restar caracterizado.**⁵ (Grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal segue a mesma linha:

[...] **A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro.** Nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9.613/98, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes”, bastando que a denúncia seja “instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente”, mesmo que o autor deste seja “desconhecido ou isento de pena”. Precedentes (HC 89.739, rel. min. Cezar Peluso, *DJe* 152 de 15/8/2008).⁶ (Grifo nosso)

A materialidade que deve ser comprovada neste momento é somente a do crime de lavagem de dinheiro. Deve o órgão persecutor analisar se a conduta se encaixa em um dos verbos do tipo do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/1998, sem prejuízo da ocorrência de ambos em concomitância – fato que configurará tipo misto alternativo.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Recurso especial 1.342.710/PR. Relatora: Min. Maria Tereza de Assis Moura, 22 de abril de 2014. **Diário de Justiça eletrônico, 2 maio 2014.**

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). Habeas corpus 94.958/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 9 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça eletrônico, 6 fev. 2009.**

A primeira ação tipificada centra-se na ocultação, palavra similar ao termo “sonegação”, que implica conduta para esconder das autoridades a ilicitude que conecta o ativo com uma infração penal. Exemplo elucidativo de sua ocorrência encontra-se no depósito de valores em contas localizadas em paraísos fiscais.

Em compilação de casos realizada pela unidade de inteligência financeira brasileira, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), o Caso 25 (2001, p. 50) detalha o *modus operandi* verificável na ocultação criminosa de valores:

[...] O dinheiro das drogas entrava num país do continente americano sob a forma de carregamentos de dinheiro em espécie, vindos por barco ou avião. O grupo de Rick recebia o dinheiro em pacotes selados e procurava fazer a lavagem do dinheiro mediante uma série de transações de ocultação, envolvendo diversos países. Após um depósito inicial de dinheiro em espécie em várias contas bancárias, Rick facilitava a lavagem autorizando um agente no exterior a transferir recursos das contas iniciais para as contas pessoais de diversos intermediários no exterior. Cada intermediário então preparava a transferência dos fundos de volta para o país (*back-to-back transfer*), para contas do Banco Central Nacional, e obtinha uma autorização para que os recursos fossem transferidos dessa instituição. Antes de o dinheiro ser transferido de volta, Rick sempre telefonava novamente para o intermediário, para pedir o cancelamento da transferência. O intermediário era deixado com os recursos em sua conta. Os recursos eram então sacados em espécie e transferidos via cabo para outras contas diferentes. Isso era feito com a documentação de autorização do Banco Central, que serviria para explicar a origem dos recursos. O Banco Central estava, inadvertidamente, sendo usado para dar maior probidade ao dinheiro do tráfico.

Tem-se também o verbo dissimular, que além de expressar o ato de o agente disfarçar a conduta delitiva, traz a exigência de fraude. Observa Rodolfo Tigre Maia (2007, p. 66): “dissimular’ é encobrir, disfarçar, mascarar, fraudar, escamotear ou alterar a verdade. Assim, é possível dissimular a localização de um bem modificando a sua aparência exterior para que não seja reconhecida [...]”.

Independentemente do núcleo do tipo a que a conduta esteja amoldada, o órgão acusatório deverá comprovar o elemento subjetivo na forma de dolo, não se admitindo modalidade culposa. Todavia, configura verdadeira celeuma jurídica a exigência de

o agente que omitiu ou dissimulou bens, dinheiro ou valores ter conhecimento do crime antecedente.

Advoga a favor da exigência de conhecimento prévio do agente acerca da ilicitude originária dos ativos Marco Antônio de Barros (2008, p. 59):

[...] mister se torna reconhecer que a consciência por parte do autor do fato, no sentido de que os bens procedam de um delito anterior é um elemento normativo do tipo, pois para que o sujeito o conheça, necessita realizar previamente um processo de valoração. Por isso, **só se configura o crime de “lavagem” quando o sujeito ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores, “sabendo” que estes são provenientes de ao menos um dos delitos primários.** (Grifos nossos)

A exigência de elemento subjetivo específico formou corrente majoritária nos tribunais brasileiros. Sustenta de modo divergente Sergio Fernando Moro (2008, p. 60), que, fazendo alusão à teoria anglo-saxônica da “cegueira deliberada”, tece considerações acerca da admissibilidade de dolo eventual na lavagem de dinheiro:

Como a lei brasileira não exige explicitamente tal conhecimento específico, e como há a tendência de divisão de tarefas entre o agente do crime antecedente e o agente da lavagem, a melhor interpretação do artigo 1o da Lei n. 9.613/1998 é aquela no mesmo sentido do citado dispositivo na legislação norte-americana, ou seja, **o dolo, pelo menos direto, deve abranger o conhecimento de que os bens, direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividades criminosas, mas não necessariamente o conhecimento específico de qual atividade criminosa ou de seus elementos e circunstâncias.** (Grifo nosso)

Existe outra controvérsia, atinente ao bem jurídico tutelado pelo Estado. Há duas correntes predominantes, uma segundo a qual o objeto jurídico é a administração da justiça e outra para a qual o intuito do legislador com a Lei nº 9.613/1998 foi proteger a ordem econômico-financeira.

A literatura jurídica é vasta na discussão deste tema. Todavia, é possível detectar certa tendência dos tribunais em considerar o delito como pluriofensivo, conforme se observa em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente responder por lavagem de dinheiro, **dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos** e à autonomia deste delito.⁷ (Grifo nosso)

Interpretar a pluralidade de bens jurídicos passíveis de lesão pelo crime de lavagem implica também análise da competência para julgar o delito. A depender da ofensa causada ao bem jurídico tutelado pelo Estado no crime antecedente, a competência pode ser modificada, conforme percebe Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 813):

[...] a lavagem de capitais é um delito capaz de afetar vários bens jurídicos, dentre eles a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, a paz pública e a administração da Justiça. Ora, quando lesar diretamente o sistema financeiro, por certo, a competência é da Justiça Federal, o que vem determinado pelo inciso III, a, deste artigo. Quando o delito antecedente for de competência da Justiça Federal, a lavagem também o é. No mais, cabe à Justiça Estadual apurar e punir o responsável. Afinal, a ordem econômica tem por sujeito passivo a sociedade; a ordem tributária, o Estado (que pode ser a União, Estado-membro e Município); a paz pública, a sociedade; a administração da Justiça, o Estado. Enfim, a União e suas entidades autárquicas e empresas públicas não são sempre afetadas pelos delitos de lavagem de capitais. Ademais, com a modificação introduzida pela Lei 12.683/2012, deixa-se bem claro o interesse do Estado no feito por lavagem de capitais, estabelecendo-se a perda dos bens, direitos e valores do crime em seu favor, nos casos de competência da Justiça Estadual (art. 7º, I, desta Lei).

O delito de lavagem atravessa fases em seu processo de execução. Acerca dessas fases, a doutrina majoritária, franqueada por Baltazar Júnior (2017), adota os moldes estabelecidos pelo Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro (Gafi), a saber: a) *placement*, que importa na cisão dos valores; b) *layering*, que configura a efetiva lavagem de dinheiro a partir da distribuição de valores fracionados; c) *integration*, em que os valores já aparentemente limpos passam a ser utilizados em negócios lícitos.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). REsp 1.234.097/PR. Relator: Min. Gilson Dipp, 3 de novembro de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**, 17 nov. 2011.

4 MEIOS INVESTIGATÓRIOS EMPREGADOS PELO PARQUET FEDERAL NA APURAÇÃO DE LAVAGEM DE ATIVOS

4.1 Os mecanismos de prevenção e repressão

Para enfrentar crimes de alto potencial ofensivo, um Estado deve, além de atuar na repressão, elaborar medidas de prevenção para mitigar a perpetração desse tipo de delito. A legislação que criminalizou a lavagem de dinheiro também cuidou de instituir um sistema de prevenção, que envolve não só o Poder Público, como também instituições privadas, mediante políticas internas que visam ao conhecimento dos próprios clientes, para que, em caso de identificação de operações suspeitas por parte destes, a entidade imediatamente comunique a ocorrência à unidade de inteligência.

Recai sobre as entidades fiscalizadoras e regulamentadoras do Sistema Financeiro Nacional (SFN) a responsabilidade de promover controle administrativo de operações financeiras e aplicar penalidades administrativas em caso de descumprimento das normas da Lei nº 9.613/1998.

Acerca da distribuição da fiscalização, José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 1129-1130) preleciona:

- a) ao BACEN cabe a fiscalização de instituições financeiras, empresas de compra e venda de moeda estrangeira ou ouro, de arrendamento mercantil e administradoras de consórcios;
- b) à CVM compete a fiscalização de corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários; bolsas de valores; bolsas de mercadorias e futuros;
- c) à PREVIC é atribuída a fiscalização de entidades fechadas de previdência privada (fundos de pensão);
- d) à SUSEP toca a fiscalização de entidades de seguro e capitalização;
- e) finalmente, ao COAF, que tem a competência residual (art. 14, § 1º), incumbe fiscalizar empresas que exploram cartões de crédito, meios eletrônicos ou magnéticos para transferência de fundos, factoring, sorteios e promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis.⁸

⁸ Bacen = Banco Central do Brasil. CVM = Comissão de Valores Mobiliários. Previc = Superintendência Nacional de Previdência Complementar. Susep = Superintendência de Seguros Privados.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras desempenha papel vital no sistema de fiscalização da movimentação de ativos. É sua a atribuição de encaminhar ao Ministério Público o Relatório de Investigação Financeira (RIF), obtido mediante análise de operações suspeitas ou atípicas. Sergio Fernando Moro (2010, p. 20) observa:

Recebida a informação quanto a uma operação suspeita, o órgão de inteligência, após prévia avaliação quanto à presença ou não de indícios de crime, deve encaminhá-la a autoridade competente para a investigação do fato, o Ministério Público ou a autoridade policial.

Tal incumbência se justifica em virtude de sua natureza de unidade de inteligência financeira, vinculada ao Ministério da Fazenda, que opera com autonomia em face do Poder Judiciário, a despeito do manejo de dados sigilosos. Essa independência funcional também implica a possibilidade de os relatórios elaborados pelo Coaf serem utilizados como meio de prova pelo órgão acusador, ainda que tenham sido elaborados a pedido do Parquet, conforme decisão recente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES AO CONSELHO DE ATIVIDADES FINANCEIRAS – COAF EFETUADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA A *PRIORI* DE VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DO PARTICULAR.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou ser legítima a investigação realizada pelo Ministério Público.

2. A provocação inicial do órgão acusatório "não desnatura a comunicação do ilícito indiciariamente constatado pelo COAF, que possui prerrogativa de encaminhar Relatório de Inteligência Financeira comunicando a operação suspeita". (RHC 73.331/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, *DJe* 17/11/2016).

3. O mero fato de o Ministério Público ter efetuado solicitação de manifestação do COAF sobre eventuais irregularidades nas movimentações financeiras de pessoa (física ou jurídica) investigada, por si só, não constitui, necessariamente, risco de obtenção de informações protegidas pelo sigilo fiscal e, portanto, independe de prévia autorização judicial.

4. Se o art. 1º, § 3º, IV, da Lei 9.613/98 admite que o COAF comunique "autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administra-

tivos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”, não há motivo para que o Ministério Público deixe de dirigir solicitação ao órgão no sentido de que investigue operações bancárias e fiscais de pessoa (física ou jurídica) sobre as quais paire suspeita e comunique, **ao final, suas conclusões**. Assim, o MPF “não possui acesso aos bancos de dados sigilosos do COAF, existindo apenas um intercâmbio de informações por sistema eletrônico, criado pelo próprio órgão, objetivando atender ao preconizado no artigo 15 da Lei de Lavagem de Dinheiro”.

5. O que define a violação à garantia do sigilo fiscal e bancário é o conteúdo das informações constantes no relatório apresentado pelo COAF, conteúdo esse cuja utilização pode ser questionada mesmo que a comunicação de eventual *notitia criminis* seja efetuada *sponte propria* pelo COAF. Nesse sentido, tem-se orientado a jurisprudência desta Corte quando salienta que “a comunicação feita à autoridade policial ou ao Ministério Público não pode transbordar o limite da garantia fundamental ao sigilo, o que significa dizer que a obtenção dos dados que subsidiaram o relatório fornecido pelo COAF necessita de autorização judicial.” (HC 349.945/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 2/2/2017). Precedente recente da Quinta Turma: RHC 49.982/GO, por mim relatado, Quinta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017

6. Situação em que o voto condutor do acórdão recorrido salientou que, no caso concreto, o Relatório de Informações Financeiras (RIF), embora revelador de movimentações atípicas de parte da impetrante, não forneceu dados sigilosos, para além do permissivo legal.

7. A mera solicitação de providência investigativa não demanda a fundamentação própria de um ato decisório judicial, nem tampouco precisa estar amparada nos mesmos requisitos necessários para a solicitação da quebra de sigilo bancário, se as informações solicitadas não são protegidas pelo sigilo.

8. Não é abusiva, nem despropositada a solicitação de informações a respeito de eventuais irregularidades financeiras de investigado(s), quando amparada em representação subscrita por vários conselheiros e sócios de agremiação esportiva que descrevia transação suspeita de um determinado atleta, além de recebimento de vantagens indevidas em contratos de fornecimento de material esportivo, envolvendo o então presidente do

clube e a representante judicial da empresa investigada, com quem o mencionado dirigente mantinha, à época, relação amorosa.

9. Não existe dispositivo legal que exija que o Ministério Público ouça primeiramente o investigado antes de solicitar provas no procedimento investigatório anterior à denúncia.

10. Recurso ordinário a que se nega provimento.⁹ (Grifo nosso)

A possibilidade de uso das informações colhidas pela unidade de inteligência financeira em ação penal não pressupõe que esta seja a função precípua dos relatórios. É também por meio dessa coleta de dados que se torna possível observar atos suspeitos que ensejam atitudes para dificultar a prática criminosa. É, portanto, ferramenta de prevenção.

Importa registrar a existência de Laboratórios de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro (os LAB-LD). Esta ferramenta foi resultado da Meta 16 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) para 2006. Teve como objetivo a criação de laboratórios aptos a agir de forma célere na análise de grande volume de dados, com recursos humanos especializados, de modo a garantir sucesso das investigações. O sítio eletrônico do Ministério da Justiça informa:

1. Os Laboratórios de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) constituem uma rede de computadores com softwares específicos para análise e cruzamento de dados.
2. Os LAB-LD atuam quando uma investigação policial ou do Ministério Público solicita ao Judiciário a quebra de sigilo fiscal, bancário ou telefônico de uma ou mais pessoas.
3. Os servidores que atuam no LAB-LD rodam em seus programas buscas por padrões de comportamento dos investigados. Procuram por nomes, números de telefone ou contas bancárias que se repetem ou recebem remessas de recursos.
4. O trabalho investigativo continua. As informações são cruzadas com as declarações de renda tanto do investigado quanto de familiares ou pessoas que se repetem no banco de dados. É possível visualizar, por exemplo, uma rede de pequenas remessas em diversas contas até que uma grande remessa é realizada para uma única conta.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). Recurso em mandado de segurança 52.677. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 27 de abril de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**, 5 maio 2017.

5. Os sistemas então geram relatórios estatísticos e analíticos que subsidiavam as investigações e os processos judiciais que objetivam o resgate de bens e valores frutos de crimes como a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Em que pese a existência de diversas unidades de LAB-LD nos ministérios públicos estaduais, eles ainda não foram instalados em todas as procuradorias de República, de modo que parcerias entre os MPs são estimuladas.

São possíveis as técnicas de infiltração policial e ação controlada quando a investigação do crime de lavagem de dinheiro ocorrer por meio inquérito policial, com fulcro nos arts. 10 e seguintes da Lei nº 12.850/2013, desde que respeitado o devido processo legal.

Segundo Eduardo Araújo da Silva (2014), a infiltração de agentes consiste em técnica de investigação criminal ou de obtenção de prova, na qual o agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra em uma organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações de seu funcionamento. Deve apresentar como características básicas: dissimulação, ou seja, ocultação da condição de agente oficial e suas verdadeiras intenções; engano, pois toda operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter confiança do suspeito; e interação, isto é, relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.

4.2 A Orientação nº 24/2016 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal

Ao tomar conhecimento de notícia criminis, o membro do *Parquet* pode requisitar instauração de Inquérito Policial ou instaurar Procedimento Investigatório Criminal na própria promotoria ou procuradoria, nesse caso devendo proceder à abertura dos autos por meio de portaria inaugural, momento em que já deve determinar diligências preliminares.

Devido à garantia constitucional de autonomia e independência funcional, é possível condução do procedimento por diligências derivadas de linha investigatória determinada pelo próprio membro. Contudo, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (2ª CCR) elaborou a Orientação nº 24/2016, visando à aplicação de táticas mais efetivas na atuação das procuradorias da República na apuração de lavagem de dinheiro, sobretudo em razão das dificuldades de investigação, dada a natureza do crime. José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 1.115, *apud* Lemos Jr., p. 448) advoga:

As dificuldades na investigação da lavagem de dinheiro são grandes, em decorrência, em primeiro lugar, da própria estrutura do delito, que não apresenta, em regra, vítima individualizada que possa levar o fato ao conhecimento das autoridades. Além disso, a autoria também raramente será atribuída a um único agente, sendo comum o concurso e o anteparo de empresa, cuidando-se, em regra, de crime empresarial, com as dificuldades daí decorrentes no âmbito da autoria, da participação e de sua prova. Por fim, não há, em regra, um dano efetivo, pois o crime é de perigo.

Como se não bastassem as dificuldades estruturais, há outras decorrentes do contexto da organização capitalista do mercado, uma vez que se trata de crime cometido com finalidade de lucro e de forma profissional, visando a evitar a persecução penal, mediante recursos como empresas fantasmas ou de fachada, empresas localizadas fora do território nacional e outros recursos que tornam os fatos opacos, resistentes à observação.

Devido às dificuldades para perquirição dos fatos, é fundamental haver cooperação entre os órgãos envolvidos na fiscalização da lavagem de dinheiro, como as polícias, o Ministério Público, a Receita Federal (RFB), o Coaf, a CVM e o Bacen.

Acerca do tema de operações suspeitas e atípicas, José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 1.134) aponta os seguintes exemplos:

- a) transações de alto valor em espécie, como a solicitação à instituição financeira para o saque de 4 milhões de reais em dinheiro (TRF5, AC 200981000040770, Queiroz, 1ª T., u., 10.2.11), a não ser que, pelo tipo de negócio da empresa, isso seja comum, como cinema ou rede de lanchonetes;
- b) falta de comprovação documental em negócios de alto valor;
- c) transferência em espécie e mediante transporte pessoal de altos valores em dinheiro ou metais preciosos, operação atípica e arriscada;
- d) riqueza incompatível com o perfil do cliente;
- e) explicação irreal para a movimentação da conta ou o faturamento da empresa;
- f) realização de operações estruturadas, ou seja, a divisão de vários depósitos de pequeno valor de modo a ficar abaixo do limite determinado para a comunicação, na chamada prática do *smurfing*;
- g) clientes sem tradição no mercado;
- h) pagamento antecipado de importação ou recebimento antecipado de exportação;

- i) operações com paraísos fiscais;
- j) cláusulas atípicas, como inexistência de juros ou de prazo para pagamento, ou, ainda, possibilidades de prorrogação a livre critério do devedor;
- k) grande número de transações com baixo saldo médio;
- l) conta utilizada como repositório temporário;
- m) transferências eletrônicas internacionais frequentes;
- n) vários depositantes distintos;
- o) remessa internacional de cheques assinados em branco;
- p) falta de comprovação dos negócios vultosos (*supporting rationale*);
- q) transferência pessoal de ativos valiosos, como dinheiro em espécie ou ouro, pelo alto risco de segurança da operação;
- r) faturamento empresarial irreal;
- s) operação incompatível com o perfil do cliente, como depósitos e transferências de alto valor diante dos rendimentos apresentados no histórico da movimentação.

É comum a utilização de pessoas interpostas (“laranjas”) no *iter criminis*, a indicar que a investigação deve estender-se a terceiros relacionados com o agente visado, bem como a familiares e empregados.

Um dos consectários da apuração dos indícios é a quebra de sigilo fiscal de pessoas e empresas. Esta deve recair sobre todo o período de vigência do contrato suspeito, por exemplo, até um ano após o último pagamento, conforme o item 2 da orientação.

Tal medida configura hipótese de mitigação da garantia constitucional da intimidade e do sigilo de dados. A própria Constituição, no art. 5º, XII, prevê sua violabilidade para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, em razão da supremacia do interesse público. Conforme os tribunais superiores, por não versarem direitos absolutos, é possível afastamento de sigilo bancário por autorização judicial.

Há acepção similar na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, art. 6º, seção 1, *a*:

- 1. Cada Estado Parte:
 - a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de preve-

nir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas; [...].

A medida também é mencionada no art. 12, seção 6:

Cada Estado Parte habilitará os seus tribunais ou outras autoridades competentes para ordenarem a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para se recusarem a aplicar as disposições do presente número.

Na mesma toada posiciona-se a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que, no art. 40, prevê adoção da medida nos Estados signatários no contexto de investigação do crime de lavagem: “[...] existam em seu ordenamento jurídico interno mecanismos apropriados para eliminar qualquer obstáculo que possa surgir como consequência da aplicação da legislação relativa ao sigilo bancário.”

No MPF há o Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (Simba). Criado pela Secretaria de Pesquisa e Análise (Spea) e regulamentado pela Carta Circular nº 3.454/2010 do Bacen, permite tráfego, pela *internet*, de dados bancários entre instituições financeiras e órgãos públicos, mediante prévia autorização judicial.

A Spea está subordinada ao Gabinete do Procurador-Geral da República e tem a atribuição de auxiliar, técnica e operacionalmente, as atividades do Ministério Público Federal. Ficam sob sua responsabilidade o processamento e análise de dados obtidos por decisão judicial para subsidiar investigações e processos. Mostra-se como efetivo meio de obter informações para subsidiar a investigação criminal.

Quanto à quebra do sigilo bancário propriamente dita, já em posse dos dados financeiros, faz-se necessário obter, do escritório de inteligência da Receita Federal na Região Fiscal, a planilha de pagamentos efetuados pela empresa contratada a seus fornecedores. Superada essa fase, prossegue-se com a classificação dos valores por volume de recursos recebidos e posterior seleção dos considerados vultosos, conforme itens 3 a 5 da Orientação nº 24/2016.

O procedimento tem como objetivo identificar as “empresas-alvo”, ou seja, aquelas com maiores probabilidades de ligação com atos condizentes com o crime de lavagem de dinheiro.

Recomenda-se realizar pesquisas dessas empresas por meio da Spea ou de órgão colaborador, com o fito de identificar, entre outras informações relevantes: (I) existência de sítio eletrônico válido da empresa; (II) se a empresa possui sede física compatível com o valor recebido, o que pode ser aferido por intermédio de consulta ao programas como o *Google Street View* ou por diligência *in loco*; (III) se a empresa possui empregados e se é compatível sua qualificação técnica com os serviços prestados, mediante consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (Cnis) ou a Relação Anual de Informações Sociais (Rais); e (IV) compatibilidade da qualificação do proprietário de acordo com sua condição econômica, prestação de serviços e volume de recursos recebidos.

Após a pesquisa, caso se verifique que a empresa investigada é “de fachada”, deve-se observar se há indicativo de que os contratos foram simulados com o objetivo de mascarar prática delitativa. Em caso afirmativo, têm-se de concentrar as investigações na perquirição de se há um operador financeiro na empresa, para que outras medidas sejam adotadas.

Se for o caso de empresas reais, que hajam fornecido notas fiscais frias e simulado parte da prestação de serviço, deve-se observar a desproporcionalidade no volume de pagamentos para identificar possível dissimulação de valores oriundos de operações ilícitas, conforme preceitua o item 6 da orientação.

5 CONCLUSÕES

Este trabalho promoveu análise crítica da persecução penal do crime de lavagem de dinheiro por meio de Procedimento Investigatório Criminal, cuja titularidade é do Ministério Público, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que, exercendo as atribuições conferidas pela *Lex Magna*, promove a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O poder investigatório do *Parquet* tem como base a teoria dos poderes implícitos, de modo que lhe é facultado instaurar Procedimento Investigatório Criminal sempre que não houver contrariedade à lei e que tal ferramenta seja compatível com a investigação, ainda que permaneça a possibilidade de Inquérito Policial, conforme a Resolução nº 181/2017.

Esmiuçou-se um crime cujo combate é de relevância internacional, em especial no Brasil, nas últimas décadas. Prevista na Lei nº 9.613/1998, a conduta consiste na ocultação ou dissimulação de bens, valores e dinheiro derivados de produto de crime, para enriquecimento do agente. Em vista da característica parasitária do delito, pressupõe-se um crime antecedente, como o de corrupção.

Pontuou-se a necessidade de utilizar meios de prevenção e repressão pelo Estado, com destaque para o órgão de controle administrativo de operações financeiras e de aplicação de penalidades administrativas, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), ao qual cabe elaborar Relatórios de Investigação Financeira (RIF). Com eles, o Ministério Público pode angariar informações bancárias de investigados sem necessidade de autorização judicial.

No plano do sistema preventivo, analisou-se a implantação dos Laboratórios de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) nas procuradorias da República, o que poderia auxiliar a atividade federal na persecução do crime.

Apontou-se a necessidade de cooperação entre os órgãos de controle e o *Parquet*, dadas as dificuldades de investigação da lavagem de dinheiro. A Orientação nº 24/2016, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, configura importantíssima ferramenta, pois traçou linhas para apuração mais eficiente do delito, como a identificação de operações suspeitas, as quebras de sigilo e fiscal, entre outros métodos de pesquisa do órgão para obter provas, como o Simba e a Spea.

O ordenamento jurídico brasileiro possui ferramentas importantes no combate ao crime de lavagem de dinheiro, em especial aquelas consubstanciadas nos métodos investigatórios previstos na Orientação nº 24/2016 da 2ª CCR para o MPF e na autonomia investigativa do órgão, ratificada pela Resolução nº 181/2017 do CNMP. Esses avanços demonstram o comprometimento da justiça brasileira em harmonizar as ferramentas previstas na legislação infraconstitucional com os padrões internacionais.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagens de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). *Habeas corpus* 94.958/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 9 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, 6 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). REsp 1.234.097/PR. Relator: Min. Gilson Dipp, 3 de novembro de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**, 17 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Recurso Especial 1.342.710/PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 22 de abril de 2014. **Diário da Justiça eletrônico**, 2 maio 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25065614/recurso-especial-resp-1342710-pr-2012-0185814-9-stj/inteiro-teor-25065615>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 593.727 (repercussão geral). Relator: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 8 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 130.738/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 1º de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RHC130738.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei no 12.683/2012, que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/07/comentarios-lei-n-126832012-que-alterou.html>. Acesso em: 16 abr. 2018.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **100 Casos de Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/100_Casos.pdf. Acesso em: 16 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <http://www.cntp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **O controle da Administração pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República**. Salvador: Juspodivm, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro: Lavagem de Ativos Provenientes de Crime: Anotações às Disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cardozo e Janot instalam laboratório Contra Lavagem de Dinheiro no MPF**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/cardozo-e-janot-instalam-laboratorio-contr-lavagem-de-dinheiro-no-mpf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação 24/2016**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-24>. Acesso em: 16 abr. 2018.

MORO, Sergio Fernando. **Crimes de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. v. 2. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas**. São Paulo: Atlas, 2014.

5 DISCRICIONARIEDADE MINISTERIAL E CRITÉRIOS INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO

José Alexandre Pasqual¹
Márcia Noll Barboza²

Resumo: Este artigo aborda, no contexto da modernização do processo penal brasileiro, a discricionariedade ministerial e a necessidade de atuação estratégica como forma de combater o crime de maneira efetiva. Na primeira parte, examina a discussão atual em torno da antinomia “discricionariedade versus obrigatoriedade”. Na segunda parte, dedicada à experiência do Ministério Público Federal (MPF), examina as atividades e os critérios de atuação da Câmara Criminal do MPF (2ª Câmara de Coordenação e Revisão – 2ª CCR) relativos à atuação estratégica e efetiva.

Palavras-chaves: Modernização do processo penal. Obrigatoriedade. Discricionariedade ministerial. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

Abstract: *This article analyzes, in the context of criminal proceedings modernization in Brazil, prosecutorial discretion and the need of strategic action in order to fight crime. In its first part, it examines the current discussion on the antinomy “discretion versus legality”. In its second part, focused in the Brazilian Federal Prosecution Service (MPF) experience, the article examines activities and criteria established by the Criminal Chamber of MPF (2nd Coordination and Review Chamber – 2nd CCR) in relation to strategy and effectiveness.*

Keywords: *Modernization of criminal proceedings. Mandatory prosecution. Prosecutorial discretion. Federal Prosecution Service. 2nd Coordination and Review Chamber.*

1 INTRODUÇÃO

Modernizar o processo penal brasileiro é tarefa atual e de grande importância tanto do legislador quanto do intérprete. O primeiro encontra-se diante da necessária e premente reforma do Código de Processo Penal (CPP), que, como se sabe, é de 1941, época em que a criminalidade era significativamente menor e menos complexa do que a de hoje.³ O segundo tem tarefa igualmente relevante, cabendo-lhe sistematizar e interpretar

1 Bacharel em Direito. Analista do Ministério Público da União na Procuradoria da República em São Paulo.

2 Doutora em Direito. Procuradora Regional da República, lotada na Procuradoria Regional da República da 1ª Região (Brasília/DF).

3 A população brasileira em 1941 era de cerca de 41 milhões de habitantes, consideravelmente menor do que a atual, de mais de 209 milhões de habitantes. Esse crescimento, somado a outros fatores, tornou a sociedade brasileira e a criminalidade que nela se manifesta muito mais complexas. É necessário considerar a complexidade do contexto internacional em que o Brasil se insere, as redes internacionais do crime, a criminalidade cibernética etc. Nesse quadro, o enfrentamento do crime não se pode pautar pelas teorias, ritos e técnicas de 1941.

tar legislação antiquada e já muito modificada, porém de modo fragmentado, primeiro pelas normas constitucionais caracterizadoras de um modelo acusatório e, depois, por novas técnicas de investigação e instrumentos negociais.⁴

Esse trabalho de modernização inclui, necessariamente, repensar a noção da obrigatoriedade da persecução penal. Trata-se, para alguns especialistas, de necessidade decorrente da introdução dos instrumentos negociais referidos, que teriam alterado nosso sistema, mitigando — i.e., afastando parcialmente, como exceções — a regra geral (ou o princípio) da obrigatoriedade. Para outros, cuida-se de mudança mais profunda e do completo abandono de um modelo malsucedido, também conhecido como *full enforcement*, que em análises comparadas aparece como uma das causas do insucesso dos sistemas que o adotam, especialmente aqueles que enfrentam altos índices de criminalidade e escassez de recursos para combatê-los, como os dos países da América Latina.

O presente artigo alinha-se a essa segunda posição, argumentando que a Constituição Federal determina ao Ministério Público atingimento de certas finalidades com eficiência e efetividade, o que não pode ser feito, na presente realidade, sem atuação seletiva e estratégica. “Seletividade” ou “seletividade estratégica” são expressões aqui empregadas para designar a atuação ministerial voltada ao combate efetivo do crime, atuação que não pretende perseguir todos os delitos constatados, o que seria pouco realista, como se argumentará, mas sobretudo os mais graves, inclusive sob análise de riscos para a sociedade brasileira. No Ministério Público Federal (MPF), esses delitos são identificados e tratados como prioritários a partir da atividade de coordenação da Câmara Criminal (2ª Câmara de Coordenação e Revisão — 2ª CCR), que inclui indicação de critérios objetivos de atuação estratégica e seletiva. Tal seletividade não se confunde com arbitrariedade, como se procurará demonstrar. Considerando, ainda, que a doutrina tem preferido termos como *discricionariedade* e *oportunidade* (que costumam ser contrapostos a *obrigatoriedade* e *legalidade*), este artigo perpassa por todos esses usos como forma de favorecer compreensão e desenvolvimento da matéria. Atenção é concedida ao contexto normativo, conceitual e de políticas criminais dos países da América Latina, que, por enfrentarem problemas semelhantes, podem socorrer-se definindo modelo adequado à região. Na segunda parte, o artigo ocupa-se das atividades e dos critérios de atuação da Câmara Criminal do MPF. Não se trata das diretrizes específicas aos

4 A Constituição Federal de 1988 imprimiu alterações importantes no Código Penal de 1941. As mais evidentes foram logo acatadas pelos operadores do Direito. Exemplos são o abandono dos procedimentos penais ex officio, previstos no art. 26 do CPP, e de todas as regras que permitiam instauração da ação penal pública sem apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Por outro lado, a Constituição ainda não projetou todos os seus efeitos, particularmente quanto à adoção completa do modelo acusatório, para o qual apontam diversos vetores constitucionais. O tema é objeto de debates teóricos, que se acirram com a introdução de instrumentos de natureza negocial, como a transação penal, a suspensão do processo, o acordo de delação premiada e o acordo de não persecução penal, por implicarem alterações em postulados básicos de nosso sistema.

acordos penais, por serem objeto de estudos em curso em grupo de trabalho da Câmara Criminal. Defende-se, finalmente, que os critérios institucionais oferecem as balizas indispensáveis ao exercício fundamentado da discricionariedade ministerial.

2 DISCRICIONARIEDADE *VERSUS* OBRIGATORIEDADE

A discussão tem contornos pouco claros e envolve diversidade de análises e proposições, algumas complementares, outras contrapostas e concorrentes, que podem ser sintetizadas nas seguintes teses:

a) Há equívoco original na formulação histórica da obrigatoriedade da persecução penal, ocorrida no sistema processual da Europa continental, ao qual nosso sistema se filia.

b) O mesmo equívoco foi reproduzido na incorporação da obrigatoriedade pelos países da América Latina.

c) Nas reformas por que passam os países da América Latina, mitigação ou completo abandono da obrigatoriedade constituem tema central e incontornável.

d) No Brasil, trata-se, em verdade, de equívoco interpretativo, não havendo opção clara do legislador em favor da obrigatoriedade.

e) Independentemente do que se entendesse no período anterior a 1988, cabe hoje interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição. Nessa releitura operam vetores constitucionais relativos ao funcionamento e à eficiência do Ministério Público – e do sistema acusatório como um todo – que não podem ser concretizados sem discricionariedade e seletividade estratégica.

Adverte-se, antes de avançar, que essa disposição é arbitrária. Nada impede que as referidas análises e proposições sejam dispostas de modo distinto. A disposição apresentada é mero recurso de organização para desenvolvimento das ideias que se seguem.

Primeiramente, quanto ao item “a” – equívoco original na formulação histórica do princípio da obrigatoriedade –, trata-se de avaliação controvertida, ali mesmo, entre os autores europeus. Alguns defendem, ainda hoje, o que se pode denominar “concepção ideal de legalidade do século XIX”, da qual decorre, segundo entendem, obrigatoriedade da persecução penal, enquanto outros propõem abordagens mais realistas e pragmáticas, defendendo até a utilidade de instrumentos negociais como forma de combater o

crime. Debate interessante parece ocorrer em Itália, país sujeito a rígida obrigatoriedade constitucional, único no continente, aliás, a disciplinar a matéria na Constituição (*“Articolo 112. Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale.”*). Tal enquadramento encontra-se em discussão. Veja-se o que diz Antonella Peri (2010, p. 2):

Tuttavia l’art. 112, nonostante abbia senza dubbio costituito una delle conquiste più qualificanti della nostra Carta Fondamentale, in quanto segnò il superamento di una concezione potestativa della giustizia, oggi è oggetto di una ineffettività concreta tale da portare ad interrogarsi sulla possibilità di mantenerlo, attenuandone però la rigidità, oppure di abbandonarlo definitivamente, scorrendo verso forme di discrezionalità, seppur controllata.

A autora indaga, como se percebe, se não seria caso de atenuar a obrigatoriedade ou abandoná-la completamente em favor de alguma forma de discricionariedade sujeita a controles. Demonstra que a obrigatoriedade produz três paradoxos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito: 1) a regra não é cumprida na forma como idealizada, por absoluta impossibilidade prática; 2) o representante do Ministério Público, frente à impossibilidade de perseguir todos os delitos, é levado a aplicar critérios individuais de priorização; 3) apesar disso, diante do dogma da obrigatoriedade, resiste-se a estabelecer critérios institucionais de priorização. Para a autora, o problema central da regra é sua concepção “formalmente perfeita e humanamente irrealizável”. Como explica, “i padri costituenti hanno dato vita ad un sistema formalmente perfetto, ma praticamente ed umanamente irrealizzabile, aprendo la via, per questo aspetto, a possibili distorsioni”. Demonstra que as distorções significam violação à igualdade, a qual justamente se almejou implementar ao superar a seletividade arbitrária do regime absolutista: “Paradossalmente, quindi, il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, concepito come baluardo del principio di uguaglianza, una volta applicato rischia di determinare disuguaglianze di disciplina tra i cittadini” (PERI, 2010, p. 2-3).

O ponto de maior interesse para este artigo, enfim, não é a realidade atual dos países da Europa continental, mas as pistas que ela deixa sobre as inconsistências da formulação histórica da regra da obrigatoriedade.⁵ Costuma-se dizer que com ela se almejou realizar ideais da Ilustração, notadamente a legalidade e a igualdade, o que não se deixa de reconhecer. É preciso considerar, por outro lado, que na formulação da regra também

5 Sobre as reformas em curso nos países da Europa Continental, consulte-se SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, ano 3, n. 8, p. 99-120, 2003. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003/as-politicas-criminais-contemporaneas-enfase-nas-reformas-dos-sistemas-processuais-europeus>.

influiu uma pretensão totalitária de exaustividade do Estado. Acompanhe-se a lição de Antonio Binder sobre essas duas influências históricas (BINDER, 2012, p. 5):

Por una parte, una será la vocación de exhaustividad en el ejercicio de la persecución penal, que es una realidad política que sólo comienza a plantearse fuertemente recién a principios del siglo XIX, tanto por las nuevas concepciones políticas del Estado Bonapartista como por su mayor capacidad técnica. [...] Será, entonces, la versión inquisitiva del sistema mixto, que se expresa en lo que conocemos como "modelo mixto", la que asume esa vocación de exhaustividad, sobre la base de un estatismo que se irá acentuando a lo largo de los siglos venideros y desembocará en los grandes totalitarismos del siglo XX. Al mismo tiempo, proviene de esa misma época y de la ideología de la Ilustración, el postulado de que la fuerza pública debe estar al servicio de todos los ciudadanos. [...] El Ministerio Público, entonces, como funcionario específicamente dedicado a la persecución penal, debe evitar que la ley se distorsione por las debilidades de una acusación dejada exclusivamente en manos de la víctima, la mayor parte de las veces una víctima sin recursos para hacer valer por sí misma la primacía de la ley. Su actuación se debe regir por criterios de persecución obligatoria que garanticen que el Estado será igualitario. Del Estatismo surge la vocación de exhaustividad; del Humanismo, el ideal de un Estado al servicio de todos por igual. Si bien estas dos líneas concurren en sostener la obligatoriedad de la persecución penal, lo hacen por distintas razones y fundamentos.

Prosegue enfatizando que a pretensão de exaustividade nunca foi realizável e, por isso, a regra da obrigatoriedade, além de sofrer de contradição de origem, cumpre finalidades ideológicas não declaradas, relacionadas à inevitável seletividade do sistema punitivo (BINDER, 2012, p. 6):

Por supuesto, ni en aquella época (XIX) ni mucho menos ahora se logró que el principio de legalidad, principio manifestado en la actuación de cada funcionario público dedicado a la persecución penal y en la exhaustividad de dicha persecución penal, funcionara realmente. En la realidad de los hechos el Estado no se ocupó nunca de todo, porque no ha podido y seguramente le sería difícil cumplir siempre esa promesa. Es interesante tomar nota que pese a los enormes saltos tecnológicos, esta incapacidad del Estado de intervenir en todos los casos se ha acrecentado, aunque se siga proclamando con mayor énfasis su vocación de hacerlo. Hay una con-

tradición de origen en los fundamentos del principio de legalidad que es necesario destacar, y una incapacidad estructural de cumplir con esa promesa que, sin embargo, cumple otras funciones ideológicas.

Ainda, quanto à inevitável seletividade do sistema punitivo, insiste em que (BINDER, 2012, p. 2)

si hay algo que merece el nombre de "funcionamiento estructural" de nuestros sistemas procesales es su funcionamiento selectivo, no ya en el sentido de la "selección primaria", es decir, el recorte fragmentario propio de la legislación penal sino en su funcionamiento real, ligado a la preocupación consistentemente arbitraria respecto de unos casos y el descuido sistémico y persistente sobre otros, de un modo independiente de la gravedad de uno sobre otros; funcionamiento arbitrario que se funda tanto en razones políticas como burocráticas, en razones de fondo, provenientes de la desigualdad social como de pequeñas costumbres de los tribunales, fundadas en la desidia o en modelos organizacionales que imponen sus procesos de trabajo sin importar las consecuencias.

Passando à tese do item "b" – equívoco na incorporação do princípio da obrigatoriedade pelos países da América Latina –, tem-se evidente consequência de nossa filiação à tradição jurídica continental. Dito isso, pode-se passar ao item "c", tese de especial interesse para esta análise. Como referido, nas reformas por que passam os países da América Latina, a mitigação ou completo abandono da obrigatoriedade constituem tema central e incontornável. Trata-se, por certo, de tendência pragmática adotada por países sujeitos a graves problemas de criminalidade. De acordo com Binder, essa seria até uma das características mais importantes das reformas por que passam os países da região. Fala em ruptura com o modelo da obrigatoriedade e na formulação, ainda não acabada, de um regime de discricionariedade e oportunidade. Comenta o surgimento de "nuevas reglas, más flexibles, que, en terminos generales conocemos como reglas de discrecionalidad", fundadas em um "no siempre claro – por lo menos conceptualmente – principio de oportunidad". Sua análise contempla, a partir de uma ótica regional moderna e autônoma, a construção de modelo adequado para a América Latina (BINDER, 2012, p. 1):

En términos generales – y según las particularidades de cada país – a este conjunto de reglas flexibilizadoras de la obligación de ejercer la acción pública y su indisponibilidad una vez ejercida, es lo que solemos denominar "principio de oportunidad" que, en consecuencia, podemos señalar con

claridad que su adopción en las nuevas legislaciones es una de las características mas claras del nuevo derecho procesal penal latinoamericano.

Cabe, pois, examinar as duas linhas de entendimento mencionadas na introdução deste artigo. Como referido, a ruptura em análise é entendida, por alguns autores, como mitigação da obrigatoriedade (em relação à qual a discricionariedade seria exceção) e, por outros, como completo abandono da obrigatoriedade em favor da discricionariedade – dissenso, aliás, muito vivo em debates teóricos sobre temas do processo penal brasileiro.

Em um dos polos da discussão, encontra-se Afrânio Silva Jardim, sustentando que o Código de Processo Penal revelaria, em diversas regras, opção por obrigatoriedade da persecução penal. Fala em excepcionalidade de arquivamento do inquérito policial (art. 16), que, nessa ótica, seria um princípio do sistema. Cita o desarquivamento de inquérito para continuidade das investigações no caso de novas provas (art. 18), a previsão da ação penal em termos, segundo entende, mandatórios (“a ação penal será promovida” pelo Ministério Público – art. 24), a previsão de fiscalização judicial sobre o exercício da ação penal (art. 28) e a prerrogativa do ofendido de iniciar ação penal no caso de omissão do Ministério Público (art. 29). Menciona, ainda no art. 7º da Lei nº 1.521/1951 (Lei de Economia Popular), sobre o reexame necessário da absolvição dos acusados ou do arquivamento do inquérito policial, o art. 30 do Código de Processo Penal Militar, sobre a obrigatoriedade de denúncia, e os arts. 342 e 357 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o primeiro prevendo o crime de omissão do Ministério Público quanto à apresentação de denúncia no prazo legal, e o segundo, o oferecimento de denúncia em termos mandatórios (JARDIM, 1994, p. 93 et seq.).

Jardim defende que a obrigatoriedade deve ser “concebida como uma regra geral” a partir dos princípios da oficialidade da ação penal e da legalidade administrativa (JARDIM, 1994, p. 93):

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas penais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo legal expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder

discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo.

A posição de Jardim é igualmente extremada no que se refere à aplicação dos instrumentos negociais introduzidos em nosso ordenamento. Quando da introdução da transação e da suspensão do processo pela Lei nº 9.099/1995, defendeu uma espécie de legalidade estrita no manejo e na aplicação desses instrumentos. Elaborou tal entendimento e reafirmou, em nova edição de sua obra publicada em 1998, que “não há em nosso Código de Processo Penal qualquer dispositivo outorgando ao Ministério Público o poder de decidir se oferece a denúncia ou não, segundo juízo de oportunidade ou conveniência” (JARDIM, 1998, p. 93 et seq.).

Outros autores, mesmo mantendo a ideia geral da obrigatoriedade, admitem que ela não tem *status* de princípio constitucional nem está prevista como regra expressa do sistema. Nessa linha, Auri Lopes Júnior, por exemplo, conclui que a obrigatoriedade deriva dos termos imperativos do art. 24 do Código de Processo Penal (2015, p. 198). Os manuais costumam repetir essa compreensão. Renato Brasileiro de Lima registra que “para grande parte da doutrina, o princípio da obrigatoriedade não tem status constitucional, sendo extraído do art. 24 do CPP” (2016, p. 229).

Alguns desenvolvem mais detidamente a ideia de mitigação da obrigatoriedade e vislumbram, ao que se entende, espaço circunscrito de atuação discricionária para o Ministério Público. Paulo Rangel afirma que o Ministério Público não pode ficar à mercê de “regras cegas” que impeçam atuação eficaz direcionada a casos de maior complexidade ou relevância (2014, p. 240-241). Tal entendimento parece afastar a ideia de legalidade estrita, mas mantém a discricionariedade limitada a hipóteses bem definidas, que seriam exceções à regra da obrigatoriedade.⁶

6 Paulo Rangel oferece um elenco de hipóteses em que o Ministério Público estaria autorizado a não promover ação penal: “Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou, embora típico, não haja a justa causa, ou ainda, em nosso entender, nos seguintes casos: a) quando o fato for insignificante para o direito penal diante de uma criminalidade cada vez mais avançada, tornando desnecessária uma atuação estatal naquele caso concreto (princípio da bagatela: furto de alicate de unha, de xampu em um supermercado; peculato de uma caneta da repartição pública etc); b) quando não houver interesse público da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo (caso do cônjuge que agride o outro e, posteriormente, voltam a viver bem no seio do lar, significando um momento ruim da vida do casal, mas não uma contínua violência doméstica); c) quando o gasto do estado com o processo for, visivelmente, superior à resposta estatal que se quer alcançar, acarretando despesas aos cofres públicos; d) quando pela demora excessiva do estado em dar andamento à investigação criminal, for prejudicial à sociedade a sanção que possa, eventualmente, ser proferida em desfavor do investigado, mesmo que ainda não prescrito o fato (caso da investigação criminal que leva anos, embora não prescrito o fato, e quando é descoberta sua autoria o investigado já se encontra com a vida organizada, família constituída e incluído, regularmente, no mercado de trabalho, ou seja, reintegrado socialmente); e) quando, nos crimes sem violência ou grave ameaça, for reparado o dano, integralmente, à pessoa lesada”. (RANGEL, 2014, p. 240-241).

Auri Lopes Júnior, concordando em parte, diz que as hipóteses de transação e suspensão do processo “amenizam a obrigatoriedade” (2015, p. 199):

Quanto à rigidez do princípio, concordamos com RANGEL no sentido de que a Lei n. 9.099 a amenizou (mas não muito) em relação aos delitos de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não supere 2 anos). Isso porque, nesses delitos, poderá o Ministério Público deixar de propor a ação penal e, em seu lugar, ofertar a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099). Trata-se de relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada. Mas, é importante destacar, está muito longe de qualquer consagração de oportunidade e conveniência. Trata-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinadas em que o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais).

Renato Brasileiro de Lima apresenta outras designações, nessa mesma linha: “mitigação do princípio da obrigatoriedade”, “princípio da obrigatoriedade mitigada” ou “princípio da discricionariedade regrada”, que seriam formas de designar o fenômeno iniciado pela Lei dos Juizados Especiais e acentuado com inclusão do acordo de colaboração premiada (ou delação premiada) (LIMA, 2016, p. 230). Há, como se vê, diversidade de expressões, nem sempre esclarecedoras, o que é natural no estado de reformulação por que passa o processo penal brasileiro.

Fala-se muito em mera mitigação da obrigatoriedade. Ocorre que a ideia de discricionariedade exercida apenas em parte do ordenamento, i.e., em uma zona de exceção à obrigatoriedade, não reflete a praxis ministerial e não favorece a gestão do que seria autêntica e transparente contribuição do Ministério Público à política criminal, como adiante se argumentará.⁷ Em tal divergência, o presente artigo se alinha com os que

7 Pondera Binder sobre a necessidade de debate de fundo sobre o tema: “Uno de los problemas principales que existen es que el binomio ‘principio de legalidad y principio de oportunidad’, generalmente presentado bajo de la forma de regla y excepción, suele ser visto simplemente como una institución procesal o como un problema propio de la dogmática procesal cuando en realidad expresa formas completas de comprender el proceso penal, la justicia penal y sus vínculos con la política criminal. Hasta hace algunos años era un tema que casi no existía en la literatura procesal latinoamericana o existía solamente en algunos libros suficientemente actualizados con las discusiones europeas. Sin embargo, poco a poco, fue ganando terreno en la discusión procesal y penal y hoy es un tema recurrente en congresos, jornadas y conferencias. Sin embargo, no creo que todavía se haya avanzado lo suficiente en el esclarecimiento de los complejos problemas político-conceptuales que se hallan bajo la superficie de este problema. Es por esa razón que la tendencia dominante en la doctrina analiza el principio de oportunidad como si se tratara de uno o dos artículos relativos al régimen de la acción que regulan o dan contenido a una institución particular del proceso penal, siempre, en todo caso, bajo el prisma de analizar la conveniencia de establecer excepciones al principio de legalidad. [...] No creo que esa visión sesgada constituya una buena aproximación a un conjunto de problemas que no pueden ser vistos como meras cuestiones procesales, sino que conforman un haz de reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia penal en su totalidad, directamente vinculados con la conformación histórica de los actuales sistemas procesales y su funcionalidad política general dentro de algo más amplio como es el sistema penal” (BINDER, 2012, p. 2).

defendem abandono da obrigatoriedade, conforme antecipado e se buscará concluir ao final deste tópico.

Neste ponto, cabe comentar a tese do item “d”, segundo a qual, no Brasil, a obrigatoriedade, como entendida pela doutrina anterior a 1988, é um equívoco interpretativo, porque não há opção clara do legislador em seu favor. Ela, de fato, não se encontra prevista em parte alguma do ordenamento, não deriva de outro princípio do sistema nem faz parte dos postulados fundamentais do Direito Constitucional admitidos independentemente de positivação. Afirma-se, contudo, que a obrigatoriedade decorre do art. 24 do Código de Processo Penal. Reveja-se:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Em leitura livre de qualquer influência dogmática, podem-se extrair diversas regras do texto do art. 24. Não se extrai, porém, a regra de que o Ministério Público deve propor denúncia em todos os casos de constatação de crime. Podem-se extrair comandos como “em crimes de ação penal pública, que deve ser iniciada pelo Ministério Público” (e não por outra entidade), como o de que a ação “deve ser iniciada por denúncia” (e não por outra peça) ou ainda a determinação sobre necessidade de representação do ofendido em crimes que a prevejam.⁸

Ressai de todo o exposto que a obrigatoriedade foi concebida por nossa doutrina a partir da herança do modelo continental e de sua base ideológica, moralmente justificável, cujas contradições, por outro lado, igualmente herdou. A partir disso, a obrigatoriedade tornou-se dogma, ou seja, proposição sobre a qual não mais se refletiu. Foi proclamada, ademais, como princípio, o que não resiste às modernas teorias sobre a

⁸ Semelhante análise é feita por Túlio Fávaro Beggato, que afirma, em outras palavras, que o art. 24 estabelece apenas a legitimidade processual do Ministério Público e o instrumento processual (a denúncia) a ser utilizado em crimes de ação penal pública. O autor comenta ainda o art. 28, que, no modelo atual, em que o Ministério Público figura como *dominus litis*, reconhece discricionariedade ao prever sua recusa em oferecer denúncia, como também sua palavra final sobre a questão (BEGGIATO, 2016, p. 362-363). Com o avanço do modelo acusatório, conforme previsto na Constituição, o inquérito policial deixa de ser o único instrumento de investigação criminal. Os procedimentos extrajudiciais instaurados no Ministério Público, como o procedimento investigatório criminal no MPF, são amplamente utilizados na apuração de notícias de crimes. Tais expedientes extrajudiciais, inclusive o inquérito policial, podem ser arquivados diretamente pela Câmara Criminal do MPF.

linguagem do Direito, que distinguem claramente regras e princípios, sendo estas normas de estrutura aberta, aplicados em maior ou menor medida mediante ponderação.⁹

Veja-se o que afirmou Marcelo Muscogliati sobre a obrigatoriedade em voto vencedor no Conselho Institucional do Ministério Público Federal (CIMPF) (procedimento 1.17.002.000107/2015-70), órgão que examina recursos contra decisões das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF:

Trata-se de um equívoco com 75 anos de idade e com resultados estatísticos desastrosos para o sistema jurídico brasileiro. A prova disso está na falha sistêmica registrada nestas mais de sete décadas de reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição em milhares de casos criminais, nos milhares de casos que só são decididos definitivamente muitos anos depois dos fatos, na carência constante de recursos de toda ordem para reprimir atos ilícitos criminais.

Finalmente – e aqui se passa ao item “e” –, é preciso interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição Federal, que, como se disse, contém vetores constitucionais relativos ao funcionamento e à eficiência do Ministério Público e do sistema acusatório como um todo, que não podem ser concretizados sem exercício de discricionariedade e seletividade estratégica. Essa parece ser a proposição de maior relevância, não apenas por fundar-se nas bases principiológicas constitucionais, mas também por tratar dos aspectos pragmáticos relacionados ao atingimento real – e não formal, ideal e simbólico – das finalidades constitucionais do Ministério Público.

Não se deixa de reconhecer a posição constitucional do princípio da legalidade, em sua dimensão administrativa, aplicável à atuação do Ministério Público. Sabe-se, entretanto, que a legalidade não pode ser compreendida de maneira estrita. Os modernos entendimentos sobre interpretação e aplicação do Direito admitem que se exerce discricionariedade, mesmo relativa e necessariamente fundamentada, nos espaços criados por deficiências técnicas do ordenamento, razão pela qual o papel da argumentação e a funcionalidade dos princípios ganham maior importância. Operam na matéria os prin-

9 Diversos autores podem ser consultados sobre o tema. Um estudo compilativo de autores e correntes que desembocam no chamado “paradigma constitucionalista” pode ser encontrado em Manuel Atienza, que explica a distinção entre regras e princípios, demonstrando que estes têm forma aberta, a qual admite aplicação em maior ou menor medida, como também ponderação com outros princípios, enquanto as regras têm forma “tudo ou nada” (são aplicadas ou excepcionadas). O autor fala, porém, sobre “la tendencia a considerar las normas – reglas y principios –, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico” e “la importancia puesta en la argumentación jurídica – en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones –, como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder” (ATIENZA, 2001, p. 309-310).

cípios da legalidade e da eficiência, de um lado, e, de outro, os princípios institucionais do Ministério Público.¹⁰

Os membros do Ministério Público fazem escolhas por circunstâncias práticas (múltiplas frentes de atuação e impossibilidade de atuar em todas elas) e jurídicas (deficiências do ordenamento como lacunas, ambiguidades, vaguesas e contradições), e essas escolhas são feitas todos os dias, sempre no marco do ordenamento jurídico, mas, às vezes, por critérios individuais de interpretação e priorização.

Adotando essa perspectiva, conclui-se que: I) não existe entre os princípios do moderno direito constitucional, admitidos em nosso sistema independentemente de positivação, o princípio da obrigatoriedade da persecução penal; II) tal princípio tampouco aparece positivado, como opção do legislador constituinte, em nossa Constituição; III) em vez disso, temos em nossa Carta o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), aplicável a toda a atividade do Poder Público, bem como os direitos à prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV) e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); IV) a obrigatoriedade poderia ser entendida, no máximo, como regra contida no CPP (arts. 24, 42 e 576), não como princípio do sistema; V) ainda assim, não se lê necessariamente nos referidos artigos que a ação penal é obrigatória; VI) as regras do CPP devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e tal interpretação deve considerar o conjunto de normas constitucionais que exigem do Ministério Público atingimento de finalidades com eficiência e efetividade (arts. 127 e seguintes, combinados com o art. 37).

A experiência da Câmara Criminal do MPF tem mostrado ser possível construir critérios objetivos de atuação efetiva e de não atuação, em outras palavras, priorização e arquivamento. Tais critérios oferecem balizas indispensáveis ao exercício fundamentado da discricionariedade ministerial e favorecem a gestão do que pode ser uma autêntica e transparente contribuição do Ministério Público à política criminal no país.

3 ATIVIDADES E CRITÉRIOS DE ATUAÇÃO DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MPF

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2ª CCR) – ou, simplesmente, Câmara Criminal – é legalmente definida como órgão superior do Ministério Público Federal com

¹⁰ Túlio Fávaro Beggiano desenvolve a ideia de "procedimentalização infralegal e institucional", mecanismo que permite assegurar, segundo explica, transparência e busca de efetividade na atuação ministerial (2016, p. 371). Marcelo Goulart defende observância de princípios como igualdade, imparcialidade, segurança jurídica e transparência, como orientadores da atuação prioritária do Ministério Público (2010, p. 350).

atribuição de coordenação, integração e revisão da atividade dos membros em temas criminais, exceto naqueles de atribuição da Câmara Ambiental (4ª CCR), da Câmara de Combate à Corrupção pública (5ª CCR) e da Câmara do Controle Externo da Atividade Policial (7ª CCR).¹¹

Em sentido estrito, a Câmara Criminal é um colegiado de seis membros, preferencialmente subprocuradores-gerais da República, mas sua estrutura é composta, em realidade, por um número de servidores e membros colaboradores. Na área de coordenação, a Câmara atua por intermédio de comissões, grupos de apoio e grupos de trabalho, que desenvolvem, entre outras atividades, estudos e debates com a finalidade de contribuir para adoção de enunciados e orientações pelo colegiado, roteiros de atuação e outras publicações de interesse prático dos membros do MPF. Cabe mencionar o Grupo de Trabalho Utilidade, Eficiência e Efetividade da Persecução Penal, que em diversas de suas atividades se dedica à reflexão sobre a modernização da persecução penal, a discricionariedade ministerial e as balizas de seu exercício.

3.1 Temas prioritários

Entre as balizas da discricionariedade, destacam-se os temas ou crimes de atuação prioritária. Para defini-los, a Câmara emprega metodologia abrangente, colhendo subsídios de membros com atuação criminal em todo o país e participação direta dos

11 A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que rege o Ministério Público Federal, define a organização e as atribuições das câmaras nos seguintes dispositivos:

"Art. 58. As Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal são órgãos setoriais de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na instituição.

Art. 59. As Câmaras de Coordenação e Revisão serão organizadas por função ou por matéria, através de ato normativo. Parágrafo único. O Regimento Interno, que disporá sobre o funcionamento das Câmaras de Coordenação e Revisão, será elaborado pelo Conselho Superior.

Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

I – promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em escritórios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional;

II – manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins;

III – encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor;

IV – manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;

V – resolver sobre a distribuição especial de feitos que, por sua contínua reiteração, devam receber tratamento uniforme;

VI – resolver sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir;

VII – decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Federal."

coordenadores das áreas criminais das unidades do MPF.¹² Em reunião realizada em fevereiro de 2018 em Brasília, os coordenadores criminais deliberaram manter e reafirmar as seguintes prioridades nacionais:¹³ crimes de fronteiras, fraudes previdenciárias, lavagem de dinheiro e crimes cibernéticos envolvendo pornografia infantil e racismo. Nessa definição de prioridades, a Câmara inclui os crimes em relação aos quais o Brasil tem compromissos internacionais, como trabalho escravo, tráfico de pessoas, crimes cometidos contra comunidades indígenas e crimes cometidos durante a ditadura (Justiça de Transição). Tal metodologia envolve ainda definição de prioridades regionais. Para a 2ª Região,¹⁴ por exemplo, apontou-se o roubo de mercadorias em poder dos Correios como crime de atuação prioritária; outro exemplo é a fraude previdenciária, indicada como prioritária pelos procuradores da 5ª Região.¹⁵

A atuação relativamente a esses temas é formulada como meta genérica (exemplo: “tornar mais efetiva a investigação e a persecução dos crimes de fronteiras, incluindo portos e aeroportos), e o conjunto de metas resultante dessa formulação passa a integrar o Planejamento Estratégico do MPF.¹⁶ Acompanha as metas uma indicação de ações consideradas necessárias e estratégicas (exemplo: “articulação com as entidades parceiras do MPF, com atuação na fronteira, para definição de métodos operacionais comuns ou complementares”).

12 Tal metodologia encontra-se detalhada no novo Regimento da 2ª CCR, publicado em 6 de fevereiro de 2018:

“Art. 2º A 2ª Câmara tem as seguintes atribuições: [...]

X – contribuir ao planejamento estratégico do Ministério Público Federal;

XI – exercer a coordenação estratégica mediante aprovação de temas prioritários e respectivas metas e ações estratégicas, observando o princípio da independência funcional; [...].

Art. 4º A coordenação estratégica a que se refere o inciso XI do art. 2º contemplará critérios de utilidade, eficiência e efetividade da persecução penal e importará na eleição de temas prioritários e respectivas metas e ações estratégicas, com caráter orientativo aos membros.

§ 1º Os temas prioritários, as metas e as ações estratégicas serão aprovados pelo colegiado da 2ª Câmara após discussão e contribuição dos membros oficiais na área criminal, bem como de integrantes de comissões, grupos de apoio e grupos de trabalho.

§ 2º A deliberação sobre os temas prioritários, as metas e as ações estratégicas terá vigência por prazo definido pela 2ª Câmara.

§ 3º A 2ª Câmara adotará procedimento para acompanhamento das metas e implementação das ações estratégicas, respeitada a independência funcional dos membros oficiais.”

13 A indicação de temas prioritários, além de estar baseada em metodologia de estudos, discussão e deliberação, é pública e transparente, divulgada na página aberta da 2ª CCR. Consulte-se: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/gestao-estrategica/copy_of_metas-e-prioridades.

14 A 2ª Região da Justiça Federal compreende os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo.

15 As prioridades regionais podem ser consultadas na página da 2ª CCR citada na nota 13. São indicadas por região conforme segue. 1ª Região (AC, AM, AP, BA, DF, GO, MA, MG, MT, PA, PI, RO, RR e TO): trabalho escravo; fraudes previdenciárias (com foco em organizações criminosas); 2ª Região: tráfico de armas e drogas; roubo de mercadorias em poder da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); 3ª Região (SP e MS): crimes de fronteira ou cometidos em portos e aeroportos; trabalho escravo; 4ª Região (PR, SC e RS): crimes de fronteira ou cometidos em portos e aeroportos; lavagem de dinheiro; 5ª Região (CE, RN, PB, PE, AL e SE): trabalho escravo; fraudes previdenciárias (com foco em organizações criminosas).

16 Sobre a modernização e o Planejamento Estratégico do MPF, consulte-se: <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf>.

3.2 Enunciados

Enunciados são verbetes que, de modo sintético e genérico, expressam decisões reiteradas da Câmara, tomadas no exercício de sua competência de revisão. Tais decisões são proferidas em sessões de revisão, nas quais o colegiado da Câmara delibera sobre os feitos a si submetidos. Adoção de novos enunciados pode decorrer de propostas de integrantes do colegiado ou de grupos de trabalho e é objeto de deliberação em sessão de coordenação.¹⁷

Interessam, neste artigo, os enunciados sobre hipóteses de arquivamento de investigações, como o 49, relativo à aplicação do princípio da insignificância em crime de descaminho:

Enunciado 49

Admite-se o valor fixado no art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002 (R\$ 10.000,00) como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, desde que ausente reiteração da conduta.

Aprovado na 61ª Sessão de Coordenação, 4/3/2013.

Outro enunciado autorizador de arquivamento é o 60, que acolhe o critério de “ausência de linha investigatória viável ou provável” em relação ao crime de moeda falsa:

Enunciado 60

É cabível arquivamento de procedimento investigatório referente ao crime de moeda falsa quando a quantidade e o valor das cédulas, o modo que estavam guardadas pelo agente, o modo de introdução ou a tentativa de introdução em circulação, o comportamento do agente ou as demais circunstâncias indicarem ausência de conhecimento da falsidade ou de dolo do agente e sendo inviável ou improvável a produção de prova em sentido contrário, inclusive pelo decurso do tempo.

Aprovado na 108ª Sessão de Coordenação, 7/3/2016.

Tal enunciado, apesar de prever exame inicial de natureza subsuntiva quanto ao dolo, admite que, no caso de circunstâncias pouco claras ou meros indícios de ausência de dolo, cabe arquivar o feito quando não houver linha investigatória que possa resultar na demonstração do elemento subjetivo do crime.

¹⁷ Os enunciados podem ser consultados em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>.

Por fim, cumpre referir o Enunciado 68, que indica uma série de hipóteses nas quais se pode considerar inviável a investigação do crime de estelionato contra a Previdência Social cometido mediante saques indevidos de benefícios previdenciários após óbito do segurado:

Enunciado 68

É cabível arquivamento de procedimento investigatório em relação a crime de estelionato em detrimento do INSS cometido mediante saques indevidos de benefícios previdenciários após o óbito do segurado quando constatados(a) a realização de saques por meio de cartão magnético, (b) a inexistência de renovação da senha, (c) a inexistência de procurador ou representante legal cadastrado na data do óbito e (d) a falta de registro visual, cumulativamente, a demonstrar o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea.

Aprovado na 118ª Sessão de Coordenação, 19/9/2016.

Por meio desses enunciados, a Câmara Criminal favorece gestão eficiente de feitos pelos membros do MPF, que podem, de maneira objetiva e uniforme, deixar de destinar recursos (humanos e materiais) para casos inviáveis e redirecioná-los para outros, especialmente os mais graves, sendo até autorizado não envio à Câmara, para homologação, dos arquivamentos com base em enunciados, como dispõe o 36:

Enunciado 36

Quando o arquivamento de procedimento administrativo criminal ou inquérito policial tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara os autos não precisam ser remetidos a esta Câmara de Coordenação e Revisão, que deverá ser comunicada por meio do Sistema Único.

Redação alterada na 94ª Sessão de Coordenação, 18/3/2015.

3.3 Orientações

Orientações resultam, normalmente, de estudos e debates mais demorados, com o objetivo de produzir as melhores diretrizes aos membros.¹⁸ Algumas orientações contêm justificativa teórica introdutória, outras apenas a orientação de aplicação no tema. Enquanto algumas abordam temas pontuais, como lavagem de dinheiro, outras são mais

¹⁸ As orientações podem ser consultadas em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes>.

genéricas, como a 30, que merece destaque inicial por conter critério genérico balizador da discricionariedade. Observe-se a ressalva de que não se aplica a crimes prioritários:

Orientação 30

Assunto: Critérios a serem observados nas promoções de arquivamento referentes aos crimes não considerados prioritários pela 2ª CCR.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75 de 1993, ORIENTA os membros do Ministério Público Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação a observarem, em suas promoções de arquivamento, os seguintes critérios, não se aplicando à hipótese a regra do Enunciado nº 36:

Nos crimes não considerados prioritários pela 2ª CCR, em que se comprove a não reiteração e verificado o mínimo grau de reprovabilidade da conduta, são circunstâncias que autorizam o arquivamento da investigação:

- a) Delito de bagatela – a demonstração da mínima ofensividade da conduta, associada ao baixo grau de periculosidade social da ação;
 - b) Subsidiariedade do Direito Penal – a verificação de que a aplicação de sanção extrapenal é suficiente para a prevenção e repressão do ilícito;
 - c) Adequação da sanção penal – a concreta e fundamentada ausência de necessidade e utilidade de aplicação da sanção penal, conforme os fins da pena.
- Brasília/DF, 4 de julho de 2016.

Orientação acolhe hipóteses conhecidas e consolidadas de afastamento da incidência da norma penal, que podem assim ser usadas como fundamento de arquivamento nos crimes em geral, exceto nos prioritários. A orientação afasta, nesses casos, a aplicação do Enunciado 36, o que se justifica por necessidade de maior acompanhamento revisional. A atividade de revisão da Câmara nesses casos favorece, ademais, aplicação uniforme dos critérios pelos membros em todo país.

Veja-se, ainda, a Orientação 26, que tem por objetivo evitar que se perpetuem investigações sem chances de sucesso:

Orientação 26/2016

Assunto: Promoção de arquivamento.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75 de 1993, ORIENTA os membros do Ministério Público

Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação a observarem, em suas promoções de arquivamento, o seguinte critério, não se aplicando à hipótese a regra do Enunciado nº 36:

A antiguidade do fato investigado, o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea, adequadamente sopesados no caso concreto, justificam o arquivamento da investigação, sem prejuízo do disposto no art. 18 do CPP.

Brasília, 4 de abril de 2016.

Por meio dessas e de outras diretrizes, a Câmara Criminal almeja auxiliar os membros na promoção de persecução estratégica e efetiva. Ao tempo em que os encoraja a dedicar recursos e esforços ao combate dos crimes prioritários, oferece balizas à não atuação nos casos em que a persecução pode ser dispensada.

Outra importante área de definição de balizas ao exercício da discricionariedade é a dos acordos penais, que não será aqui tratada, como referido, por ser objeto de artigo específico.

4 CONCLUSÕES

Segundo o modelo da obrigatoriedade, o Ministério Público tem a obrigação, como titular exclusivo da ação penal, de promovê-la em todos os casos de constatação de crime com elementos mínimos de autoria e materialidade. Para os autores que o sustentam, frente a tais casos, o órgão acusador não tem margem de escolha, mas um dever de interpretação e aplicação da lei, cabendo-lhe obrigatoriamente promover a ação penal, salvo nas exceções previstas ou admitidas pelo ordenamento, o que alguns tratam como mitigação (afastamento parcial, excepcional) da obrigatoriedade.

O tema diz respeito à propositura da ação penal pelo Ministério Público, mas termina por afetar todo o sistema de persecução penal, criando deveres paralelos para as autoridades policiais e de fiscalização, i.e., deveres de instaurar procedimentos, investigar ou fiscalizar em todos os casos constatados, e disso resultam rotinas de trabalho burocráticas que levam à ineficiência e à inefetividade do sistema como um todo.

Procurou-se inicialmente demonstrar que o modelo da obrigatoriedade ressenete-se de uma contradição histórica e ideológica – entre os ideais da Ilustração, de um lado, e o caráter totalitário da pretensão de exaustividade do Estado, de outro –, à qual se soma a irrealizabilidade concreta de tal pretensão e o fato, ainda mais desconcertante, de que

encobre inevitável seletividade, muitas vezes incompatível com o princípio democrático, e que, enfim, é a natureza ideal do modelo da obrigatoriedade (formalmente perfeito, mas humanamente irrealizável) a qual faz que, ao não se concretizar, produza distorções.

No Brasil, a regra da obrigatoriedade é equívoco interpretativo perpetuado por influência da tradição jurídica continental. De todo modo, independentemente do que se conclua quanto ao período anterior a 1988, cumpre interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição. Nessa releitura operam vetores constitucionais relativos ao funcionamento e à eficiência do Ministério Público – e do sistema acusatório como um todo – que não podem ser concretizados sem discricionariedade, estratégia e seletividade (ou oportunidade).

Trata-se de tema em revisão nos sistemas da Europa Continental e, como não poderia deixar de ser, na América Latina. A efetividade do sistema de persecução penal frente ao crime é preocupação para todos, mas, sobretudo, para os que enfrentam altos índices de criminalidade e escassez de recursos para combatê-los – cabe discutir, bem por isso, um modelo para a América Latina.

Estudos apontam para a necessidade de substituir o modelo da obrigatoriedade por outro mais racional, não desvinculado das políticas criminais e ancorado na realidade da criminalidade a enfrentar, um modelo que admita – ou assuma – o exercício da discricionariedade pelo Ministério Público, em coordenação com órgãos policiais e de fiscalização e com resultados de maior racionalidade também para o Poder Judiciário.

Os membros do Ministério Público fazem escolhas por circunstâncias práticas (múltiplas frentes de atuação e impossibilidade de atuar em todas) e jurídicas (deficiências do ordenamento como lacunas, ambiguidades, vaguezas e contradições). Modernos entendimentos sobre interpretação e aplicação do Direito admitem que se exerce discricionariedade, ainda que relativa e necessariamente fundamentada, nos espaços criados por deficiências técnicas do ordenamento e, por isso, a funcionalidade da argumentação e dos princípios ganha maior relevância. Defendeu-se neste artigo, enfim, a necessidade de assumir a discricionariedade, para além da mitigação da obrigatoriedade, e de construir critérios objetivos para seu exercício fundamentado, na linha da experiência desenvolvida pela Câmara Criminal do Ministério Público Federal.

Referências

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 15, n. 47, p. 351-379, 2016.

BINDER, Alberto M. **Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de America Latina**, 2012. Disponível em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003.

GOULART, Marcelo Pedroso. Princípios Institucionais do Ministério Público. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERI, Antonella. **Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità**. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive di iure condendo: un quadro ricognitivo, 2010. Disponível em: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0225_peri.pdf. Acesso em: 18 maio 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Funções administrativas e discricionárias do Ministério Público. *In*: _____. (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 3, n. 8, p. 99-120, 2003. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003/as-politicas-criminais-contemporaneas-enfase-nas-reformas-dos-sistemas-processuais-europeus>.

6 HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DOS LIMITES DE RESCINDIBILIDADE

Lourrayne Garcia¹

Resumo: O presente estudo busca analisar os limites a que estaria submetido o magistrado no momento da homologação de acordos de colaboração premiada e qual seria a amplitude de sua atuação nesse caso, tendo em vista agir em um sistema regido por princípios. A partir de análise comparativa com o instituto do *plea bargain* e de estudo dos fundamentos de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores do Brasil, propõe-se estabelecer os limites de rescindibilidade judicial dos acordos de colaboração premiada no Brasil. Expõem-se as linhas gerais de cada instituto, o que permite vislumbrar que, embora o instituto no Brasil não tenha contornos tão definidos quanto o *plea bargaining* no direito norte-americano, já se nota tendência de que o magistrado brasileiro tenha maior discricionariedade na homologação dos acordos.

Palavras-chave: Acordo de Colaboração Premiada. *Plea Bargain Agreement*. Limites de Atuação do magistrado.

Abstract: *This paper seeks to analyze the limits to which magistrates would be subjected when reviewing awarded collaboration agreements and what would be the amplitude of his/her action, considering they act within a system governed by principles. Based on a comparative analysis with the plea bargain and on a study of the foundations set forth in decisions issued by the Brazilian Superior Courts, it aims to establish the limits of judicial rescindability of those agreements in Brazil. It outlines the general lines of each institute, which allows to conclude that, although collaboration agreements in Brazil do not have same definite contours as plea bargaining in U.S. law, there is a tendency that Brazilian judges exert greater discretion when examining such agreements.*

Keywords: *Brazilian plea bargain agreement. Plea bargain agreement. Limits of jurisdiction.*

INTRODUÇÃO

A delação premiada, grande protagonista do cenário político e jurídico nacional, configura acordo entre réu ou investigado e o Ministério Público, com o fim de que àquele sejam concedidos benefícios jurídico-processuais em troca de provas que permitam identificar outros agentes da conduta criminoso investigada ou possibilitem recuperar o produto do crime.

¹ Especialista em Direito Público pela ICPD (Uniceub), 2018. Analista do Ministério Público da União/Direito lotada na Procuradoria-Geral da República.

Trata-se de instituto cuja origem se encontra no denominado *plea bargain agreement* oriundo do *common law*, segundo o qual o réu (*defendant*), por meio de seu advogado e ante a existência de provas suficientes para condenação, aceita fazer um acordo (*agreement*) no qual admite sua culpa (*pleading guilty*) e, em contrapartida, obtém alguma concessão do Ministério Público, que pode, até, deixar de acusá-lo formalmente.

Foi com a edição da Lei nº 12.850/2013 que o instituto ganhou elevada notoriedade no Brasil, uma vez que as normas nela consignadas possibilitaram aos operadores do direito maior segurança jurídica para invocar métodos de colaboração premiada, ao oferecer os meios em que se darão os termos da avença.

Conhecida como Lei de Combate às Organizações Criminosas, a Lei nº 12.850/2013 positivou no direito brasileiro a possibilidade de celebração de acordos de colaboração entre o Ministério Público e o criminoso, o que permite maior efetividade na investigação de determinados tipos penais, como os de organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção. No primeiro são comuns destruição de provas e ameaças a testemunhas; no segundo, objetiva-se, precisamente, ocultar outros crimes; no terceiro, o *modus operandi* inviabiliza o acesso a provas pelo desenvolvimento da ação sem testemunhas ou registros.

Tanto a delação premiada como o *plea bargaining* encaixam-se no que se costuma denominar como Justiça Criminal Consensual, verdadeiro reflexo da atual crise que atravessa o sistema penal atual e que, embora tenha como pilares o utilitarismo e a eficiência, é gravemente criticada por suposta violação aos princípios de inderrogabilidade do juízo, separação das atividades de acusar e julgar, presunção de inocência, contradição e fundamentação das decisões judiciais.

É sob essa ótica que o presente estudo busca analisar os limites a que estaria submetido o magistrado no momento da homologação dos acordos de colaboração premiada e qual seria a amplitude de sua atuação nesse caso, tendo em vista estar agindo dentro de um sistema regido pelos princípios listados.

No atual cenário brasileiro, vislumbra-se a necessidade de perquirir qual seria a amplitude de atuação do magistrado quando da homologação dos acordos de delação premiada: estaria este adstrito à análise dos aspectos legais das circunstâncias sob as quais foi firmado o acordo ou poderia adentrar no mérito dos termos acordados?

Procura-se discutir se caberia ao magistrado determinar a revisão das cláusulas fixadas entre o Ministério Público e o réu ou até se negar a homologar o acordo submetido

pelas partes, por motivos diversos daqueles relacionados à legalidade do negócio jurídico.

A partir de análise comparativa com o instituto do *plea bargaining* e de estudo dos fundamentos das recentes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, propõe-se estabelecer o caráter da atuação do magistrado quando da homologação premiada, se vinculada ou discricionária. É necessário, ainda, definir os limites de interferência do magistrado nos termos do acordo celebrado.

O que aqui se pretende é fornecer um breve panorama do que seja o instituto do *plea bargaining* previsto no sistema jurídico norte-americano, mediante contrapontos, sempre que parecer possível e relevante, com o acordo de delação premiada previsto no sistema judiciário brasileiro.

1 PLEA BARGAINING: A DELAÇÃO PREMIADA NORTE-AMERICANA

Os primeiros registros do *plea bargaining* nos Estados Unidos remontam ao período colonial, aproximadamente ao ano de 1692, quando ocorreu a maioria dos julgamentos das conhecidas “Bruxas de Salém”, durante os quais era oferecido às “bruxas” que confessassem e que entregassem outras o benefício de não serem condenadas à pena de morte (MEYER, 2017).

Por grande parte da história norte-americana, o *plea bargaining* foi desencorajado pelos magistrados, que, muitas vezes, tentavam convencer aqueles que confessavam a exercer seu direito de ir a julgamento.

Não obstante a crescente prática do *plea bargaining* no início do século XX, ainda na década de 1960 o instituto ainda era visto com ressalvas. Após estudo realizado pela *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, em 1967 a prática passou a ser reconhecida e recomendada (MEYER, 2017).

No ano de 1970, a Suprema Corte norte-americana, no Caso *Brady v. United States*, decidiu pela possibilidade de conceder-se redução de pena aos réus que admitissem culpa, ainda que não confessassem o crime, o que significava que poderiam usufruir do *plea bargaining* mesmo quando inocentes (MEYER, 2017).

Em 1971, no Caso Santobello v. New York, o instituto adquiriu maior robustez, quando se decidiu que réus tinham direito a um recurso legal caso o Ministério Público descumprisse quaisquer das condições especificadas no acordo (MEYER, 2017).

Por fim, em 1978, no Caso Bordenick v. Hayes, concedeu-se aos procuradores a possibilidade de ameaçar acusações adicionais contra os réus que se recusassem a negociar, desde que tais acusações fossem válidas (MEYER, 2017).

Essa sintética retrospectiva demonstra que, no direito norte-americano, o *plea bargaining* percorreu um breve caminho entre o descrédito e uma rotina estabelecida e protegida.

1.1 Procedimento do *plea bargaining*

A legislação estadunidense não opõe obstáculo às declarações de culpabilidade negociadas, tanto que na Rule 11 (e) (1) das *Federal Rules of Criminal Procedure* se estabelece que o promotor e o advogado de defesa poderão discutir o caso com o intuito de chegar a um acordo.²

Existem diversas modalidades de *plea bargaining*, e cada uma envolve diferentes formas de redução de sentença.

Em um primeiro momento, o *plea bargaining* se subdivide em explícito (*explicit plea bargaining*), no qual há negociação prévia entre acusação e defesa, culminando em acordo, e implícito (*implicit plea bargaining*), por meio do qual as partes apenas convencionam que, em o acusado assumindo responsabilidade pela infração penal, existirá atenuação da reprimenda estatal.

Especificamente quanto ao *plea bargaining* explícito, tem-se ainda a seguinte subdivisão:

a) *charge bargaining*, *charge reduction* ou *charge dismissal*: o réu admite culpa em troca de acusação mais branda.

b) *sentence bargaining*, *sentence reduction* ou *on the nose guilty plea*: o réu assume culpa em troca de sentença mais leve; como a sentença é proferida por juiz, não pelo

² "The attorney for the government and the attorney for the defendant or the defendant when acting pro se may engage in discussions with a view toward reaching an agreement [...]".

promotor, trata-se de um tipo de acordo que nem sempre obtém sucesso, pois o magistrado pode rejeitá-lo, por não concordar com a pena entabulada entre as partes;

c) *count bargaining*: o réu que enfrenta múltiplas acusações assume culpa em troca de que algumas delas sejam arquivadas; exige-se que as acusações sejam idênticas.

Portanto, o *plea bargaining*, além de configurar meio de prova, caracteriza-se como verdadeira estratégia de defesa, tendo em vista a ampla liberdade de negociação entre o *prosecutor* e o *defense attorney*.

A confissão inerente ao *plea bargaining* é suficiente para encerramento das investigações e início da execução de qualquer pena que venha a ser estabelecida no acordo.

É o promotor a grande estrela do *plea bargaining*, enquanto o magistrado detém mínimo controle de todo o procedimento, como se verá a seguir.

1.2 Limites da atuação do magistrado norte-americano

Como característica da liberdade negocial entre o Ministério Público e os advogados de defesa, não se permite aos juízes norte-americanos participar das negociações.

Entre as razões para essa limitação, tem-se principalmente o fato de que a presença de um magistrado pode representar coação para que o réu aceite o acordo oferecido. Além disso, pode-se passar ao réu a ideia de que, caso não aceite o acordo, não terá julgamento justo, visto que o juiz já estaria convencido de sua culpa.

A liberdade negocial entre o Ministério Público e o advogado de defesa é uma das características mais nítidas do *plea bargaining*. No entanto, o acordo somente será homologado pelo juiz após análise das seguintes condições:

- 1º determinação da voluntariedade da declaração;
- 2º determinação de que a plea é feita "*intelligently*"; é outra das responsabilidades do juiz: dirigir-se pessoalmente ao acusado para determinar se ele compreende uma série de fatos antes de aceitar sua plea;
- 3º determinação da exatidão da declaração: a necessidade de que o juiz verifique se há *factual basis* para a declaração (por exemplo, que o acusado admitiu a realização dos fatos que deram lugar a que lhe fosse imputado

o delito do qual vai se declarar culpado) é obrigação que há poucos anos se acrescentou às que já tinham na hora de receber as *pleas of guilty*.

Diferentemente da ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público, os juizes norte-americanos encontram-se limitados à análise das condições mencionadas quando da homologação dos acordos a eles apresentados.

Nas palavras de Yue Ma (2011), “a expansão dos poderes do Ministério Público, somada ao relaxamento da supervisão judicial, fez do promotor de justiça a figura verdadeiramente mais importante da administração da Justiça Penal nos Estados Unidos.”³

A Suprema Corte norte-americana tem respaldado continuamente a discricionariedade dos membros do Ministério Público Federal, como nos casos *United States v. Chemical Foundation* (1926), *United States v. Goodwin* (1982) e *Wayne v. United States* (1985). Basicamente, a Corte Suprema decidiu que os tribunais não devem interferir nas tomadas de decisão dos membros do Ministério Público, chegando a firmar o entendimento de que:

Desde que o promotor tenha motivos plausíveis para acreditar que o acusado cometeu um crime definido em lei, a decisão de promover ou não a ação penal, bem como a decisão de qual acusação formular ou levar ao júri de acusação, em geral, cabe inteiramente à sua discricção. (MA, 2011)

Não se pode afirmar que a ausência de discricionariedade do magistrado seria absoluta, visto que isso somente seria possível em um ordenamento jurídico livre de lacunas, o que, no pensamento de Herbert Hart (2001), é inimaginável.

Para Hart (2001, p. 140):

[...] o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.

Ainda segundo Hart, “a textura aberta do Direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo do que os deixados pelos marcadores, nestes sentidos as decisões não são usadas como precedentes criadores de direito” (2001, p. 158).

³ Ver: MA, Yue. Explorando a origem da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, n. 1, p. 11-42, 2011.

A amplitude da discricionariedade constatada na atuação do promotor e do magistrado no direito norte-americano ocorre de forma diferente no Brasil. Enquanto nos Estados Unidos o promotor atua com ampla liberdade na tratativa e celebração do *plea bargaining*, a atuação do Ministério Público brasileiro encontra-se limitada ao regramento disposto no art. 4º da Lei nº 12.850/2013 e às decisões dos tribunais superiores, os quais deixaram de analisar apenas os requisitos legais e passaram a adentrar o mérito dos acordos.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL: CONCEITO E ASPECTOS PRÁTICOS

Entende-se, em síntese, a colaboração premiada como um acordo entre o réu ou investigado e o Ministério Público, com o fim de que àquele sejam concedidos benefícios jurídico-processuais em troca de provas que permitam identificar outros agentes da conduta criminosa investigada ou que possibilitem recuperar o produto do crime.

Para Guilherme de Souza Nucci (2013), a delação premiada pressupõe confissão e ocorre quando alguém, admitindo prática criminosa, revela que outra pessoa o ajudou de qualquer forma, o que significa dizer que somente se configura se o acusado, além de atribuir a conduta delituosa a terceiro participante da ação criminosa, confessar também ter participado.

Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado. Naturalmente, tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator.

Portanto, a colaboração premiada, ao facilitar acesso à informação, traz as seguintes vantagens:

a) facilita a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas;

b) revela a estrutura hierárquica e sua divisão de tarefas na organização criminosa;

c) possibilita recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e

d) possibilita a localização de eventual vítima, com a identidade física preservada.

Ocorre que, ao mesmo passo em que os acordos de colaboração ganham notoriedade pela velocidade que imprimem às investigações, aumentam as críticas quanto a sua utilização, muitas das quais baseadas em frágeis argumentos, como o de que representariam ofensa ao direito à não autoincriminação.

Antes de adotar tais argumentos, é necessário compreender os conceitos que os envolvem, o que permite afastar qualquer alegação de que os acordos de colaboração ofendem aos direitos que decorrem do princípio *nemo tenetur se detegere*.

O direito à não autoincriminação constituiu liberalidade concedida ao acusado e não admitir que o acusado dele disponha quando lhe for conveniente, implica afirmar que ele tem o dever fundamental de opor-se à pretensão punitiva, o que, por certo, não é previsto em nosso ordenamento jurídico.

Nenhum direito fundamental é absoluto, sendo perfeitamente possível que o colaborador, de forma livre e consciente, participe ativamente da produção de provas em uma investigação, ainda que estas o incriminem, quando os benefícios a si oferecidos em troca dessa conduta lhe proporcionem situação mais favorável, durante ou após encerrada a persecução penal.

Toda a evolução legislativa relatada a seguir demonstra que o instituto da colaboração premiada foi introduzido no Brasil como resposta à comoção social decorrente dos inúmeros casos de sequestros praticados na década de 1990, cujas vítimas eram, na maioria, pessoas de classes favorecidas, demandando, portanto, rápida conclusão das investigações.

2.1 Colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro

Embora tenha alcançado protagonismo com edição da Lei de Combate às Organizações Criminosas, a Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada no Brasil encontra remota origem ainda nas Ordenações Filipinas, notadamente nos Títulos VI e CXVI do Livro Quinto, sob o título “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, no qual era previsto até mesmo perdão para aquele que apontasse o culpado do crime investigado.

Exemplo célebre da aplicação da delação premiada na época do Império retorna à Inconfidência Mineira, quando o coronel Joaquim Silvério dos Reis, mediante promessa de perdão de sua dívida com a Coroa, entregou todos os planos de seus companheiros,

o que resultou no fim do movimento e na execução de Joaquim José Alves da Silva, mais conhecido como Tiradentes, em 21 de abril de 1792 (PACHI, 1992).

Não se estranha, portanto, que a delação premiada na época tivesse assumido tamanha conotação pejorativa. Nas palavras de Pachi, a delação seria sinônimo de “traição, de falta de caráter e de companheirismo, fazendo sua grande vítima o mártir Tiradentes.”.

Não obstante essa conotação perdure, a colaboração premiada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro ainda na década de 1990, com a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), cujo art. 8º dispõe que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento terá pena reduzida de um a dois terços”.

A edição da Lei de Crimes Hediondos decorreu precipuamente da comoção social decorrente dos inúmeros casos de sequestros praticados na época e cujas vítimas eram, na maioria, pessoas de classes favorecidas. O clima de insegurança fez que a sociedade demandasse penas mais severas para esses crimes, bem como a adoção de meios mais eficazes na apuração de tais delitos e que permitissem resgate das vítimas com vida.

O art. 7º da Lei dos Crimes Hediondos traça as linhas necessárias à eficácia da figura da delação premiada, determinando que o delator não apenas demonstre conhecimento do crime, como este ocorreu e quem foram os mentores. Deverá, ainda, conduzir a autoridade policial à libertação do sequestrado.

Somente delação eficaz trará ao delator os benefícios previstos em lei. Para Capez:

[...] para a aplicação da delação eficaz são necessários os seguintes pressupostos (a) prática de um crime de extorsão mediante sequestro; (b) cometido em concurso; (c) delação feita por um dos coautores ou partícipes à autoridade; (d) eficácia da delação.

Logo após a edição da Lei dos Crimes Hediondos, ainda em 1990, houve previsão do instituto da delação premiada no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária.

Em seguida, a Lei nº 9.034/1995 (revogada pela Lei nº 12.850/2013), que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações pratica-

das por organizações criminosas, consignou, no art. 6º, alternativas para esclarecimento de infrações penais cometidas por organizações criminosas.

Determinou-se que o benefício de redução da pena somente deveria ser concedido nos casos em que o coautor ou partícipe auxiliasse nas investigações, esclarecendo as circunstâncias e autoria das infrações cometidas pela organização criminosa.

No mesmo ano, a Lei nº 9.080/1995, ao acrescentar dispositivos à Lei nº 7.492/1986 (que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional), determinou expressamente aplicação do instituto da delação premiada, ao adicionar um § 2º ao art. 25 desta lei.

A Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, também prevê o instituto, no § 5º de seu art. 1º.

As leis contra os crimes financeiros, tributários e de lavagem de capitais surgiram a partir de um novo cenário no Brasil, no qual se constata intensificação das atividades econômicas e, conseqüentemente, surgimento de novas condutas criminosas, cujo combate, utilizando a legislação tradicional, era ineficaz.

A delação premiada mostra-se, como ocorreu em relação ao surto de sequestros vivido na mesma década, como o meio mais eficaz de combater esse novo tipo de criminalidade, visto possibilitar a interrupção de práticas que poderiam, em larga escala, inviabilizar setores da economia, além de tornar irrecuperáveis os prejuízos causados ao Estado.

Quanto à Lei contra Lavagem de Capitais e Ativos (Lei nº 9.613/1998), as condições ou critérios estabelecidos no art. 1º, § 5º, não precisam ser observados cumulativamente. Basta que a colaboração possibilite um dos três efeitos listados para ser válida, ou seja, é suficiente que ela permita (1) apuração das infrações penais; (2) identificação dos autores, coautores e partícipes; ou (3) localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Já ao final da década de 1990, a Lei nº 9.807/1999, ao regulamentar programas de proteção a vítimas e testemunhas, também dispôs sobre o instituto como modo de trazer maior eficiência às investigações.

Alguns anos depois, a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, trouxe norma idêntica, em seu art. 41.

Resta mencionar a Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei das Organizações Criminosas, cujo art. 4º dispõe de forma detalhada sobre o instituto da delação premiada, apresentando os requisitos para aplicação do instituto: voluntariedade do delator e eficácia da colaboração.

A Lei nº 12.850/2013 prevê expressamente que a colaboração premiada poderá ensejar, além de redução de pena em até dois terços e substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 4º), perdão judicial e até mesmo não oferecimento de denúncia em face do colaborador (§ 4º), o que se mostra exceção ao Princípio da Obrigatoriedade.

O oferecimento de perdão judicial é autorizado antes do oferecimento de denúncia ou de redução da pena de um a dois terços, conforme o art. 4º da lei.

A lei, conforme expõe o Projeto de Lei nº 6.578/2009, que a originou, buscou adequar a investigação brasileira às diretrizes da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também denominada Convenção de Palermo), ratificada, promulgada e introduzida no ordenamento jurídico por força do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. O projeto de lei buscou resolver incongruências apontadas pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores, como a ausência de definição de organizações criminosas, conceito complementado pela hermenêutica segundo critérios de interpretação sistemática, socorrendo-se das disposições da Convenção de Palermo.

O instituto da delação premiada foi reiteradamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de possibilitar investigações mais céleres e eficazes, notadamente em casos nos quais a colaboração daqueles que tiveram participação nos delitos seja fundamental à obtenção dos resultados pretendidos.

3 DELAÇÃO PREMIADA E ALGUMAS PERSPECTIVAS NO BRASIL

Embora disciplinada pelo art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, o funcionamento da colaboração premiada no Brasil tem sido ditado pelas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal na análise dos casos concretos que chegam a sua apreciação.

Importa consignar as seguintes decisões que ditaram as características da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro:

a) Petição (Pet) 5.700/DF

Em 22 de setembro de 2015, ao proferir julgamento que determinou abertura de inquérito policial para investigar possíveis delitos cometidos pelo senador Aloysio Nunes Ferreira Filho (PSDB) e o ministro de Estado Aloizio Mercadante Oliva (PT), o ministro Celso de Mello traçou alguns parâmetros sobre a colaboração premiada e como o Poder Judiciário deve agir em relação aos depoimentos resultantes desses acordos.

O procurador-geral da República, em face do depoimento de Ricardo Ribeiro Pessoa, prestado em 29/5/2015, constante do Termo de Colaboração 29, por vislumbrar ocorrência de condutas que, em princípio, caracterizariam, “pelo menos, e em regime inicial de apuração”, prática do crime de falsidade ideológica eleitoral (Código Eleitoral, art. 350) e do delito de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, art. 1º, § 1º, inciso I), requereu “instauração de inquéritos – individualizados – para aprofundar a investigação dos fatos” e nos quais poderiam estar envolvidos o senador e o ministro citados.

Embora tenha autorizado abertura da investigação, conforme requerido, o ministro ressaltou que a delação premiada é instrumento de obtenção de dados e subsídios informativos e não meio de prova. Vedou, ainda, o uso da chamada “corroboração recíproca ou cruzada”. Consignou também a impossibilidade de que a colaboração premiada embase prisão preventiva, visto que o depoimento do colaborado é apenas instrumento para obtenção de prova, capaz de impulsionar investigação da qual o Estado não se pode esquivar quando diante de *notitia criminis*.

b) Habeas Corpus (HC) 127.483

No dia 27 de agosto de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu *habeas corpus* impetrado pelo diretor da empresa Galvão Engenharia S.A., Erton Medeiros Fonseca, contra ato do ministro Teori Zavascki, que homologou acordo de delação premiada de Alberto Youssef.

Trata-se de importante julgado, pois nele foi consignada a natureza da colaboração como negócio jurídico processual personalíssimo, “uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza proces-

sual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.”

Além disso, o julgado consignou os limites de atuação do magistrado na homologação dos acordos, os quais seriam restritos à regularidade, voluntariedade e legalidade do ato, não sendo possível juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

Outro ponto importante foi o Colegiado ter assentado a posição de que eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não poderia impugnar o acordo de colaboração.

c) Pet 7.003

No julgamento da Pet 7.003, o STF definiu os limites de atuação do relator quando da homologação dos acordos de colaboração premiada.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto, resolveu questão de ordem e negou provimento a agravo regimental em petição em que se discutiam os limites de atuação do relator em homologação de colaboração premiada e a distribuição ao ministro Edson Fachin (relator), por prevenção, da Pet 7.003/DF, em razão do inquérito (Inq) 4.112/DF, cujo objeto são fatos relacionados à Operação Lava Jato.

A questão de ordem foi suscitada pelo relator, tendo em conta petição ajuizada pelo governador do estado de Mato Grosso do Sul e recebida como agravo regimental. O agravante contestou a distribuição por prevenção, e não por sorteio, dos autos em que foram homologados acordos de colaboração premiada celebrados entre o Ministério Público Federal (MPF) e integrantes de grupo empresarial. O governador pretendia reconhecimento de inexistência de conexão entre os fatos e condutas a si imputadas na Pet 7.003/DF, bem como aqueles apurados no Inq 4.112/DF, e consequente determinação da livre distribuição do feito.

Diante desse questionamento, foram discutidos três pontos:

- limites da atuação do relator na homologação de acordos de colaboração;
- sindicabilidade do controle das cláusulas acordadas com o MPF; e
- extensão da sindicabilidade do acordo em colaborações premiadas.

Sobre o primeiro ponto, o Plenário reafirmou a atribuição do relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita a juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença. Reafirmou, também, a competência colegiada do STF para avaliar, em decisão final de mérito, o cumprimento dos termos e a eficácia do acordo.

Em relação ao controle das cláusulas acordadas, após sugestão do ministro Alexandre de Moraes, firmou a tese de que o “acordo homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado análise no § 4º, art. 966 do CPC.”

Quanto ao terceiro ponto, o ministro Marco Aurélio suscitou questão de ordem apontando que seria imprescindível definir a extensão da decisão: se se tratava apenas da questão trazida pelo relator ou se fixariam que a homologação implica concordância, mesmo quando não proposta ação penal, com as bases do acordo. Se o tribunal optasse por avançar, mudaria seu voto para aderir à dissidência, sob o entendimento de que cabe ao colegiado a homologação. Os ministros, por maioria, rejeitaram a questão de ordem. Ato contínuo, o ministro Marco Aurélio afirmou que mudava sua posição, para divergir do relator.

d) Pet 7.265/DF

Contrariando os últimos posicionamentos do STF, segundo os quais, na homologação de acordos de colaboração premiada, o relator deveria se limitar a juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, o ministro Ricardo Lewandowski devolveu à Procuradoria-Geral da República (PGR), sem homologar, acordo de colaboração premiada firmado com o marqueteiro Renato Barbosa Rodrigues Pereira, que revelou crimes como “caixa 2”, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, supostamente praticados em campanhas eleitorais no Rio de Janeiro, entre 2010 e 2016.

O ministro, ao negar momentaneamente o pedido para homologar a colaboração, afirmou não concordar com as cláusulas entabuladas, por entender que a maioria dos benefícios não pode ser concedida pelo Ministério Público. Para Lewandowski, perdão de penas privativas de liberdade e suspensão de prazo prescricional somente podem ser determinadas por decisão judicial.

Afirmou que, embora tivesse anteriormente afirmado a colaboração premiada como meio de obtenção de prova oriundo do sistema anglo-saxão de justiça negociada, o

sistema processual penal brasileiro, por ter matriz romano-germânica, atribui ao órgão acusador menor discricionariedade, uma vez que o modelo aqui adotado atribui ao juiz responsabilidade pela busca da verdade real.

CONCLUSÃO

O acordo de colaboração premiada constitui importante ponto de discussão no país. Trata-se de instituto de origem estrangeira, cujas características têm sido delineadas de acordo com as especificidades do ordenamento jurídico brasileiro.

É interessante perquirir e entender o papel de cada figura participante do procedimento que cerca a celebração de acordos de colaboração premiada, notadamente dos magistrados, que, ao final, independentemente dos limites conferidos a sua atuação, serão os responsáveis por aplicar as penas conferidas a colaboradores e demais agentes delatados.

Enquanto no sistema norte-americano é atribuída ao Ministério Público absoluta discricionariedade para celebração do acordo de colaboração premiada, inexistindo *accountability* sobre as razões que o fundaram, no Brasil, a atuação do promotor encontra-se adstrita a controle legal e social.

Quanto ao magistrado, o mesmo não pode ser afirmado. Verifica-se no direito norte-americano tendência a amplificar o controle à atuação do Ministério Público na celebração dos *plea bargaining agreements*. Não há, no entanto, tentativa de ampliar a atuação do magistrado além da análise dos requisitos de legalidade que devem preencher a celebração dos acordos.

Os limites de atuação do magistrado norte-americano encontram-se bem delineados, não existindo espaço para sua interferência nas razões que levam à celebração dos acordos ou nas cláusulas pactuadas.

No Brasil, esses limites ainda estão em construção, e os tijolos vêm sendo cimentados pelos Tribunais Superiores, na análise dos casos concretos que chegam a sua apreciação.

Embora a lei seja clara no sentido de que juiz não participa das negociações do acordo, há papel do Poder Judiciário em três momentos da colaboração: inicialmente, na fase de homologação judicial, quando o acordo é submetido a controle judicial; em um

segundo momento, de acompanhamento de pedidos que demandem intervenção judicial; e ao final, no momento de concessão dos benefícios.

A exemplo da decisão proferida na Pet 7.265/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, já existe o pensamento de que o acordo de colaboração brasileiro não deve abarcar a mesma discricionariedade conferida ao órgão acusador norte-americano, de modo que o magistrado brasileiro, na análise dos acordos, pode não concordar com as cláusulas entabuladas por motivos além dos requisitos restritos à regularidade, voluntariedade e legalidade do ato.

Constata-se tendência de exercer juízo de valor sobre as declarações prestadas pelo colaborador, inclusive quanto às razões que o levaram a firmar o acordo.

Não obstante recente no país e ainda carente de maior definição de seus contornos, há latente tendência de conferir ao magistrado brasileiro maior discricionariedade na homologação dos acordos de colaboração premiada, retirando do Ministério Público a liberdade negocial que caracteriza o instituto do *plea bargaining*, do qual se originou.

Referências

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979.

BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 1º mar. 2018.

_____. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Acrescenta dispositivos às Leis nos 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9080.htm. Acesso em: 1º mar. 2018.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 1º mar. 2018.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm. Acesso em: 1º mar. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 1º mar. 2018.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 1º mar. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 8. ed. Bari: Laterza, 2004.

FIORI, Ariane Trevisan. **A Prova e a Intervenção Corporal**: sua valoração no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 348p.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Brasília, n. 1, p. 11-42, 2011.

MEYER, Jo'na F. Plea Bargaining Law. **Encyclopaedia Britannica**, 2017. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining>. Acesso em: 11 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Promotor de Justiça e Direitos Humanos**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. **Delação Penal Premial**. 1992. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1992.

SANTOS, Simone Moraes dos. A coerção pena no âmbito da lei dos crimes hediondos. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 8, n. 177, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

7

COMPETÊNCIA PARA
JULGAMENTO DO CRIME DE
CONTRABANDO DE CIGARROS
À LUZ DO INTERESSE DA UNIÃO:
ANÁLISE CRÍTICA DO CONFLITO
DE COMPETÊNCIA Nº 149.750

*Lucas de Moraes Gualtieri*¹

Resumo: Este trabalho analisa, sob a ótica do direito constitucional e do direito processual penal, as circunstâncias que gravitam em torno do crime de contrabando, com o intuito de estimular debate sobre o foro adequado para processar e julgar esse delito. É essencial análise crítica da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 149.750/MS, a qual vem sendo replicada em situações que não comportam sua aplicação. O trabalho ainda investiga a fundo o papel da União na regulamentação e no controle do setor cigarreiro no Brasil, indicando que a solução mais adequada é a definição da competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de contrabando.

Palavras-chave: Direito processual penal. Contrabando. Cigarros. Competência. Justiça Federal. Interesse da União.

Abstract: *This paper aims to analyze, from the point of view of constitutional and criminal procedural law, the circumstances of smuggling, to stimulate debate on the appropriate forum to prosecute it. Critical analysis of the Superior Court of Justice judgment in Conflict of Competence 149,750/MS is essential, since it has been uncritically replicated in situations that do not accept its incidence. The paper further investigates the role of the Union in regulating and controlling the tobacco industry in Brazil, indicating that the most appropriate solution is to define the jurisdiction of Federal Courts to prosecute smuggling.*

Keywords: *Criminal Procedural Law. Smuggling. Tobacco. Competence. Federal Court. Interest of the Union.*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é investigar os fundamentos fáticos e jurídicos que circundam a definição da competência, em razão da matéria, para processo e julgamento do crime de contrabando, tendo cigarros como objeto material, visando a estabelecer o foro adequado para esse fim. A hipótese é a de que a competência deve ser fixada em favor da Justiça Federal.

1 Procurador da República, lotado na Procuradoria da República em Pouso Alegre (MG); pós-graduado em Controle, Prevenção e Detecção de Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Federal de Lavras (Ufla).

A análise concentra-se, no primeiro capítulo, na pesquisa das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, desde a década de 1990 até mais recentemente, cotejando os precedentes que levaram à formação da jurisprudência da Corte pelo reconhecimento de que cabem à Justiça Federal processo e julgamento do crime de contrabando.

O segundo capítulo é dedicado à investigação dos fundamentos de fato e de direito da decisão tomada no Conflito de Competência nº 149.750/MS, no qual a 3ª Seção reconheceu competência estadual para processar e julgar o crime de contrabando quando não demonstrada extraterritorialidade da conduta. Essa análise é feita de forma crítica, perquirindo se a decisão superou a jurisprudência anterior. Busca identificar a razão de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*) da decisão e afirmações ditas de passagem (*obiter dicta*), para avaliar a (in)adequação da reiteração desse precedente em decisões – especialmente monocráticas – subsequentes.

No terceiro capítulo faz-se análise dos elementos que circundam o crime de contrabando, averiguando se justificam aplicação do inciso IV do art. 109 da Constituição na definição da competência em razão da matéria. Essa avaliação passa por contextualizar a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e da Receita Federal como agentes reguladores, fiscalizadores e controladores do setor de produção e comercialização de cigarros.

O quarto capítulo cuida da análise da (ir)relevância da extraterritorialidade da conduta para definição da competência para processo e julgamento do crime de contrabando, inclusive mediante comparações entre esse delito e outros em relação aos quais a jurisprudência impõe necessidade de demonstrar extraterritorialidade da conduta para definir competência federal, como ocorre com o tráfico de drogas, com crimes do Estatuto do Desarmamento e com comércio irregular de medicamentos.

Busca-se, portanto, contribuir para o debate sobre o foro adequado para julgar o crime de contrabando, tema objeto de reiteradas controvérsias jurídicas, tanto no Poder Judiciário quanto no Ministério Público, especialmente após a decisão no CC nº 149.750/MS².

2 Nota de atualização: O presente trabalho foi redigido originalmente em abril de 2018, enquanto ainda prevalecia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento materializado no CC nº 149.750/MS, acerca da competência para o julgamento do crime de contrabando. Posteriormente, entretanto, em agosto de 2018, a Terceira Seção do STJ julgou o CC nº 160.748/SP (relator: ministro Sebastião Reis Júnior), oportunidade na qual reafirmou o enunciado da Súmula nº 151 da jurisprudência daquela Corte, reconhecendo expressamente que o crime de contrabando afeta interesses da União, mesmo nas hipóteses em que não há prova da transnacionalidade da conduta. A posição defendida neste trabalho, portanto, vem atualmente prevalecendo naquele Tribunal Superior.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AO CONTRABANDO DE CIGARROS

Durante vários anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi pacífica em que o processo e julgamento do crime de contrabando competia à Justiça Federal.

Ainda sob a vigência da antiga redação do art. 334 do Código Penal (anterior à Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, que separou os crimes de descaminho e contrabando nos tipos dos art. 334 e 334-A), a competência federal para julgamento de ambos os delitos era premissa sempre repetida, sem maiores problematizações. Não por outro motivo, em 14 de fevereiro de 1996 (*Diário da Justiça*, 26 fev. 1996, p. 192) foi editado o verbete 151 da súmula de jurisprudência do STJ, no sentido de que “a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do **Juízo Federal** do lugar da apreensão dos bens”. A competência de natureza absoluta, em razão da matéria, especialmente em se tratando de crime de contrabando, sempre foi tratada pelo STJ como afeta à Justiça Federal. Havia apenas controvérsia sobre a competência em razão do local da infração (relativa), que levou à edição do verbete sumular.

Esse mesmo entendimento encontrava ressonância na doutrina:³

Os crimes de contrabando e descaminho são de competência da Justiça Federal, pois ofendem interesses da União. Enquadram-se, portanto, na regra prevista no art. 109, IV, da CF. A Súmula 151 do STJ define claramente que a competência é da Justiça Federal, devendo ser estabelecida em razão da prevenção fundada na apreensão dos bens relacionados ao contrabando ou descaminho, em sintonia com a regra estatuída no art. 83, CPP.

Não obstante, nem todos os precedentes da Corte Superior desde os anos 1990 versando sobre a matéria mencionam de forma explícita o dispositivo constitucional que fundamentou a competência federal naqueles julgamentos. No Conflito de Competência nº 1.078/MG (relator: ministro Willian Patterson, 3ª Seção, *DJ*, 7 maio 1990), afirmou-se que “é incontroversa a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes capitulados no art. 334 do Código Penal, por isso que ocorrentes, na espécie, as condições estabelecidas no item IV do art. 109 da Constituição Federal.”

3 MASSON, Cléber. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 1.175.

Já no Recurso Especial 30.319/PA,⁴ versando sobre o crime de tráfico internacional de drogas e contrabando, a ementa citou o fundamento constitucional para definição da competência federal como o art. 109, incisos IV e V, sem individualizar cada situação. Apenas da leitura do voto é possível notar que o relator afirmou textualmente que o crime de tráfico internacional de drogas é de competência federal em razão do inciso V do art. 109 da Constituição, permitindo a dedução de que a competência para o contrabando se firmou em virtude do inciso IV do art. 109, a confirmar o precedente citado no parágrafo anterior.

Na mesma toada seguiram vários precedentes, inclusive da 3ª Seção, sempre invocando o inciso IV do art. 109 como parâmetro para avaliar a (in)competência federal para processo e julgamento de contrabando, tais como: CC nº 30.439/SP, relator: ministro Felix Fischer, 3ª Seção, julgado em 13 de dezembro de 2001, *DJ*, 18 fev. 2002, p. 231; CC nº 19.471/PA, relator: ministro Gilson Dipp, 3ª Seção, julgado em 16 de dezembro de 1998, *DJ*, 17 fev. 1999, p. 112; CC nº 118.443/PR, relatora: ministra Laurita Vaz, 3ª Seção, julgado em 29 de fevereiro de 2012, *DJ eletrônico*, 22 mar. 2012; agravo regimental no *Habeas Corpus* nº 347.091/RJ, relator: ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 2 de agosto de 2016, *DJe*, 15 ago. 2016.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto, é substancial em reconhecer que o crime de contrabando – notadamente de cigarros, mas também em outras situações – implica lesão a bens, serviços ou interesses da União, a atrair incidência do art. 109, IV, da Constituição da República.

Igual entendimento é compartilhado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão ao qual compete decidir sobre conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público Federal (art. 62, VII, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993) e a que é designada a definição da atribuição do MPF em procedimentos de investigação não judicializados (art. 2º, § 5º, da Resolução nº 63/2009, do Conselho da Justiça Federal).⁵ Por todos, veja-se o Voto 8042/2017, proferido no procedimento administrativo 1.22.020.000161/2017-07.⁶

4 "PROCESSUAL E PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E CONTRABANDO. COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (CONSTITUIÇÃO, ART. 109, INCISOS IV E V). CONDENAÇÃO TAMBÉM PELOS ARTS. 12 E 14 DA LEI DE TÓXICOS. [...]". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (6. Turma). Recurso especial 30.319/PA. Relator: Min. Adhemar Maciel, 1º de junho de 1993. **Diário da Justiça**: 28 jun. 1993, p. 12.903).

5 "As questões relativas à declinação de atribuições investigativas por parte do Ministério Público Federal, enquanto não judicializado o inquérito policial, deverão ser dirimidas no âmbito daquela Instituição, com o encaminhamento do inquérito ao Órgão Ministerial competente e comunicação à Justiça Federal."

6 Disponível em: <https://go.gl/xZgczl>. Acesso em: 12 abr. 2018.

3 A DECISÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 149.750/MS. FUNDAMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS

Em 26 de abril de 2017, a 3ª Seção do STJ pôs-se a analisar o Conflito de Competência nº 149.750/MS, que tratava da competência para julgar crime de contrabando, decorrente da apreensão, na residência do acusado, de 1.539 maços de cigarro, supostamente de origem estrangeira.

O voto do relator partiu da premissa de que “a definição da competência para processar e julgar o delito de contrabando passa pela análise dos indícios da transnacionalidade do delito, de forma a atrair, ou não, a competência da Justiça Federal, na forma da jurisprudência desta Corte”. Citou a decisão monocrática no CC nº 122.388/PR (relator: ministro Sebastião Reis Júnior, *DJe*, 22 jun. 2012), que versou sobre o crime de violação a direito autoral (art. 184, § 2º, do Código Penal) e em cuja análise da competência foi considerada a incidência do inciso V do art. 109 da CR.

Essa primeira premissa permite apontar dissonância em relação àquelas que guiaram todos os precedentes citados, responsáveis por consolidação da jurisprudência do STJ sobre o tema desde os anos 1990. Naquelas decisões, a (in)competência sempre foi analisada à luz do inciso IV do art. 109 da CR, enquanto nesta o fundamento constitucional invocado foi o inciso V do art. 109.

O voto indica inexistência de comprovação da origem estrangeira dos cigarros apreendidos, não considerando suficiente simples declaração do réu. Embora essa situação já fosse suficiente para definir competência estadual, no parágrafo seguinte o relator, contraditoriamente, aduziu que, “segundo entendimento desta Corte, o simples fato do bem apreendido ser de origem estrangeira não justifica, por si só, a fixação da competência na Justiça Federal, sendo necessário, para tanto, ao menos indícios da transnacionalidade do delito”. Citou, de modo a corroborar o entendimento, precedentes versando sobre crimes contra a saúde pública (tráfico de drogas e posse indevida de produtos destinados a fins medicinais),⁷ bem como contrabando de agrotóxicos.⁸

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). CC nº 140.578/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça eletrônico**, 20 nov. 2015; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Agravo regimental no CC 149.185/PB. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 26 de outubro de 2016. **Diário de Justiça eletrônico**, 8 nov. 2016.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). CC nº 125.263/PR. Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme (convocado do TJ/SP), 22 de outubro de 2014. **Diário de Justiça eletrônico**, 30 out. 2014.

Com base nesses fundamentos, a 3ª Seção, por unanimidade, decidiu pela competência da Justiça Estadual.

Algumas conclusões são inafastáveis, a partir da análise dos termos em que foi lavrado o acórdão no CC nº 149.750/MS.

A primeira delas é que, enquanto a jurisprudência consolidada do STJ analisava a competência para o crime de contrabando sob a ótica da (in)existência de lesão a bens, serviços ou interesses da União (art. 109, IV, da CR), o CC nº 149.750/MS o fez sob a ótica do inciso V do art. 109 da CR, sem fundamentação específica a justificar tal alteração de perspectiva. Isso permite afirmar que o CC nº 149.750/MS constitui decisão que destoa da jurisprudência pacífica do tribunal, mas não implica sua superação (*overruling*), notadamente porque desprovida de carga argumentativa própria dos julgamentos em que há superação de precedentes,⁹ nos termos do § 4º do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015,¹⁰ aplicável por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

Outra conclusão é a de que não havia, no caso, prova de que os cigarros fossem oriundos do estrangeiro, o que permite *distinguishing*¹¹ em relação aos vários outros precedentes do STJ sobre o assunto, pela ausência de similitude fática entre o precedente paradigma e o analisado.¹²

Deve se reconhecer que o voto do relator, embora afirmando ausência de comprovação da procedência estrangeira da mercadoria e considerando que isso seria suficiente para a conclusão pela competência da Justiça Estadual, avança, em aparente contradição de fundamentos, em campo não afeto diretamente à solução da questão em julgamento, para assentar que “segundo entendimento desta Corte, o simples fato do bem apreendido ser de origem estrangeira não justifica, por si só, a fixação da competência na Justiça Federal, sendo necessário, para tanto, ao menos indícios da transnacionalidade do delito”.

9 Segundo Didier, “a manutenção dos precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e garantir a isonomia na aplicação do direito, exige um maior esforço argumentativo tanto à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao órgão julgador que atue nessa revogação, estando tal ônus relacionado com o princípio da inércia argumentativa [...]” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 497).

10 “Art. 927. [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”.

11 *Distinguishing* é o método “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174).

12 Embora a ausência de prova de que se trata de cigarros estrangeiros não seja óbice à definição da competência federal, como será analisado adiante.

A única conclusão possível é de que essa afirmação – sobre a necessidade de demonstração de extraterritorialidade da conduta para fixação da competência federal – se deu não como razão de decidir¹³ (até porque já havia sido dito não haver prova de procedência estrangeira da mercadoria), mas como mero *obiter dictum*,¹⁴ imprestável para utilização como paradigma para novas decisões (característica própria da *ratio decidendi*).

Essas conclusões são importantes para ter em conta que o julgamento do CC nº 149.750/MS constitui caso dotado de especificidades factuais que o distinguem daqueles que consolidaram a jurisprudência do STJ de que o contrabando de cigarros é, em regra, de competência federal, por lesar interesses e serviços da União (art. 109, IV, da CR). Como é sabido, para que uma decisão sirva de precedente para outras, ainda que sem eficácia vinculativa, “é necessária a similitude dos fatos fundamentais das causas confrontadas”.¹⁵

Além do mais, a tese principal (*ratio decidendi*) veiculada no CC nº 149.750/MS não afronta a jurisprudência desde muito sedimentada na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, pois atinente a situação fática diversa. Apenas a fundamentação aduzida em *obiter dictum* dispôs de forma diversa do que vinha decidindo reiteradamente a 3ª Seção, mas também nesse caso, em situações fáticas distintas.

Tratou-se o CC nº 149.750/MS, pois, de decisão que não implica reviravolta na jurisprudência da 3ª Seção de que a competência para processo por crime de contrabando de cigarros é, em regra, federal, por afetar interesses da União.

Análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça após o julgamento do CC nº 149.750/MS permite constatar que essa compreensão não vem sendo compartilhada pelos ministros daquele Tribunal Superior. Há profusão de decisões monocráticas em conflitos de competência submetidos ao STJ, em cuja fundamentação ocorre repetição acrítica da decisão do CC nº 149.750/MS, reconhecendo competência estadual para processar o crime de contrabando (incluídos os mais variados objetos materiais, entre eles cigarros).

13 “A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 442). Segundo Tucci (*op. cit.*, p. 175), “a *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”.

14 “O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 444).

15 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 492.

Afirma-se tratar de aplicação acrítica daquele precedente, uma vez que realizada sem a necessária confrontação entre as específicas circunstâncias fáticas que motivaram a decisão, analisadas acima, e aquelas postas em apreciação nos novos conflitos de competência. Simples leitura das decisões monocráticas pós-CC nº 149.750 permite constatar que na esmagadora maioria das vezes há prova da origem estrangeira do cigarro, o que não existia no conflito de competência utilizado como paradigma.¹⁶

Reiteração do decidido no CC nº 149.750/MS desconsidera vasta jurisprudência preterita do STJ, sem fundamentação específica para superação desse entendimento, o que implica violação aos deveres de integridade, estabilidade e coerência das decisões, preconizados no art. 926 do CPC/2015.

Afora esses aspectos, a orientação acolhida pelo CC nº 149.750/MS decorre de tratamento uniforme de situações díspares. Procura-se estender ao contrabando de cigarros a mesma lógica aplicável aos crimes de tráfico de drogas, posse de medicamentos falsificados ou contrabando de componentes eletrônicos para máquinas caça-níquel, quando as situações são diversas. Isso acaba por levar a análise incompleta do fenômeno, na medida em que observa o crime de contrabando de cigarros exclusivamente sob um enfoque – o inciso V do art. 109 da CR –, desconsiderando toda uma gama de fundamentos que impõem enfrentamento da questão sob a ótica dos interesses da União lesados pela conduta criminosa.

4 A INDÚSTRIA DO CIGARRO E O PAPEL DA UNIÃO. AGENTE REGULADOR, CONTROLADOR E FISCALIZADOR, EM CARÁTER EXCLUSIVO

Diferentemente do que ocorre em situações relacionadas a tráfico de drogas e a outros delitos, no contrabando de cigarros está em jogo interesse direto e específico da União, o qual acaba por ser lesado pelo crime.

Em outubro de 2005, o Brasil aderiu à Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde para Controle do Tabaco (CQCT/OMS). A convenção tem por objetivo “proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco” (artigo 3º).

¹⁶ Nesse sentido, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 155.868/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. **Diário de Justiça**, 23 fev. 2018.

Para isso, prevê adoção de uma série de medidas pelos Estados Partes, em diversas áreas, como propaganda, publicidade, patrocínio, advertências sanitárias, tabagismo passivo, tratamento de fumantes, comércio ilegal e preços e impostos.

No Brasil, a execução desse tratado ganhou *status* de política de Estado. O Programa Nacional de Controle do Tabagismo, antes articulado pelo Ministério da Saúde com outros entes do Sistema Único de Saúde (SUS), passou a integrar a Política Nacional de Controle do Tabaco, de caráter intersetorial e norteada pelos objetivos, princípios, obrigações e medidas da CQCT/OMS.

A execução dessa política, desde a edição de decreto de 1º de agosto de 2003, foi atribuída à Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos, formada por representantes de diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.¹⁷

Enquanto o Programa Nacional de Controle do Tabagismo contava com participação de todos os integrantes do SUS (União, estados, municípios e entes privados – art. 198 da CR), a Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos é composta exclusivamente de órgãos e entidades federais.

Independentemente de adesão ao tratado, o controle do tabagismo vem sendo gerido pelo Estado brasileiro como verdadeira política pública, que tem na União seu principal interessado e exclusivo agente regulador e fiscalizador.

Para o objeto deste trabalho, têm especial relevo as medidas relacionadas a aspectos sanitários, à política de preços e impostos e ao combate ao comércio ilegal, a evidenciar a existência de interesses da União diretamente lesados pelo comércio ilegal de cigarros (objeto de contrabando e até de falsificação) em território nacional.

17 "Art. 3º A Comissão Nacional será presidida pelo Ministro de Estado da Saúde e integrada por um representante de cada um dos órgãos a seguir indicados: I – Ministério da Saúde; II – Ministério das Relações Exteriores; III – Ministério da Fazenda; IV – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; V – Casa Civil da Presidência da República; VI – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; VII – Ministério da Justiça; VIII – Ministério da Educação; IX – Ministério do Trabalho e Emprego; X – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; XI – Ministério do Desenvolvimento Agrário; XII – Ministério das Comunicações; XIII – Ministério do Meio Ambiente; XIV – Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; XV – Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; XVI – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça; XVII – Advocacia-Geral da União; e XVIII – Agência Nacional de Vigilância Sanitária."

4.1 O papel da Agência Nacional de Vigilância Sanitária na implantação da Política Nacional de Controle do Tabaco

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária é autarquia federal criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, cuja finalidade precípua é a proteção da saúde da população, mediante controle sanitário de medicamentos, alimentos, saneantes, cosméticos, agrotóxicos, hemoderivados, equipamentos e insumos médico-hospitalares, portos, aeroportos e fronteiras e produtos derivados do tabaco.

Especificamente quanto aos produtos derivados de tabaco, as ações de controle da Anvisa têm o objetivo de proteger a saúde da população, atual e futura, dos graves malefícios causados pelo consumo de produtos derivados do tabaco e pela exposição à fumaça por estes gerada, por meio da regulamentação, do controle e da fiscalização dos produtos e de sua propaganda.

Desse leque de atividades, destaca-se aquela referente ao controle, por parte da Anvisa, das marcas de produtos fumígenos derivados do tabaco autorizados a serem comercializados no país, o que é feito mediante peticionamento eletrônico pelo interessado, informando os seguintes dados: (I) relação de todos os tipos de tabaco e sua origem; (II) relação de todos os aditivos utilizados na fabricação do produto e a finalidade de cada um, com sua quantidade máxima; (III) parâmetros físico-químicos do filtro e dos envoltórios (comprimento, circunferência, ventilação, queda de pressão, composição química, gramatura, permeabilidade e peso); e (IV) teores dos compostos tóxicos e cancerígenos presentes na fumaça e na mistura de tabaco.¹⁸

Essa medida está prevista expressamente no art. 10 da Convenção-Quadro da OMS para Controle do Tabaco e traz, entre outros benefícios afetos à atuação da Anvisa, os seguintes: (I) buscar permanentemente informações sobre os produtos comercializados no país pelo registro dos dados cadastrais das marcas; (II) viabilizar coleta de dados sobre a composição dos produtos e verificar os compostos tóxicos e cancerígenos presentes no tabaco e na fumaça por este gerada; (III) dar a conhecer a composição química dos produtos, tornando possível a criação de mecanismos que auxiliem no estabelecimento de medidas sanitárias eficazes para controle do tabagismo no país, por exemplo, a RDC 14/2012,¹⁹ que restringe o uso de aditivos em produtos derivados do tabaco.

18 BRASIL. Anvisa. **A Anvisa e o Controle dos Produtos Derivados do Tabaco**. Disponível em: <https://bit.ly/2Im5a3C>. Acesso em: 13 abr. 2018.

19 Trata-se da Resolução da Diretoria Colegiada 14, de 15 de março de 2012, da Anvisa.

É evidente que cigarros estrangeiros internalizados a partir de contrabando, assim como cigarros falsificados, produzidos no estrangeiro ou no território nacional, não possuem registro na Anvisa, o que frustra o papel regulador, controlador e fiscalizador da agência, com clara lesão a seus interesses e serviços (art. 109, IV, da CR).

É de destacar o papel desempenhado pela Anvisa no controle das propagandas de produtos derivados do tabaco, outro norte de atuação trazido pela Convenção-Quadro da OMS. Esse controle é feito mediante a exigência de que os cigarros comercializados em território nacional ostentem na embalagem imagens e frases de advertência sanitária sobre os riscos do consumo do produto. Também aqui o cigarro contrabandeado margeia essa exigência e afeta negativamente o papel da Anvisa.

O simples fato de cigarro importado, exportado, mantido em depósito, vendido ou exposto a venda não possuir registro na Anvisa classifica-o como produto proibido em território nacional, na dicção do art. 20, § 1º, da RDC 90, de 27 de dezembro de 2007, que regulamenta o procedimento de registro na Agência, tornando-o objeto do crime de contrabando.²⁰

Essa situação ganha ainda mais relevo com o advento da Lei nº 13.008/2014, que alterou o art. 334 do Código Penal, cindindo-o nos tipos do art. 334 (descaminho) e do art. 334-A (contrabando), a indicar interesse da União no combate ao contrabando, independentemente da origem estrangeira das mercadorias.

Na antiga redação do art. 334 do CP, equiparava-se a contrabando (§ 1º, alínea c) a conduta de quem

vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, **mercadoria de procedência estrangeira** que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem.

Havia a exigência de se tratar, o objeto material do crime, de “mercadoria de procedência estrangeira” introduzida clandestinamente em território nacional.

20 “É proibida a importação, a exportação e a comercialização no território nacional de qualquer marca de produto fumígeno que não esteja devidamente regularizada na forma desta Resolução ainda que a marca se destine à pesquisa no mercado consumidor.”.

Após o advento da Lei nº 13.008/2014, o crime de contrabando passou a ser tipificado no art. 334-A do CP, em cujo *caput* continua sendo exigida a importação ou exportação de mercadoria proibida. No § 1º, que prevê as figuras equiparadas a contrabando, a redação dos incisos IV e V deixou de prever exigência da alínea c do § 1º do então art. 334, qual seja, tratar-se de mercadoria estrangeira. Veja-se a nova redação, em comparação com a anterior:

ART. 334, § 1º, C e D, ANTES DA LEI Nº 13.008/2014

§ 1º Incorre na mesma pena quem: [...]

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, **mercadoria de procedência estrangeira** que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, **mercadoria de procedência estrangeira**, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

ART. 334-A, § 1º, IV e V

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

IV – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, **mercadoria proibida pela lei brasileira**;

V – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, **mercadoria proibida pela lei brasileira**.

Com isso, mesmo o cigarro fabricado no Brasil (falsificado ou não), caso não possua registro na Anvisa, será considerado mercadoria proibida, encontrando a conduta subsunção no tipo do art. 334-A, § 1º, IV e V, do CP.

A questão ganha relevo quando se constata situação que se tem mostrado cada vez mais frequente: a fabricação, em território nacional, sobretudo em fábricas clandestinas, de cigarros que se apresentam como falsificação de marcas paraguaias.²¹ Com esse estratagem, o delinquente obtém ao menos duas vantagens: (a) o cigarro, caso venha ser apreendido, é identificado como de origem estrangeira e não atrai atenção indesejada dos órgãos de controle para o real fabricante; e (b) esse cigarro é feito para concorrer com o cigarro paraguaio, que, embora ilegal, já tem nicho próprio de mercado. O produto falsificado em território nacional compete de forma igual com o contraban-

21 Esse mesmo mecanismo já foi utilizado por exemplo, pelos investigados na denominada “Operação Bola de Fogo”, deflagrada em 2006 pela Polícia Federal, que apurou a existência de uma organização “encabeçada pela Sudamax, que fica em Cajamar, na Grande São Paulo. Essa empresa possui uma fábrica ‘espelho’ no Paraguai chamada Tabacalera Sudan SRL, que produz cigarros da marca US Mild. A PF descobriu que o cigarro também é produzido na empresa brasileira, que faz o produto parecer contrabandado. O dinheiro ganho com o golpe era aplicado em empresas do setor imobiliário e *offshore* sediadas no Uruguai.” (Disponível em: <https://glo.bo/2nDswko>).

deado, sem pagamento dos custos logísticos de internalização clandestina do produto estrangeiro, sabidamente altos.²²

Parece-nos que a alteração legislativa teve o claro intuito de reforçar a tese de que, independentemente da origem da mercadoria ou mesmo da demonstração de sua internalização, a ausência de registro da marca de cigarro na Anvisa já a classifica como proibida, com conseqüente violação a interesses da Agência.

A exigência desse registro na Anvisa decorre de interesse direto e específico da União, qual seja, desempenhar de modo adequado e eficiente o papel que lhe é destinado, em caráter exclusivo, na execução, em território nacional, das medidas especificadas pela CQCT/OMS, notadamente quanto ao controle sanitário sobre os produtos fumígenos.²³

Mas o crime de contrabando visa tutelar também outros bens jurídicos. Se a participação da Anvisa como agente regulador e fiscalizador já constitui situação capaz de justificar competência federal para o crime de contrabando de cigarros em todas as situações incluídas na atual redação do art. 334-A do CP, a análise do papel da Receita Federal no controle, prevenção e repressão a esse ilícito traz mais um fundamento para a tese.

4.2 O papel da Receita Federal no controle, prevenção e repressão ao contrabando de cigarros

Como mencionado, a Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para Controle do Tabaco (CQCT/OMS) traz uma série de medidas a serem adotadas pelos Estados Partes, nas mais diversas áreas de atuação. Uma delas é o controle sobre o preço e a taxaço dos produtos derivados de tabaco.

O exercício dessa missão, no Brasil, é atribuído à Receita Federal, seja pela denominada “política do preço mínimo” ou pelo nítido caráter extrafiscal que os impostos federais incidentes sobre o cigarro desempenham. A exemplo do que ocorre com a Anvisa, a

22 Estudo do Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras (Idesf) estimou o custo de logística do contrabando – excluída a corrupção – em cerca de 3,24% do valor da carga. (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE FRONTEIRAS – Idesf. **O custo do contrabando**. mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2GTE33U>. Acesso em: 13 abr. 2018.)

23 Adiante detalharemos as circunstâncias que permitem distinção entre o crime de contrabando de cigarros e outros delitos, como o tráfico interno de drogas e crimes do Estatuto do Desarmamento, no que se refere à incidência do inciso IV do art. 109 da CR.

Receita também possui órgão incumbido do registro de todos os fabricantes e importadores de cigarro em território nacional.²⁴

O registro das empresas produtoras e importadoras de cigarro, denominado “registro especial”, é regulado pelo Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977 (com alterações), nos seguintes termos:

Art. 1º A fabricação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 2.092, de 10 de dezembro de 1996, será exercida exclusivamente pelas empresas que, dispondo de instalações industriais adequadas, mantiverem registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º As empresas fabricantes de cigarros estarão ainda obrigadas a constituir-se sob a forma de sociedade e com o capital mínimo estabelecido pelo Secretário da Receita Federal.

§ 2º A concessão do registro especial dar-se-á por estabelecimento industrial e estará, também, na hipótese de produção, condicionada à instalação de contadores automáticos da quantidade produzida e, nos termos e condições a serem estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, à comprovação da regularidade fiscal por parte:

- I – da pessoa jurídica requerente ou detentora do registro especial;
- II – de seus sócios, pessoas físicas, diretores, gerentes, administradores e procuradores;
- III – das pessoas jurídicas controladoras da pessoa jurídica referida no inciso I, bem assim de seus respectivos sócios, diretores, gerentes, administradores e procuradores.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também à importação de cigarros, exceto quando destinados à venda em loja franca, no País.

§ 4º O registro especial será concedido por autoridade designada pelo Secretário da Receita Federal.

§ 5º Do ato que indeferir o pedido de registro especial caberá recurso ao Secretário da Receita Federal, no prazo de trinta dias, contado da data em

24 É importante deixar claro que as análises realizadas neste trabalho têm como referência o ordenamento jurídico vigente e as políticas públicas em execução no território nacional. A análise da competência para processo e julgamento do contrabando de cigarros, portanto, é feita de *lege lata*. Este trabalho não possui espaço metodológico para aprofundar a discussão sobre o (des)acerto dessas medidas, tampouco considera que críticas ou discordâncias acerca das opções legislativas e políticas do Estado brasileiro tenham o condão de alterar a competência para o crime de contrabando.

que o contribuinte tomar ciência do indeferimento, sendo definitiva a decisão na esfera administrativa.

§ 6º O registro especial poderá também ser exigido dos estabelecimentos que industrializarem ou importarem outros produtos, a serem especificados por meio de ato do Secretário da Receita Federal.

Esse registro é realizado na Coordenação-Geral de Fiscalização (Cofis), órgão vinculado à Subsecretaria de Fiscalização (Sufis) e constitui verdadeira certidão de nascimento da indústria cigarreira, na medida em que, sem ele, há impedimento expresso à produção de cigarros em território nacional. Além disso, o cancelamento do registro especial da empresa impede seu funcionamento e repercute até no registro das marcas respectivas na Anvisa.²⁵⁻²⁶

A empresa que detém o registro especial e se dedica à atividade de produção de cigarros submete-se a rígido controle. Toda a produção lícita de cigarros no Brasil é auditada pela Receita Federal do Brasil (RFB), praticamente em tempo real, por meio do sistema Scorpions, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 769, de 21 de agosto de 2007. O Scorpions é composto por equipamentos contadores de produção e de aparelhos para controle, registro, gravação e transmissão dos quantitativos medidos à RFB. Esses equipamentos possibilitam, ainda, controle e rastreamento dos produtos em todo o território nacional, com o fim de identificar a legítima origem e reprimir a produção e importação ilegais e a comercialização de contrafações.

Tal sistema, além de viabilizar contagem e rastreamento da produção de cigarros, inclusive a partir de informações sobre os insumos adquiridos, é responsável pela aposição de selo nas carteiras de cigarro. Nos termos do art. 11 da instrução normativa, “o selo de controle será aplicado no fecho de cada carteira de cigarros utilizando-se adesivo que assegure o seu dilaceramento quando da abertura da embalagem”. Após ser aplicado na carteira de cigarros, o selo é ativado pelo sistema, permitindo que sua leitura, por aparelho próprio, indique os dados do responsável pelo selo, bem como a data e hora de sua ativação.²⁷ A instalação do sistema Scorpions na linha de produção de determinada indústria implica lacração das máquinas, impedindo que sejam produzidos, por aquela

25 Cancelamento do registro especial para produção de cigarros leva à suspensão cautelar dos registros de produtos fumígenos perante a Agência.

26 Uma vez mais, o aqui assentado não implica concordância plena com o modelo de regulação e controle utilizado da indústria do cigarro no Brasil. Todavia, a análise parte do ordenamento posto.

27 Há, portanto, no sistema Scorpions, além do escopo de controle da produção para fins de tributação, também a preocupação com a rastreabilidade da origem do produto, a fim de combater falsificações.

maquinaria, cigarros de marcas diversas daquelas para as quais a indústria possui registro especial.

Para manutenção do registro especial, a empresa deve conservar, ao longo de sua atividade, atendimento aos mesmos requisitos que permitiram a obtenção do registro, o que inclui cumprimento de todas as obrigações tributárias, principais e acessórias.

Análise apressada poderia levar à conclusão de que o objetivo da exigência de registro especial é exclusivamente buscar meios coercitivos para o pagamento de tributos. Há outras funções inerentes a esse sistema, com destaque para a defesa da livre concorrência.

Do preço final de um maço de cigarros, estima-se que cerca de 70% correspondam à carga tributária. A empresa fabricante que de forma reiterada deixe de recolher os tributos devidos em virtude de sua atividade acaba por adquirir, em relação a seus concorrentes, vantagem concorrencial indevida, derivada do aumento ilícito dos lucros, à custa do Estado.

A função do registro especial “está em resguardar **interesse específico** da administração tributária no controle da produção de cigarros e que não é apenas de cunho fiscal-arrecadatório. Antes, a indústria do tabaco envolve, como é intuitivo, implicações importantes sobre outros atores e valores sociais, tais como os consumidores, os concorrentes e o livre mercado, cujos interesses são também tutelados, com não menos ênfase, pela ordem constitucional”.²⁸

Outra vertente de atuação da Receita Federal no controle do setor de cigarros refere-se à majoração dos impostos federais incidentes sobre o produto – IPI, PIS/Cofins –, cujas alíquotas ao longo dos anos têm tido aumentos constantes, como sintetiza a própria Receita Federal em seu *site*.²⁹ Essa majoração vem atrelada a uma “política de preço mínimo” para a comercialização de cigarros.

O objetivo dessa majoração é prioritariamente extrafiscal, decorrente da seletividade, em virtude da não essencialidade do produto. Busca-se desestimular o consumo de

28 Voto do ministro Cezar Peluso na medida cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6. **Diário de Justiça**, 31 ago. 2007).

29 Disponível em: <https://bit.ly/2qBCnkl>.

cigarros pela população, a partir do raciocínio de que quanto mais caro o cigarro, menor será seu consumo.³⁰

De modo a complementar a política de majoração dos preços de cigarros, a partir de 2011, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a denominada “política do preço mínimo”, pela Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, que trouxe as seguintes disposições:

Art. 20. O Poder Executivo poderá fixar preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, válido em todo o território nacional, **abaixo do qual fica proibida a sua comercialização**.

§ 1º A Secretaria da Receita Federal do Brasil aplicará pena de perdimento aos cigarros comercializados em desacordo com o disposto no caput, sem prejuízo das sanções penais cabíveis na hipótese de produtos introduzidos clandestinamente em território nacional.

§ 2º É vedada, pelo prazo de 5 (cinco) anos-calendário, a comercialização de cigarros pela pessoa jurídica enquadrada por descumprimento ao disposto no *caput*.

§ 3º É sujeito ao cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.593, de 1977, o estabelecimento industrial que:

I – divulgar tabela de preços de venda no varejo em desacordo com o disposto no *caput*;

II – comercializar cigarros com pessoa jurídica enquadrada na hipótese do § 2º.

Em 29 de janeiro de 2016, o art. 7º do Decreto nº 8.656, de 29 de janeiro de 2016, alterou os arts. 5º e 7º do Decreto nº 7.555, de 19 de agosto de 2011, que regulamenta a Lei nº 12.546/2011, definindo nova alíquota ad valorem para os pacotes com 20 cigarros a partir de 1º de maio de 2016 (63,3%), e novo aumento após 1º de dezembro de 2016 (66,7%). O decreto também elevou o preço mínimo do pacote com 20 cigarros para R\$ 5,00, após 1º de maio de 2016.

Esses mecanismos utilizados pela União para controle e regulação do setor de cigarros, que representam interesse específico da União, terão seus efeitos anulados ou

30 Não se desconsidera a existência de estudos contrários a essa afirmação ou que ao menos discordam de a tributação ser suficiente para, exclusivamente, desestimular o consumo. Todavia, como dito, a análise neste trabalho toma como pressuposto o ordenamento pátrio e as políticas públicas em vigor.

consideravelmente prejudicados pela prática de contrabando.³¹ É o que conclui Nelson Leitão Paes:³²

Como forma de combater a alta prevalência de cigarros e os seus custos decorrentes, os países têm apelado para o aumento da carga tributária. A literatura econômica consagra a tributação como um dos principais instrumentos no combate à proliferação do cigarro, desestimulando o seu consumo e fornecendo recursos para aliviar os custos que os sistemas de saúde pública suportam com o tratamento das doenças relacionadas ao fumo. Essa é a posição, por exemplo, da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2013), que coloca o aumento da tributação como um dos seis pilares efetivos no controle da epidemia do tabaco (MPOWER) e considera que essa medida é a mais efetiva das estratégias de redução do consumo. Molarius et al. (2001) argumentam que o aumento de tributos é uma das principais estratégias nos países desenvolvidos para a cobertura dos custos do tabaco e do controle da prevalência.

Porém, **a estratégia de aumentar os preços dos cigarros via tributação apresenta uma grande vulnerabilidade. Preços elevados estimulam o contrabando de cigarros, já que, ao se incrementar as alíquotas, aumenta-se a diferenciação de preço entre os cigarros fabricados por empresas legalmente estabelecidas e que pagam os tributos e aquelas que estão à margem da lei ou no contrabando.**

Diversos países têm empreendido grandes esforços no controle do contrabando de cigarros. [...]

Para a grande maioria dos países, a tributação é o principal fator na determinação dos preços dos cigarros. Como se viu na tabela 1, a média mundial é de uma alíquota de quase 50%. E é por essa razão que a OMS (2013) considera que a tributação é o principal instrumento de combate ao uso do cigarro. [...]

Portanto, analisando o preço dos cigarros, atualmente no Brasil, por diversas óticas, como comparações internacionais, comparação com indicadores de renda e comparação com os custos associados ao cigarro, é possível concluir que o seu valor é relativamente baixo. Há, porém, uma forte

31 Entendido na dicção do art. 334-A do CP, que considera objeto material do crime a "mercadoria proibida pela lei brasileira", não necessariamente estrangeira, a abarcar cigarros estrangeiros importados irregularmente, o cigarro produzido no Brasil fora das normas e controles próprios do setor e o cigarro que, embora fabricado licitamente, é comercializado abaixo do preço mínimo.

32 PAES, Nelson Leitão. **Uma análise ampla da tributação de cigarros no Brasil.** Disponível em: <https://goo.gl/3XQ83E>.

limitação à correção de preços neste mercado e essa restrição é dada pela presença do contrabando e do mercado ilegal de cigarros. [...]

Uma das razões que ajudam a entender os preços mais baixos dos cigarros no Brasil é o contrabando. A lógica é que alíquotas e, por conseguinte, preços mais elevados aumentam o prêmio entre os cigarros fabricados por empresas legalmente estabelecidas e pagam os tributos e aquelas que estão à margem da lei ou no contrabando. Quanto maior a alíquota, maior o lucro recebido pelos contrabandistas e fabricantes ilegais. [...]

Estima-se que a produção de cigarros no Paraguai em 2012 seja de cerca de 67 bilhões de cigarros, dos quais 26 bilhões são contrabandeados para o Brasil.

Segundo estimativas da indústria, o contrabando era responsável em 2012 por 17,4% do mercado brasileiro. Outros 10,9% referem-se ao mercado informal, ou seja, à produção e à comercialização de cigarros produzidos no Brasil sem o pagamento de tributos.

Com dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), é possível estimar o consumo oficial de cigarros no Brasil. Por sua vez, o tamanho do consumo total pode ser obtido por estimativas da ACTbr (2012) e de dados da Souza Cruz, a maior fabricante de cigarros do país. De posse dessas informações, pode-se obter uma estimativa do comércio ilegal de cigarros no Brasil. [...]

Assim o mercado ilegal de cigarros no Brasil tem representado cerca de 30%, em média, do mercado total do país. Para efeito de comparação, Merriman (2005) calcula que 6% do total de cigarros comercializados no mundo são contrabandeados.

Dados do HMRC (2010) apontam que a participação de mercado dos cigarros ilícitos no Reino Unido, em 2010, foi de 11%. Cnossen e Smart (2005) estimam que os cigarros contrabandeados representem 8,9% do total comercializado na União Europeia. As fragilidades institucionais e as facilidades existentes fazem com que o contrabando no Brasil seja um problema relativamente maior do que em muitos países. [...]

A magnitude do problema do contrabando e as fragilidades que o Brasil apresenta ajudam a entender o motivo pelo qual os preços dos cigarros no país são relativamente baixos. O alinhamento dos preços internos com a evolução da renda, ou de forma a cobrir os custos estimados com o cigarro, representaria um sério risco de aumento do mercado ilegal e de erosão da

base tributária, comprometendo os objetivos de prevenção e melhoria da saúde por meio de uma tributação mais elevada. (grifo nosso)

A internalização de cigarros estrangeiros e posterior comercialização em território nacional sem o registro especial significam atividade realizada à margem dos controles mencionados, a cargo da Receita Federal, e, como tal, constituem violação a interesses da União. Essa internalização ocorrerá com burla à fiscalização da Anvisa, constituindo atividade praticada ao largo da fiscalização sanitária e da polícia alfandegária.

A violação fica evidente à vista dos arts. 45 a 54 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que traz uma série de requisitos para a importação de cigarros, a saber:

Art. 45. A importação de cigarros do código 2402.20.00 da TIPI será efetuada com observância do disposto nos arts. 46 a 54 desta Lei, sem prejuízo de outras exigências, inclusive quanto à comercialização do produto, previstas em legislação específica.

Art. 46. É vedada a importação de cigarros de marca que não seja comercializada no país de origem.

Art. 47. O importador de cigarros deve constituir-se sob a forma de sociedade, sujeitando-se, também, à inscrição no Registro Especial instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 1.593, de 1977.

Art. 48. O importador deverá requerer à Secretaria da Receita Federal o fornecimento dos selos de controle de que trata o art. 46 da Lei nº 4.502, de 1964, devendo, no requerimento, prestar as seguintes informações:

I – nome e endereço do fabricante no exterior;

II – quantidade de vintenas, marca comercial e características físicas do produto a ser importado;

III – preço do fabricante no país de origem, excluídos os tributos incidentes sobre o produto, preço FOB da importação e preço de venda a varejo pelo qual será feita a comercialização do produto no Brasil. [...]

Art. 49. A Secretaria da Receita Federal, com base nos dados do Registro Especial, nas informações prestadas pelo importador e nas normas de enquadramento em classes de valor aplicáveis aos produtos de fabricação nacional, deverá:

I – se aceito o requerimento, divulgar, por meio do *Diário Oficial da União*, a identificação do importador, a marca comercial e características do produto, o preço de venda a varejo, a quantidade autorizada de vintenas e o valor unitário e cor dos respectivos selos de controle;

II – se não aceite o requerimento, comunicar o fato ao requerente, fundamentando as razões da não aceitação.

§ 1º O preço de venda no varejo de cigarro importado de marca que também seja produzida no País não poderá ser inferior àquele praticado pelo fabricante nacional.

§ 2º Divulgada a aceitação do requerimento, o importador terá o prazo de quinze dias para efetuar o pagamento dos selos e retirá-los na Receita Federal.

§ 3º O importador deverá providenciar a impressão, nos selos de controle, de seu número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC – MF e do preço de venda a varejo dos cigarros.

§ 4º Os selos de controle serão remetidos pelo importador ao fabricante no exterior, devendo ser aplicado em cada maço, carteira, ou outro recipiente, que contenha vinte unidades do produto, na mesma forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal para os produtos de fabricação nacional.

§ 5º Ocorrendo o descumprimento do prazo a que se refere o § 2º, fica sem efeito a autorização para a importação.

§ 6º O importador terá o prazo de noventa dias a partir da data de fornecimento do selo de controle para efetuar o registro da declaração da importação.

Além disso, fatalmente o cigarro contrabandeado será comercializado por preço abaixo daquele fixado como mínimo, violando também os interesses da União na observância da “política de preço mínimo”.

Em ambos os casos – cigarros sem registro especial e comercializados abaixo do valor mínimo –, é irrelevante, no que concerne aos interesses e serviços da União, que os cigarros sejam estrangeiros, internalizados ilegalmente ou nacionais, produzidos de forma clandestina. Em todos os casos se estará diante do crime de contrabando, com frustração aos controles da Anvisa e Receita Federal, a violar interesses específicos e serviços da União.

Fica claro que a União possui interesse direto no combate ao contrabando (em sua acepção mais ampla, já abordada), porque essa prática ilícita afeta negativamente os esforços empreendidos por órgãos federais – notadamente Anvisa e Receita Federal – para regular e controlar a produção e o comércio de cigarros no país e para desestimular o consumo dos produtos derivados do tabaco pela população, atividade que incumbe à União em caráter de exclusividade.

Além disso, o contrabando causa lesão a interesses diretamente relacionados à União, como a arrecadação de IPI e PIS/Cofins, o aspecto extrafiscal atrelado ao desestímulo ao consumo de tabaco e a proteção à indústria cigarreira nacional contra concorrência desleal, em prejuízo daqueles que atuam na legalidade.

Por fim, diante da assunção de compromissos internacionais, especialmente a CQCT/OMS, é interesse direto da União manter hígidas as medidas por ela adotadas para atender a tais compromissos, a reforçar a competência da Justiça Federal.³³

5 COMPETÊNCIA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR CONTRABANDO, INDEPENDENTEMENTE DE EXTRATERRITORIALIDADE DA CONDUTA

Os aspectos expostos no item anterior indicam fundamentos robustos que permitem analisar a competência para processar e julgar o crime de contrabando a partir da lesão a interesses e serviços da União, nos termos do art. 109, IV, da CR.

Além disso, deve ser verificado o (des)acerto em se analisar a questão sob a ótica da (in)existência de extraterritorialidade da conduta, com vista a perquirir subsunção ao art. 109, V, da CR. A hipótese proposta é de que essa opção é inadequada.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a incidência do inciso V do art. 109 da Constituição exige concorrência de três requisitos: a) o fato estar previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil ser parte de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta ter ao menos se iniciado no Brasil e o resultado ter ocorrido ou dever ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente.³⁴

No caso do contrabando, o requisito do item “b” não se mostra presente, inviabilizando, *a priori*, incidência do inciso V do art. 109 da CR ao contrabando.

33 Decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A *ratio essendi* das normas consagradas no direito interno e no direito convencional conduz à conclusão de que a transnacionalidade do crime ambiental, voltado à exportação de animais silvestres, atinge interesse direto, específico e imediato da União, voltado à garantia da segurança ambiental no plano internacional, em atuação conjunta com a Comunidade das Nações. [...] Atrai a competência da Justiça Federal a natureza transnacional do delito ambiental de exportação de animais silvestres, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988; [...] *In casu*, cuida-se de envio clandestino de animais silvestres ao exterior, a implicar interesse direto da União no controle de entrada e saída de animais do território nacional, bem como na observância dos compromissos do Estado brasileiro perante a Comunidade Internacional, para a garantia conjunta de concretização do que estabelecido nos acordos internacionais de proteção do direito fundamental à segurança ambiental.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 835.558. Relator: Min. Luiz Fux. J., 9 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**, 8 ago. 2017. Tema 648.)

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 628.624. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de outubro de 2015. **Diário de Justiça eletrônico**, 6 abr. 2016. Tema 393.

A Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para Controle do Tabaco, vigente em território nacional, não prevê mandado de criminalização do contrabando, limitando-se a prever compromisso dos países signatários em combater, pelas mais diversas formas, os produtos derivados do tabaco.

O compromisso de criminalizar condutas relacionadas ao contrabando foi estabelecido apenas no Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, um tratado internacional celebrado na Coreia do Sul em 2012, nos seguintes termos.³⁵

PARTE IV: INFRAÇÕES

Artigo 14

Condutas ilícitas, incluídos delitos penais

1. Cada Parte deverá adotar, de acordo com os princípios básicos de sua legislação interna, as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para tipificar como ilícitas, de acordo com a legislação nacional, as seguintes condutas:

- a) fabricar, vender no atacado, intermediar, vender, transportar, distribuir, armazenar, enviar, importar ou exportar tabaco, produtos de tabaco ou equipamento de fabricação contrariando o disposto no presente Protocolo;
- b) I) fabricar, vender no atacado, intermediar, vender, transportar, distribuir, armazenar, enviar, importar ou exportar tabaco, produtos de tabaco ou equipamento de fabricação sem pagar as tarifas, impostos e outros gravames aplicáveis ou sem exibir os selos fiscais correspondentes, marcas de identificação únicas ou quaisquer outras marcas ou etiquetas exigidas;
II) qualquer outro ato de contrabando ou tentativa de contrabando de tabaco, de produtos de tabaco ou de equipamento de fabricação não previsto no capítulo b) i);
- c) I) qualquer outra forma de fabricação ilícita de tabaco, de produtos de tabaco ou de equipamentos de fabricação, ou de embalagens de tabaco que tenham selos fiscais, marcas de identificação únicas ou quaisquer outras marcas ou etiquetas requeridas que tenham sido falsificadas;
II) vender no atacado, intermediar, vender, transportar, distribuir, armazenar, enviar, importar ou exportar tabaco fabricado ilicitamente, produtos de tabaco falsificados, produtos com selos fiscais ou quaisquer outras marcas ou etiquetas requeridas falsificadas ou equipamentos de fabricação ilícitos;

35 SENADO FEDERAL. **Decreto Legislativo nº 185, de 2017**. Aprova o texto do Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, celebrado em Seul, em 12 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-185-11-dezembro-2017-785909-protocolo-154466-pl.html>. Acesso em: 24 jun. 2018.

- d) misturar produtos de tabaco com outros que não o sejam durante a passagem por cada etapa da cadeia de suprimento, com a finalidade de esconder ou dissimular os produtos de tabaco;
- e) intercalar produtos de tabaco com produtos que não o sejam em violação ao artigo 12.2 do presente Protocolo;
- f) utilizar a Internet, outros meios de telecomunicação ou qualquer outra tecnologia em desenvolvimento para a venda de produtos de tabaco ou equipamento de fabricação em violação ao presente Protocolo;
- g) obter, no caso do titular de uma licença em conformidade com o artigo 6, tabaco, produtos de tabaco ou equipamento de fabricação de uma pessoa que deveria ser, mas não é o titular de uma licença em conformidade com o artigo 6;
- h) obstruir o cumprimento, por parte de um funcionário público ou outra pessoa autorizada, das obrigações relacionadas com a prevenção, dissuasão, detecção, investigação ou eliminação do comércio ilícito de tabaco, de produtos de tabaco ou de equipamentos de fabricação;
- I) fazer uma declaração material falsa, enganosa ou incompleta, ou não fornecer qualquer informação requerida a um funcionário público ou outra pessoa autorizada em cumprimento de suas obrigações relacionadas à prevenção, dissuasão, detecção, investigação ou eliminação do comércio ilícito de tabaco, de produtos de tabaco ou de equipamentos de fabricação, a menos que isso seja feito no exercício do direito a não se autoincriminar;
- II) fazer declarações falsas em formulários oficiais quanto à descrição, à quantidade ou ao valor do tabaco, aos produtos de tabaco ou ao equipamento de fabricação ou a qualquer outra informação especificada no Protocolo para:
 - a) evadir o pagamento de tarifas, impostos e outros gravames aplicáveis,
 - b) prejudicar quaisquer medidas de controle destinadas à prevenção, dissuasão, detecção, investigação ou eliminação do comércio ilícito de tabaco, de produtos de tabaco ou de equipamentos de fabricação;
- III) não criar ou manter os registros previstos no presente Protocolo ou manter registros falsos, e
- j) dissimular o produto de condutas ilícitas tipificadas como delitos penais em conformidade com o parágrafo 2.

Embora esse protocolo tenha sido assinado pelo Brasil e aprovado pelo Congresso (Decreto Legislativo nº 185/2017), ainda aguarda ratificação do presidente da República, o que impede produção de efeitos do acordo internacional no ordenamento jurídico pátrio.³⁶

Não tendo sido completo o ciclo de internalização do protocolo ao ordenamento nacional, ele não se presta a atrair incidência do inciso V do art. 109 da CR.

Apenas em razão desse aspecto já seria de duvidoso acerto a definição da competência para o crime de contrabando a partir da transnacionalidade do delito.

Não bastasse isso, como demonstrado, as condutas atualmente tipificadas pelo Código Penal como contrabando (art. 334-A) – importação ou exportação de cigarros estrangeiros sem registro especial; falsificação de cigarros em território nacional ou cigarro comercializado abaixo do preço mínimo estabelecido em lei – geram violação direta a interesses e serviços da União, especialmente por intermédio da Receita Federal e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, independentemente de extraterritorialidade.

Não é o só fato de a União ser signatária da CQCT/OMS que atrai seu interesse em combater o contrabando, mas também a circunstância de que a regulamentação e amplo controle do setor de cigarro passaram a constituir verdadeira política pública estatal, que tem na União seu maior interessado. Todos os esforços empreendidos pela União dão-se de modo exclusivo, sem concorrência dos Estados-Membros, diferentemente do que acontece, por exemplo, no combate ao tráfico de drogas ou no comércio de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273, §§ 1º e 1º B, do CP).

Não é só a tutela da saúde pública que está em jogo no crime de contrabando, mas também a execução de uma política pública estatal que visa tutelar interesses diversos, notadamente o desestímulo ao consumo dos produtos derivados do tabaco pela população; a arrecadação de IPI e PIS/Cofins; o aspecto extrafiscal atrelado a tais impostos e a proteção à indústria cigareira nacional contra concorrência desleal, em prejuízo daqueles que atuam na legalidade.

36 Segundo Portella, “caso o Congresso aprove o tratado, o Presidente pode ratificá-lo, o que, lembramos, é ato discricionário, materializado por meio de instrumento de ratificação, dirigido aos demais signatários do acordo e a seu depositário. Quando o tratado entra em vigor em território nacional, o Presidente pode concluir o processo de incorporação por meio da promulgação, ato pelo qual ordena a publicação do acordo e sua execução em território nacional. [...] O tratado promulgado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, reveste-se de caráter vinculante [...]”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 134.

Essas circunstâncias trazem notável distinção entre o contrabando (art. 334-A, *caput* e parágrafos) e os crimes do Estatuto de Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003), tráfico de drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) e comércio de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273, §§ 1º e 1ºB, do CP), nos quais, embora a União possua participação, inclusive para fins de registro e controle, seu interesse é indireto, não autorizando incidência do inciso IV do art. 109 da CR.

No caso do Estatuto do Desarmamento, o art. 1º prevê que o Sistema Nacional de Armas (Sinarm) é vinculado ao Ministério da Justiça, com circunscrição em todo o território nacional, e compete-lhe, como regra, concessão de registro de armas de fogo e controle sobre armas e munições. Poder-se-ia cogitar, portanto, que todos os crimes previstos no estatuto, ou ao menos aqueles relativos a porte ou posse irregulares de arma de fogo (arts. 12, 14 e 16) violam interesse da União, por ausência de registro e, como tal, seriam de competência da Justiça Federal.

Conforme a jurisprudência, “o fato de o registro de armas ser efetuado no órgão submetido ao Ministério da Justiça, por si só, não enseja o deslocamento da competência para a Justiça Federal, o que revela interesse genérico e reflexo da União, pois não há ofensa a seus bens, serviços ou interesses”,³⁷ notadamente porque

a prática de delito definido na Lei nº 10.826/2003 ofende toda coletividade que preza pela segurança pública, porquanto existe um perigo abstrato de ser vítima. Ressalte-se que para atrair a competência da Justiça Federal deve existir ofensa direta e específica aos bens, interesse ou serviços da União, o que não ocorre quando a ofensa apresenta-se genérica como no caso da segurança coletiva.

Como demonstrado, não é o só fato de cigarro contrabandeado não possuir registro na Anvisa ou na Receita Federal que atrai competência federal (art. 109, IV, da CR). A ausência desses registros, em verdade, é elemento que, associado a outros, contribui para insucesso da política pública federal de controle ao consumo do tabaco, impedindo alcance de outros objetivos já expostos e violando diretamente interesse da União, representado pelo impedimento à entrada e comercialização de produtos proibidos em território nacional.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **CC nº 98.787/RJ**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 26 de agosto de 2009. (unânime).

Esse, aliás, é o objeto jurídico do crime do art. 334-A, como assenta a jurisprudência:

Na hipótese do contrabando de cigarros, o bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, alcançando também o interesse estatal de impedir a **entrada** e a **comercialização** de produtos proibidos em território nacional, a saúde pública e a indústria nacional.³⁸

Corroborando essa afirmação a circunstância de que, como defendido aqui, também o cigarro produzido legalmente, com registro na Anvisa e na Receita Federal, será objeto material do crime de contrabando (“mercadoria proibida”, nos termos do art. 20 da Lei nº 12.546/2011) caso seja comercializado abaixo do preço mínimo. Nesse caso, não há dúvida de que a competência também será da Justiça Federal, pois essa prática afeta diretamente a “política de preço mínimo” da União, com todas as consequências nefastas de sua inobservância (aumento do consumo de cigarro; danos anticoncorrenciais; afetação da arrecadação de IPI, PIS/Cofins).

O fato de o contrabando ser crime pluriofensivo, não se restringindo à tutela da saúde pública, é elemento que permite sua diferenciação, quanto à competência, em relação aos delitos de tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006) e comércio e posse de medicamentos falsificados (art. 273, §§ 1º e 1º B, do CP).

Esses delitos, caso praticados por meio de condutas extraterritoriais (importação, exportação etc.), atrairão competência da Justiça Federal, em vista do art. 109, V, da CR.³⁹ Todavia, caso praticados internamente, deverão ser processados e julgados na Justiça Estadual, por não gerarem violação direta a interesses e serviços da União (art. 109, IV, da CR, *a contrario sensu*).⁴⁰ Nos casos de crimes cujo único bem jurídico tutelado seja a saúde pública, a própria jurisprudência do STJ reconhece competência concorrente da União e dos estados, conduzindo ao entendimento de que, em regra, a competência será estadual, salvo quando houver transnacionalidade da conduta. Veja-se, por todos, o Conflito de Competência nº 151.529/MS (relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe*, 29 jun. 2017), em cuja decisão monocrática consta (sem destaque no original):

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no AREsp 342.598/PR, 5 de novembro de 2013.

39 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **CC nº 121.372**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 9 de maio de 2012. (unânime); BRASIL. **CC nº 30.431**. Relator: Min. Felix Fischer, 28 de março de 2001. (unânime); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 66.292**. Relator: Min. Gilson Dipp, 13 de fevereiro de 2007. (unânime). Ainda sobre o assunto, ver Súmula 522/STF: “Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.”.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **CC-AgRg 88.668**. Relator: Min. Og Fernandes, 25 de março de 2009. (unânime).

Sobre apreensão de produtos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, a jurisprudência desta Corte tem entendido que o **resguardo da saúde pública é de competência concorrente entre os entes federativos**. Sendo assim, somente se identifica interesse da União na persecução de delito de apreensão de medicamento de origem estrangeira sem registro, quando fique caracterizada a internacionalidade do delito, o que ocorre quando se apuram indícios de que a investigada participou de alguma forma na introdução dos medicamentos apreendidos no país, não sendo suficiente a mera constatação da procedência estrangeira do medicamento.

A doutrina reconhece aguda diferença entre as competências para processo e julgamento dos crimes de tráfico de drogas e de comércio de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais falsificado em relação ao contrabando:

A primeira razão para a diferença é técnica, no sentido de que, **no tráfico de drogas, a competência é compartilhada, sendo a competência federal uma exceção**, limitada aos casos de tráfico internacional, em razão apenas da internacionalidade e da obrigação assumida em tratados internacionais, enquanto os demais casos são de competência estadual. **No descaminho e no contrabando, ao contrário, não há regra assemelhada, de modo que todos os casos, incluídos os internos, ou seja, aqueles assemelhados à receptação (art. 334, § 1º, “c” e “d”) são de competência federal**. Mais que isso, no descaminho o interesse federal é originário, baseado na afetação de interesse e até do patrimônio da União, não havendo uma relação de regra e exceção como no tráfico de drogas.⁴¹

No crime de contrabando, ao contrário dos outros citados, circunstância concreta que reforça o entendimento de que o interesse seja exclusivo e direto da União é a existência, na estrutura da Receita Federal do Brasil, da Corep (Coordenação-Geral de Combate ao Contrabando e Descaminho), à qual “compete gerenciar as atividades relativas ao combate ao contrabando, descaminho e a outros ilícitos tributários e aduaneiros” (art. 151 da Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017), com apoio da Coper (Coordenação Operacional de Vigilância e Repressão ao Contrabando e Descaminho) e da Direp (Divisão de Vigilância e Repressão ao Contrabando e Descaminho).

41 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 421-422.

A Receita Federal conta também com atuação da Equipe Especial de Acompanhamento Integral do Setor de Cigarros (EEAI-Cigarros). Trata-se de equipe composta por auditores-fiscais, com atuação em todo o território nacional. Segundo o Plano Anual de Fiscalização da Receita Federal 2018,

a Equipe Especial de Acompanhamento Integral do Setor dos Cigarros (EEAI-Cigarros) acompanha de perto o mercado fumageiro no Brasil. Esse trabalho tem resultado em várias ações de fiscalização, de ajustes legislativos ou procedimentais, sempre com vistas a coibir as ações fraudulentas que ocorrem no mercado.⁴²

No contrabando, o interesse da União, lesado pela conduta, é direto e específico, ao passo que nos crimes citados esse interesse é compartilhado com outros entes federados, o que impede incidência do inciso IV do art. 109 da CR a estes e obriga incidência em relação ao contrabando.

A conclusão inafastável é de que a análise quanto à competência para processo e julgamento do crime de contrabando deve sempre se dar à luz da (in)existência de lesão e interesses ou serviços da União (art. 109, IV, da CR) e não em virtude do caráter transnacional da conduta (art. 109, V, da CR), sendo certo que esse interesse será sempre lesado, de forma direta, pelas condutas previstas no art. 334-A, *caput* e parágrafos.

6 CONCLUSÃO

Analisou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência para processo e julgamento do crime de contrabando e demonstrou-se que desde a década de 1990 aquele Tribunal reconhece à Justiça Federal competência para processo e julgamento do crime de contrabando, o que se dá com fundamento no inciso IV do art. 109 da CR.

A partir da decisão proferida no Conflito de Competência nº 149.750/MS, houve profusão de decisões monocráticas que passaram a condicionar reconhecimento de competência federal no contrabando a demonstração de extraterritorialidade da conduta, não obstante jurisprudência consolidada em sentido diverso.

42 Não se tem notícia de estrutura semelhante nos estados, a confirmar que há interesse direto na União no assunto.

Ao se investigarem os fundamentos da decisão no CC nº 149.750/MS, constatou-se que foi proferida com base na premissa fática da inexistência de comprovação de origem estrangeira dos cigarros apreendidos. Aparece na decisão, como mero *obiter dictum*, que a análise da competência para processo e julgamento do contrabando teria como fundamento o inciso V do art. 109 da CR, que, entre outros requisitos, exige extraterritorialidade da conduta.

Ainda como resultado da análise dos fundamentos da decisão no CC nº 149.750/MS, constatou-se que os precedentes que o lastreiam não se referiram especificamente a contrabando de cigarros, mas a delitos contra a saúde pública (tráfico de drogas e posse de medicamentos falsificados) e a contrabando de agrotóxicos, em relação aos quais a jurisprudência do STJ reconhece competência concorrente da União e estados, o que não ocorre no contrabando, especialmente de cigarros.

Concluiu-se, assim, que o CC nº 149.750/MS constitui caso dotado de especificidades factuais que o distinguem daqueles que consolidaram a jurisprudência do STJ de que o contrabando de cigarros é, em regra, de competência federal, por lesar interesses e serviços da União (art. 109, IV, da CR), de modo que sua utilização como precedente deve ficar restrita aos casos de similitude fática, não implicando superação da jurisprudência anterior.

Além disso, tanto a decisão do CC nº 149.750/MS quanto aquelas que a sucederam analisam a competência para o crime de contrabando exclusivamente sob um enfoque – o inciso V do art. 109 da CR –, desconsiderando toda uma gama de fundamentos que impõem enfrentamento do tema sob a ótica dos interesses da União lesados pela conduta criminosa.

Analisou-se o papel da União na regulação, controle e fiscalização da produção e comercialização do cigarro em território nacional, com enfoque em sua atuação para cumprir, em território nacional, as medidas previstas na Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde para Controle do Tabaco (CQCT/OMS), as quais têm como diretrizes ações nas áreas de propaganda, publicidade, patrocínio, advertências sanitárias, tabagismo passivo, tratamento de fumantes, comércio ilegal e preços e impostos.

A realização dessas ações dá-se no bojo da Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos, composta exclusivamente por órgãos e entidades federais, a evidenciar que o controle do tabagis-

mo vem sendo tratado pelo Estado brasileiro como verdadeira política pública, que tem na União seu principal interessado e exclusivo agente implementador.

Analisou-se a atuação de dois importantes agentes federais na efetivação dessas medidas: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Receita Federal.

Quanto à Anvisa, destacou-se que sua principal atuação na seara decorre do controle das marcas de produtos fumígenos derivados de tabaco autorizados a serem comercializados no Brasil (prevista no art. 10 da Convenção-Quadro da OMS para Controle do Tabaco) e do controle das propagandas de produtos derivados do tabaco, outro norte de atuação previsto pela Convenção-Quadro da OMS, realizado mediante a exigência de que os cigarros comercializados em território nacional ostentem na embalagem imagens e frases de advertência sanitária sobre os riscos do consumo daquele produto.

O simples fato de cigarro importado, exportado, mantido em depósito, vendido ou exposto a venda não possuir registro na Anvisa classifica-o como produto proibido em território nacional e torna-o objeto material do crime de contrabando, notadamente a partir da nova redação do art. 334-A do CP, posterior à Lei nº 13.008/2014, que não mais exige, para caracterizar contrabando por equiparação (§ 1º), que a mercadoria seja de procedência estrangeira, bastando que se trate de mercadoria proibida pela lei brasileira.

Quanto à atuação da Receita Federal no controle e na fiscalização do setor de cigarros, foram analisadas duas das suas principais competências: o registro das empresas produtoras e importadoras de cigarro, denominado "registro especial", e a instituição e fiscalização do cumprimento da denominada "política do preço mínimo", que somente permite comércio de cigarros em território nacional acima do preço estipulado pelo Estado.

Analisou-se a atuação da Receita Federal no controle e rastreamento dos produtos em todo o território nacional, com o fim de identificar a legítima origem e reprimir a produção e importação ilegais, bem assim a comercialização de contrafações, o que é feito especialmente por meio do Sistema Scorpions.

Deu-se especial destaque à política de extrafiscalidade na tributação do cigarro, levada a cabo pela Receita Federal, cuja finalidade precípua é desincentivar o consumo do produto em território nacional, aliado, é claro, à finalidade arrecadatória.

Quanto à política de preço mínimo, trata-se de medida que complementa a extrafiscalidade da tributação do cigarro, pois proíbe a comercialização, em território nacional,

de cigarros abaixo do valor mínimo estabelecido, cuja composição já considera a alta tributação.

Na doutrina sobre o tema, esses mecanismos utilizados pela União para controle e regulação do setor de cigarros terão seus efeitos anulados ou consideravelmente prejudicados pela prática de contrabando. Logo, a internalização de cigarros estrangeiros e posterior comercialização em território nacional sem o registro especial consistem em atividade realizada à margem dos controles a cargo da Receita Federal e da Anvisa. Como tal, constituem violação a interesses da União, já que frustram a fiscalização sanitária e da polícia alfandegária, lesando não apenas os interesses relacionados ao controle do setor por meio da exigência de registros, mas também todos os outros albergados pela política pública estatal no setor.

Investigaram-se a fundo as razões que denotam o desacerto em analisar a competência para processar e julgar o crime de contrabando a partir da (in)existência de extraterritorialidade da conduta, com vistas a perquirir incidência do art. 109, V, da CR, seja porque não vigora em território nacional instrumento internacional que contenha mandado de criminalização do contrabando, seja porque as condutas tipificadas como contrabando, quando têm por objeto material o cigarro,⁴³ implicam violação direta a interesses e serviços da União, especialmente por intermédio da Receita Federal e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a atrair incidência do art. 109, IV, da CR.

Não é só o fato de a União ser signatária da CQCT/OMS que atrai seu interesse em combater o contrabando, mas também a circunstância de que a regulamentação e o amplo controle do setor de cigarro passaram a constituir verdadeira política pública estatal, que tem na União seu maior interessado. Todos os esforços empreendidos pela União se dão de modo exclusivo, sem concorrência dos Estados-Membros, diferentemente do que acontece, por exemplo, no combate ao tráfico de drogas ou no comércio de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273, §§ 1º e 1º B, do CP).

Não é só a tutela da saúde pública que está em jogo no crime de contrabando, mas também a execução de uma política pública estatal que visa tutelar interesses dos mais diversos, notadamente o desestímulo ao consumo dos produtos derivados do tabaco pela população; a arrecadação de IPI e PIS/Cofins; a política extrafiscal atrelada a tais impostos e a proteção à indústria cigareira nacional contra concorrência desleal, em

43 Importação ou exportação de cigarros estrangeiros sem registro especial; falsificação de cigarros em território nacional ou cigarro comercializado abaixo do preço mínimo estabelecido em lei.

prejuízo daqueles que atuam na legalidade, interesses esses que tornam o crime de contrabando pluriofensivo e, como tal, com especificidades que o distinguem de outras infrações penais, como o tráfico de drogas, a posse ou porte ilegal de armas e o comércio de medicamentos falsificados ou sem registro.

A conclusão a que se chega é que o crime de contrabando deve ser processado perante a Justiça Federal, com fundamento no art. 109, IV, da CR, diante da existência de lesão a interesse específico da União.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **A Anvisa e o Controle dos Produtos Derivados do Tabaco**. Disponível em: <https://bit.ly/2lm5a3C>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 185, de 11 de dezembro de 2017**. Aprova o texto do Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, celebrado em Seul, em 12 de novembro de 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2troDLG>. Acesso em: 24 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Especial 30.319/PA. Processual e penal. Tráfico internacional de drogas e contrabando. Competência da Justiça Federal (Constituição, art. 109, incisos IV e V). Condenação também pelos arts. 12 e 14 da lei de tóxicos. [...]. Relator: Min. Adhemar Maciel, 1º de junho de 1993. **Diário de Justiça**. 28 jun. 1993, p. 12.903.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 342.598/PR. **Diário de Justiça eletrônico**, 19 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 835.558. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça eletrônico**, 8 ago. 2017, Tema 648.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 497.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE FRONTEIRAS – Idesf. **O custo do contrabando**. mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2GTE33U>. Acesso em: 13 abr. 2018.

MASSON, Cléber. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PAES, Nelson Leitão. **Uma análise ampla da tributação de cigarros no Brasil**. Disponível em: <https://go.gl/3XQ83E>.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPodivm, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ASPECTOS GERAIS DA RECUPERAÇÃO PATRIMONIAL NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro¹

Resumo: O objetivo deste artigo é fornecer um quadro geral dos caminhos existentes na legislação brasileira para persecução do patrimônio desviado em decorrência dos crimes de ocultação de bens, direitos e valores, insculpidos na Lei nº 9.613/1998. Sempre tendo em vista o espaço limitado, traçamos brevíssimo histórico da perseguição de valores ocultados e desviados em decorrência desse tipo de delito, desde as primeiras legislações internacionais que combatiam o desvio de dinheiro oriundo de crimes de tráfico de entorpecentes até a legislação, doutrina e jurisprudência atuais nacionais, fornecendo visão de conjunto da persecução patrimonial por meio dos institutos do sequestro, arresto, especialização de hipoteca legal e busca e apreensão.

Palavras-chave: Persecução Patrimonial. Crimes. Lavagem. Capitais.

Abstract: *The purpose of this article is to provide a general framework of the Brazilian law for the pursuit of hidden money as a result of the Crimes of Money Laundering, according to Law No. 9,613/1998. Considering the limited space, we trace a very brief history of the pursuit of hidden and diverted values as a result of this type of crime, since the first international legislation against embezzlement of money from drug trafficking offenses to current national legislation, legal studies and case law, providing an overview of some types of precautionary measures in Brazilian legislation.*

Keywords: *Assets Prosecution. Crimes. Money. Laundering.*

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, a preocupação da comunidade internacional com a movimentação ilícita de capitais e suas consequências nefastas se deu em relação aos crimes que envolviam entorpecentes e substâncias psicotrópicas, em geral.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena a 20 de dezembro de 1988 e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, refletia o pensamento da comunidade internacional quanto à alocação de capitais provenientes destes tipos de delitos, nos seguintes termos:

1 O autor é procurador regional da República na Segunda Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB).

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.²

Nesse instrumento, nas considerações iniciais, já se reconhecia que o capital proveniente das atividades ilícitas inseridas no tratado era capaz de trazer grande instabilidade para as economias mundiais e previa confisco (Capítulo 5) dos bens dos agentes que se dedicassem a esses tipos de atividades.

No Brasil, a preocupação com a “lavagem”³ de capitais ou ocultação de bens e valores veio a se refletir na promulgação da Lei nº 9.613/1998, que, já estabelecendo avanço em relação às leis da primeira geração,⁴ dispôs, no art. 1º, uma série de crimes que seriam considerados como antecedentes do delito de lavagem de capitais. Tais crimes foram ali referidos como *numerus clausus*, isto é, somente se poderia falar em delito de lavagem de capitais se o agente também praticasse um daqueles crimes expressamente enumerados no dispositivo. Por exemplo, por mais que, de fato, pudesse haver acobertamento de capitais provenientes de um dos crimes da Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária), tal transformação do capital ilícito em “lícito” jamais poderia ser considerada como fonte de lavagem de capital prevista na Lei nº 9.613/1998, pois os crimes tributários não eram previstos como antecedentes da ocultação de valores.

Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 12.683/2012, o rol taxativo de crimes antecedentes foi abolido, ou seja, qualquer *infração penal* (o que, pelo menos em tese, incluiria as contravenções penais) poderia ser considerada como antecedente do crime de lavagem. No entanto, a legislação revogadora *não exclui* a figura do crime antecedente, pois será sempre necessário que alguma *infração anterior* seja fonte ou origem da

2 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

3 STESENS, Guy. Money laundering: a new international law enforcement model. Cambridge: Cambridge Studies in International and Comparative Law, 200, p. 82-83, *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 473: a expressão “lavagem de capitais ou dinheiro” tem origem nos Estados Unidos da América, cujos gângsteres utilizavam comércio ilegal de lavanderias para despistar a origem ilícita de dinheiro proveniente do comércio ilegal de bebidas.

4 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 474-476. Conforme doutrina hodiernamente citada, as legislações de *primeira geração* somente previam o crime de tráfico ilícito de entorpecentes como antecedente. Essas legislações foram as promulgadas logo após a convenção internacional supracitada. A Lei nº 9.613/1998 pertence às legislações denominadas de segunda geração, aquelas que ampliaram o rol de crimes antecedentes, estabelecendo um *numerus clausus*. Finalmente, a Lei nº 12.683/2012, que veio modificar a Lei nº 9.613/1998, já pertence à terceira geração. A característica deste tipo de legislação seria a eliminação do rol taxativo de crimes, que caracterizaria os delitos antecedentes da lavagem de capitais, o que traria como consequência o reconhecimento de que qualquer *infração penal* poderia, pelo menos em tese, ser caracterizada como antecedente.

ocultação dos valores, bens ou capitais. A novel legislação apenas amplia a incidência da lei para incluir toda infração penal que, evidentemente, possa originar *produto financeiro* hábil para ocultação.⁵

Não é mais possível estudar o direito penal só sob a ótica do criminoso individual, a exemplo daquele que adquire mercadoria que sabe ser produto de crime anterior (art. 180 do CP: receptação).

Nos nossos dias, o lucro das organizações criminosas que dilapidam os cofres públicos e desestabilizam as economias locais é estratosférico. O dinheiro circula, com a ajuda imprescindível da tecnologia (como a internet) de um país para o outro, de um banco para o outro em apenas alguns segundos, pois

[...] defrontamo-nos atualmente com uma alteração substancial na qualidade dos crimes praticados por organizações criminosas e na quantidade de ganhos ilícitos deles decorrentes. Esta transformação ocasionou mudança nos esquemas de aproveitamento dos produtos de crime.⁶

5 Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). HC 132.179/SP. Relator: Min Dias Toffoli, 26 de setembro de 2017. **Diário da Justiça eletrônico** 45, 9 mar. 2018. Ementa: "*Habeas corpus*. Ação penal. Lavagem de dinheiro (art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98, com a redação anterior à Lei nº 12.683/12). Trancamento. Inépcia da denúncia. Superveniência de sentença condenatória. Prejudicialidade do writ. Precedentes. Exame da questão de fundo. Admissibilidade. Manifesta inviabilidade da ação penal. Ausência de descrição mínima dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro (art. 41, CPP). Inteligência do art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98. Defeito que não se sana pelo advento da condenação. Violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar o trancamento da ação penal em relação ao crime descrito no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/98. 1. A superveniência da sentença condenatória torna superada a alegação de inépcia da denúncia, ainda que anteriormente deduzida. Precedentes. 2. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, embora assentando a prejudicialidade do *habeas corpus*, tem examinado a questão de fundo para afastar a arguição de inépcia. 3. Na espécie, por maior razão, não há como se deixar de analisar a viabilidade da denúncia, diante de sua manifesta inépcia. 4. Como sabido, o trancamento da ação penal em *habeas corpus* é medida excepcional, a ser aplicada quando evidente a inépcia da denúncia (HC nº 125.873/PE-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 13/3/15) 5. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é inepta. Precedentes. 6. Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, um dos requisitos essenciais da denúncia é "a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias". 7. Esse requisito, no caso concreto, não se encontra devidamente preenchido em relação ao crime de lavagem de dinheiro. 8. A denúncia não descreve minimamente os fatos específicos que constituiriam os crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, limitando-se a narrar que o paciente teria dissimulado a natureza, a origem, a localização, a disposição e a movimentação de valores provenientes de crimes contra a Administração Pública. 9. Não há descrição das licitações que supostamente teriam sido fraudadas, nem os contratos que teriam sido ilícitamente modificados, nem os valores espuriamente auferidos com essas fraudes que teriam sido objeto de lavagem. 10. A rigor, não se cuida de imputação vaga ou imprecisa, mas de ausência de imputação de fatos concretos e determinados. 11. O fato de o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro dependerem do processo e julgamento dos crimes antecedentes (art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98) não exonera o Ministério Público do dever de narrar em que consistiram esses crimes antecedentes. 12. O grave defeito genético – ausência de descrição mínima da conduta delituosa – de que padece a denúncia não pode ser purgado pelo advento da sentença condenatória, haja vista que, por imperativo lógico, o contraditório e a ampla defesa, em relação à imputação inicial, devem ser exercidos em face da denúncia, e não da sentença condenatória. 13. A sentença condenatória jamais poderia suprir omissões fáticas essenciais da denúncia, haja vista que o processo penal acusatório se caracteriza precisamente pela separação funcional das posições do juiz e do órgão da persecução. 14. Ademais, sem uma imputação precisa, haveria violação da regra da correlação entre acusação e sentença. 15. A deficiência na narrativa da denúncia inviabilizou a compreensão da acusação e, conseqüentemente, o escorreito exercício da ampla defesa. 16. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar, em relação ao paciente, o trancamento da ação penal quanto ao crime descrito no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/98, por inépcia da denúncia." (Sem destaque no original).

6 MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25.

Toda essa mobilização criminosa em torno do proveito do crime resulta na imprescindibilidade de célere e eficaz recuperação patrimonial dos recursos desviados dos cofres públicos, o que demanda estudo aprofundado das formas de recuperação patrimonial e restituição de bens previstas, principalmente, nos art. 118-124 e 125-144 do Código de Processo Penal, bem como o confisco destes após trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (art. 91 do Código Penal).

Para fazer frente a uma criminalidade cada vez mais organizada e preparada, urge célere recuperação dos valores desviados. É necessário que o poder estatal se arme dos mais modernos meios de combate às organizações criminosas, com recuperação rápida dos ativos e modernas técnicas de investigação. Este é o grande desafio do Direito Penal: como fazer frente aos cabedais cada vez mais vultosos da criminalidade organizada com os meios e instrumentos legais postos à disposição das autoridades encarregadas do combate ao crime organizado?

2 MEIOS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Por meio das disposições nos arts. 125 ao 144-A, o Código de Processo Penal enumera as formas de recuperação do patrimônio desviado e oriundo de atividade criminosa: sequestro, especialização e registro da hipoteca legal e arresto prévio à especialização da hipoteca legal, além das medidas de busca e apreensão, previstas no art. 6º, inciso II, e regulamentadas pelos arts. 240 a 250, todos do CPP.

As medidas acima são *acautelatórias*. Isso significa dizer que o pedido deve vir instruído com um mínimo de provas para que se tenham presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos para deferimento de toda medida cautelar, apesar de a lei em referência – como veremos – se referir apenas a *indícios suficientes da infração penal*.

Dessarte, para que possa ser decretada medida cautelar de indisponibilidade de bens, será necessária demonstração de indícios mínimos da existência do crime e de perigo sério e grave de que ao final do processo de mérito a busca pelo ressarcimento se torne inútil ante o desaparecimento de bens da esfera patrimonial do acusado.⁷

⁷ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 314-315. Não é outra a lição do autor, nestes termos: No capítulo das medidas assecuratórias, o Código de Processo Penal trata das medidas cautelares de natureza patrimonial, cujo objetivo seja, fundamentadamente, o ressarcimento ou a reparação civil do dano causado pela infração penal. Enquanto a ação *ex delicto*, regulada nos arts. 63 e seguintes do CPP cuida do processo de *conhecimento* (por meio da ação ordinária proposta pelo juízo cível) e do processo de *execução* (execução da sentença penal condenatória), pelos quais se pretende a recomposição civil do dano causado pela infração penal, as medidas acautelatórias buscam proteger a efetividade daqueles procedimentos, ostentando, portanto, natureza acautelatória.

A Lei nº 9.613/1998, modificada pela Lei nº 12.683/2012, expressamente faz referência a *indícios suficientes da infração penal* para deferimento das medidas acautelatórias, nestes termos:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes da infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

Importa lembrar que as medidas acautelatórias previstas na atual Lei de Lavagem de Capitais têm objeto *dúplice*, isto é, tanto os ativos provenientes diretamente do crime de lavagem como aqueles oriundos dos crimes antecedentes se submetem ao dispositivo legal, ou seja, é possível pedir indisponibilidade dos bens de ambas as infrações penais.

Antes de analisar as medidas acautelatórias individualmente, vale lembrar que a Lei nº 12.694/2012 introduziu o art. 144-A no Código de Processo Penal.⁸

Esse novo dispositivo, à semelhança do art. 4.º da Lei nº 9.613/1998, modificada pela Lei nº 12.683/2012, introduziu possibilidade de *alienação antecipada* para preservação do valor dos bens e sempre que eles estiverem sujeitos a deterioração ou depreciação ou ainda quando existir dificuldade em sua manutenção. O produto da venda dos bens em leilão será depositado em conta vinculada que ficará à disposição do juízo.

8 "Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 1º O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico.

§ 2º Os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial.

§ 3º O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado.

§ 4º Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial.

§ 5º No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário.

§ 6º O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial."

Assentadas essas premissas, vejamos as medidas acautelatórias em nossa legislação processual.

3 SEQUESTRO

Conforme o art. 125 do CPP, “Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

Antes de continuar, deve-se dizer que o Código de Processo Penal não usou o termo “sequestro” de maneira técnica, pois em muitos dispositivos o código o empregava, na verdade, querendo dizer “arresto”. Isso foi reparado pela Lei nº 11.435/2006 que substituiu a palavra “sequestro” por “arresto” nos arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143.

O sequestro também poderá ser aplicado a bens móveis, desde que tenham sido *adquiridos* com proventos da infração. Se os bens forem *diretamente obtidos* em razão da infração ou se forem *instrumentos* desta, caberá medida de busca e apreensão, prevista no art. 240, § 1º, letras *b, c e d*.

Como dito, a medida de sequestro exige os dois requisitos das medidas cautelares, já que o sequestro é uma medida cautelar.

Para decretação de sequestro bastará, segundo o art. 126 do CPP, prova de *indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (fumus boni iuris)*, mas também — já que medida acautelatória — prova de indícios de que, caso se espere até final do processo de mérito para perseguir o bem, este já não exista (*periculum in mora*). Nesse sentido se manifesta a doutrina.⁹

O sequestro poderá ser ordenado de ofício pelo juiz da causa, mas tem legitimidade para requerê-lo o Ministério Público, o ofendido¹⁰ ou a autoridade policial, por meio de representação, ouvido sempre o Ministério Público.¹¹

9 Pacelli, *op. cit.*, p. 316-7; Lima, *op. cit.*, p. 584.

10 Embora o art. 4º da Lei nº 9.613/98 não o diga, é plenamente possível iniciativa do ofendido, pois este dispositivo permite que medidas cautelares sejam decretadas em decorrência de infrações penais antecedentes, o que permitiria ao ofendido preservar seus interesses patrimoniais. Sobre a matéria, veja-se Lima, *op. cit.*, p. 582-3. De acordo como o autor, no que concordamos inteiramente, é possível aplicar subsidiariamente o art. 127, que confere ao ofendido legitimidade para pleitear medidas assecuratórias. Aplica-se subsidiariamente o CPP, por força do art.17-A da lei em comento.

11 Embora a lei não diga, entendemos imprescindível colher manifestação do órgão ministerial, não só por ser ele o *dominus litis*, mas, uma vez decretado o sequestro, a medida será levantada em 60 dias, se não for oferecida denúncia, a contar do dia da efetivação da medida. Para reforçar o argumento, o art. 4º da Lei nº 9.613/1998 determina expressamente intimação do órgão ministerial, o que corrobora o entendimento.

O sequestro será sempre atuado em autos apartados dos principais, por ser processo incidente em relação ao principal. Deverá ser inscrito no registro de imóveis para que terceiros saibam sobre o ônus que pesa sobre o bem.

O interessado poderá formular defesa, por meio de embargos, nas hipóteses do art. 130, incisos I e II, do CPP e por embargos de terceiros, conforme o art. 129, *in fine*, do CPP.

A primeira hipótese da defesa de mérito do acusado nos embargos do dispositivo mencionado é não terem sido os bens adquiridos com proventos da infração, no caso específico do sequestro, mas não em relação a outras medidas, como o arresto e a especialização da hipoteca legal, porquanto destinadas a garantir ressarcimento do dano, e, conforme a doutrina, em relação a estas, de nada adiantará prova de origem lícita dos bens.¹²

Nesse caso, conforme o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998, a liberação do bem poderá ser determinada pelo juiz, mas mantida a constrição das quantias necessárias para reparação dos danos e pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

A doutrina destaca o tema da *inversão do ônus da prova* consistente no fato de caber ao acusado prova da licitude do bem, isto é, de que o bem não foi adquirido com proventos da infração. Segundo Mendroni,¹³ citando Stessens, “não seria possível ao Poder Público comprovar a origem ilícita daqueles valores e bens amealhados ao longo de rotineira atividade ilícita do agente”.

Ainda nesse tema, a lei impõe mais um ônus ao acusado: a liberação dos bens somente será determinada se e quando o acusado comparecer pessoalmente, conforme o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.613/1998. O comparecimento pessoal do acusado se deve ao fato de que muitas vezes os bens estão de posse de interpostas pessoas (*laranjas*).

Em razão disso, isto é, caso o acusado não compareça, a lei permite, para preservação dos valores dos bens, alienação antecipada deles, nos termos do art. 4º-A do diploma legislativo.

12 Lima, *op. cit.*, p. 499-500.

13 MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155; Lima, *op. cit.*, p. 590, e ainda CARLI, Carla Verfissimo de. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 188.

Exemplificando com jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, o levantamento de medida constritiva não foi permitido no caso de transações imobiliárias em que não se comprovaram terem sido realizadas.¹⁴

Em defesa de mérito, ainda se permite levantamento da medida a terceiro de boa-fé, desde que os bens tenham sido transferidos a título oneroso. Segundo o parágrafo único do art. 130 do CPP, não poderá ser levantado o sequestro antes de passar em julgado a decisão condenatória.

É evidente também, e isto está expresso no art. 129, a possibilidade de embargos de terceiro por pessoa completamente estranha à infração penal, como se dá, por exemplo, com os bens comuns do cônjuge (arts. 674 e s. do CPC).

Por fim, o sequestro pode ser levantado nos termos do art. 131, incisos I a III, ou seja, quando a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, a contar do implemento da diligência, se for prestada caução por terceiro a quem tiver sido transferido o bem e se for extinta a punibilidade ou absolvido o acusado.

O prazo de 60 dias insculpido no art. 130, inciso I, do CPP fora modificado para 120 na redação original do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998. Essa alteração não foi reproduzida

14 Nesse mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (1. Turma Especializada). Mandado de segurança 0017452-74.2013.4.02.0000. Relator: Juiz Abel Gomes, 23 de julho de 2014. Ementa: "PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APURAÇÃO DE LAVAGEM DE DINHEIRO E OUTROS DELITOS. CONSTRIÇÃO CAUTELAR SOBRE BENS DOS INVESTIGADOS. PLEITO DE LEVANTAMENTO DE SEQUESTRO. DECISÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. TERATOLOGIA. NÃO CONSTATAÇÃO. CASSAÇÃO DA LIMINAR. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I – A admissibilidade do mandado de segurança contra decisão judicial para atribuir efeito suspensivo a recurso deve estar adstrita à interposição do recurso cabível no prazo legal próprio. Necessidade de cotejo da vontade legal originária em não prever o efeito suspensivo, com a possibilidade de atribuição desse efeito ao recurso pelo mandado de segurança, em situações excepcionais de periculum in mora. II – Para que o efeito suspensivo seja necessário a ponto de justificar a impetração do mandado de segurança, é preciso que a decisão seja de tal modo teratológica e ilegal, que seus efeitos realmente estejam a demandar a intervenção judicial para fazer cessar o ato judicial assim editado. III – Necessidade de delimitação do fundamento legal da decisão sob o qual se aprecia a ilegalidade e teratologia. A classificação jurídica dada equivocadamente pelo juiz e a denominação da medida constritiva não são relevantes, mas sim a base fática sobre a qual se apoia a necessidade de sua decretação. IV – A medida assecuratória impugnada visa à devolução dos bens desviados dos cofres públicos federais em decorrência de crime eventual de peculato, ao perdimento dos frutos que os valores desviados renderam indevidamente no tempo em que empregados e aplicados em atividades econômicas, e ainda se destina a fazer cessar a dissimulação em curso e projetada no futuro. No caso concreto, está lastreada no arrazoado que constou da representação da autoridade policial e sua base fática se consubstancia na existência de indícios de crimes de lavagem de dinheiro também atribuídos em concurso à impetrante. V – Destacada na investigação transação imobiliária envolvendo a impetrante, que não parece crível que sequer tenha sido realizada, com relação à suposta revenda de imóvel, para o antigo vendedor, cerca de quatro anos e meio depois e pelo mesmo valor da primeira negociação declarada à Receita Federal. VI – O periculum in mora não está afastado, à vista do até então apurado na investigação de origem, haja vista a vultosa quantia em tese desviada e a possibilidade de transferência de valores e de bens para terceiros. A impetrante não comprovou, de forma incontestada, que tenha havido ilegalidade ou teratologia na decisão judicial. A liberação total dos bens atingidos pela medida assecuratória não se mostra plausível diante da suposta ligação da impetrante com o gestor da principal empresa que firmou contratos suspeitos com entes públicos, com a mencionada empresa e também com outras, integrantes do grupo econômico. VII – Determinada a imediata comunicação ao Juízo impetrado para adoção das providências cabíveis para dar cumprimento ao decidido pelo órgão colegiado. VIII – Segurança denegada. Liminar cassada."

pela Lei nº 12.683/2012, de modo que o prazo voltou a ser o previsto no CPP. Esse prazo não é peremptório e admite prorrogações, dependendo da complexidade da causa.¹⁵

Em relação ao art. 131, inciso III, não é possível a constrição após decisão absolutória ou extintiva de punibilidade, mesmo não transitada em julgado. Nem o recurso contra a decisão absolutória (art. 596 do CPP) nem o recurso especial ou extraordinário têm efeito suspensivo, ou seja, tais decisões produzem efeito imediatamente após proferidas,¹⁶ sendo esta parte do dispositivo inconstitucional por ferir o princípio da presunção da inocência, pois, se o acusado foi absolvido ou teve extinta sua punibilidade, não pode mais ser considerado culpado.

Por outro lado, um provimento meramente cautelar, baseado no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, não pode subsistir se, no processo principal – cuja análise da prova é muito mais profunda – o acusado foi absolvido ou teve extinta sua punibilidade.¹⁷

4 ARRESTO E ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

O arresto, diferentemente do sequestro, não recai sobre a coisa litigiosa, ou seja, o produto ilícito do crime, mas, de maneira geral, sobre o patrimônio do acusado e visa garantir ressarcimento do dano, tanto que o art. 143 do CPP determina que após o trânsito em julgado da decisão condenatória, os autos do arresto sejam remetidos para o juiz civil, para os fins do art. 63 (propositura de ação civil *ex delicto*).

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em MS 29.188/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 20 de agosto de 2013. **Diário de Justiça eletrônico**, 6 set. 2013. Ementa: "PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA ASSECURATÓRIA DE SEQUESTRO. LEVANTAMENTO DE BENS. 1. A decretação do sequestro observou os requisitos previstos no art. 126 do Código de Processo Penal, ficando demonstrada a existência de veementes indícios da origem ilícita dos bens. Ultrapassar esse entendimento demandaria ampla incursão no campo fático-probatório, incompatível com a via do mandado de segurança. 2. Ofensa ao art. 131, I, do Código de Processo Penal não evidenciada. Não há violação de direito líquido e certo se o atraso foi justificado pelas peculiaridades da causa, que, no caso, revela-se complexa e com pluralidade de autores. Precedentes. 3. Oferecida a denúncia, resta superada a alegação de excesso de prazo na medida assecuratória. Precedentes. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido."

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). RMS 49.801/RS. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 5 de abril de 2016. **Diário de Justiça eletrônico**, 15 abr. 2016. Ementa: "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. LEVANTAMENTO DOS BENS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. ART. 386, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Não há incompatibilidade entre os arts. 131, III, e 386, parágrafo único, II, do Código de Processo Penal. A sentença absolutória, ainda que recorrível, implica a revogação das medidas assecuratórias, desde que os bens objeto da constrição não mais interessem ao processo. Caso contrário, impõe-se aguardar o trânsito em julgado. Sobre o tema, veja-se, do STF, a decisão proferida na AP 470, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 26/3/2013. 2. O sequestro, de um lado, se justifica quando há indícios veementes da proveniência ilícita do bem, dando primazia à efetividade do processo penal. De outro lado, a absolvição, mesmo não transitada em julgado, afirma a presunção de inocência do acusado. Precedentes deste Superior Tribunal. 3. Na espécie dos autos, a Corte de origem não constatou a necessidade de manter a constrição, o que não é sindicável em sede mandamental, porquanto vedada, aqui, a dilação probatória. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento."

17 Lima, *op. cit.*, p. 596.

O arresto pode ser prévio à hipoteca legal, nos termos do art. 136, impondo-se ao interessado prazo de 15 dias para a especialização, mas também pode ser subsidiário a esta, que ocorre quando o acusado não tiver bens imóveis suscetíveis a especialização ou somente os tiver em valor insuficiente para cobrir os danos provenientes do delito, desde que passíveis de penhora, conforme o art. 137 do CPP.

A especialização da hipoteca legal recai sobre os bens imóveis do acusado e, a exemplo do arresto, visa garantir reparação do dano e, tendo em vista a medida anterior, devem os autos ser remetidos para o juiz cível, ao final, quando houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para propositura da respectiva ação (art. 63 do CPP).

5 BUSCA E APREENSÃO

Limitar-nos-emos a mencionar alguns poucos aspectos dessa importante medida, pois o espaço não permite ir além.

Não se pode rotular a busca e apreensão como medida cautelar patrimonial propriamente dita, como adverte a doutrina.¹⁸

Sua natureza jurídica é a de *meio de prova*, ou seja, é medida útil e adequada para arrecadar provas do ilícito penal, consistentes nos instrumentos e produtos diretos e indiretos deste e que servirão, futuramente, para instrução do processo penal. Como bem apontou Eugênio Pacelli,¹⁹ a medida tem também natureza eminentemente cautelar, pois servirá para acautelamento do material arrecadado.

O nome *busca e apreensão* pode gerar certa confusão, pois ambas as palavras vêm quase sempre acompanhadas. No entanto, trata-se de *duas medidas* distintas: a *busca* e a *apreensão*. Poderá haver apreensão sem busca, sendo também possível o contrário, isto é, busca sem apreensão. Basta pensar na entrega voluntária de material à autoridade policial ou busca negativa, na qual não se consiga apreender nada na diligência.²⁰

18 Lima, *op. cit.*, p. 613: como a apreensão não pode ser rotulada como medida cautelar *patrimonial* propriamente dita, poder-se-ia pensar que não mais seria possível sua utilização em relação aos crimes de lavagem. Todavia, na medida em que o art. 4º, *caput*, da Lei 9.613/1998, faz menção expressa à possibilidade de incidência dessas medidas assecuratórias sobre os instrumentos e sobre o produto direto ou indireto dos crimes de lavagem de dinheiro e da infração antecedente, é evidente que a apreensão continua sempre cabível, visto que é ela a medida adequada para a apreensão dos instrumentos do crime e bens móveis que sejam produto direto do crime.

19 Pacelli, *op. cit.*, p. 440.

20 Lima, *op. cit.*, p. 613.

A busca e a apreensão estão previstas no art. 6º, inciso II, do CPP, cabendo à autoridade policial proceder à apreensão de objetos que tiverem relação com os fatos. Estão especificadas nos arts. 240-250 do CPP.

Conforme o art. 240, § 1º, a busca poderá ser domiciliar ou pessoal. Na busca domiciliar se faz necessário, logicamente, mandado judicial (art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal). Diferentemente, determinação judicial não é necessária no caso de busca pessoal.

Questão que tem ocupado tempo e que se reveste de especial importância para não violar os direitos daqueles que solicitem assistência jurídica como também para resguardar a lisura do processo penal é a busca e apreensão em escritório de advocacia.

Pode o local de trabalho, isto é, escritório de advogado, ser objeto de medida de busca e apreensão, ainda mais quando o próprio causídico seja investigado, mas o mandado deve se revestir de determinados requisitos e cuidados.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou que escritório de advocacia é inviolável e a medida de busca e apreensão deve ser acompanhada de representante da OAB local. Posteriormente, o STF decretou nulidade de medida realizada, porque o endereço do local da medida não correspondia ao do escritório de advocacia em que se queria diligenciar.²¹

Tema relacionado à medida e que não poderemos deixar de mencionar é o relativo ao *confisco de bens*.

Sobre o assunto, o Código Penal assim dispõe, no art. 91, inciso II e alíneas:

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). HC 91.610/BA. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça eletrônico**, 9 jun. de 2010. "HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO FUNDAMENTADA. VERIFICAÇÃO DE QUE NO LOCAL FUNCIONAVA ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO MAGISTRADO ANTES DA EXECUÇÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM SITUAÇÃO DISTINTA DAQUELA DETERMINADA NA ORDEM JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. 2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. 3. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. 4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do INQ 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação."

Art. 91. São efeitos da condenação:

[...]

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

- a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
- b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1.º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei n.º 12.694, de 2012)

§ 2.º Na hipótese do § 1.º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Instrumentos de crime são aqueles empregados pelo agente na consecução do delito (*instrumenta sceleris*)²² e, se constituírem coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção sejam ilícitos, não poderão ser restituídos até trânsito em julgado da decisão condenatória, caso interessem ao processo (art. 118 do CPP). Por exemplo, moeda falsa pode ser confiscada, mas uma arma cujo porte e registro esteja em nome de terceiro e haja sido objeto de subtração para cometimento de ilícito não pode ser confiscada e deve ser devolvida ao legítimo proprietário/possuidor, quando de boa-fé.

Produto de crime (*producta sceleris*) são as coisas adquiridas com o delito, seja direta (a coisa subtraída, por exemplo), seja indiretamente (*fructus sceleris*) (imóvel adquirido com dinheiro oriundo de atividade criminosa, por exemplo²³) (art. 119 do CPP).

A Lei nº 12.694/2012 (trata de organizações criminosas), visando a facilitar a persecução do patrimônio de criminosos – quando os bens destes não forem encontrados (ocultação) ou se localizarem no exterior, introduziu os §§ 1º e 2º no art. 91 do Código Penal, o qual permite que a constrição recaia sobre bens ou valores de criminoso localizados no país.

22 JESUS, Damásio de. **Direito Penal** – Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 694.

23 Lima, *op. cit.*, p. 617.

Por último: a Lei nº 11.719/2008 introduziu o inciso IV no art. 387 do CPP, determinando que na sentença condenatória o juiz passe a fixar valor mínimo para reparação dos danos sofridos pelo ofendido.

Segundo jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, esse pedido deve constar expressamente da denúncia para que o valor mínimo possa ser fixado.²⁴

Ainda segundo a jurisprudência daquele tribunal, a norma tem aplicação imediata, por ser de direito processual, bastando que a sentença seja contemporânea a esta, mesmo que o delito tenha sido praticado em período anterior.²⁵

6 CONCLUSÃO

A evolução maior na doutrina e na jurisprudência dos tribunais nacionais, no que diz respeito ao tema, deu-se mais acentuadamente a partir da modificação da Lei nº

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo regimental no recurso especial 1.668.889/MS. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 22 de agosto de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**, 31 ago. 2017. Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E RESISTÊNCIA. ALEGADA INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 126 DA SÚMULA DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA. PEDIDO EXPRESSO DO QUANTUM NA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA PRESCINDIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA A RESPEITO DA INDENIZAÇÃO. DANO PRESUMIDO. RESTABELECIMENTO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não é caso de incidência da Súmula n. 126 do STJ, pois a menção genérica ao princípio do contraditório e da ampla defesa não impede a discussão dos demais fundamentos (legislação federal) no âmbito do recurso especial, sobretudo quando a jurisprudência do STF é pacífica quanto a não caber recurso extraordinário se a suposta violação da norma constitucional for reflexa, como ocorre na espécie. 2. A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, **requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa.** 3. Neste caso, houve pedido expresso por parte do Ministério Público, na exordial acusatória, o que é suficiente para que o juiz sentenciante fixe o valor mínimo a título de reparação dos danos causados pela infração. 4. Assim sendo, não há que se falar em iliquidez do pedido, pois o *quantum* há de ser avaliado e debatido ao longo do processo. Não tem o *Parquet* o dever de, na denúncia, apontar valor líquido e certo, o qual será devidamente fixado pelo juiz sentenciante. 5. Agravo regimental não provido." (Sem destaque no original).

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso especial 1.208.510/RS. Relator: Min. Gilson Dipp, 24 de maio de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**, 15 jun. 2011. Ementa: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. CONFIGURAÇÃO. AGRAVANTE. CRIME COMETIDO CONTRA VÍTIMA COM MAIS DE 60 ANOS. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. INCIDÊNCIA. NORMA PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL EM CURSO. SENTENÇA PROFERIDA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.719/2008. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que a inicial acusatória descreveu que o crime foi cometido com abuso de confiança, pois a denunciada apoderou-se do cartão magnético e das senhas da conta bancária da vítima, aproveitando-se da autorização desta para que arrumasse seu quarto..., e que a sentença condenatória, do mesmo modo, entendeu configurada a qualificadora do abuso de confiança, eis que a ré, aproveitando-se da confiança da vítima, já que a vítima é seu cunhado e que tinha livre acesso às dependências da mesma. II. A qualificadora prevista no inciso II do § 4º, do art. 155, do Código Penal pressupõe a existência de prévia credibilidade, rompida por aquele que violou o sentimento de segurança anteriormente estabelecido. III. A traição violadora da confiança advinda do relacionamento de cunhado entre vítima e ré foi considerada para qualificar o crime, tendo sido afastada pelo Tribunal de Justiça tão somente por entender a Corte estadual que o relacionamento de cunhados não determina a confiança. IV. Insubsistente a exclusão da qualificadora determinada pelo Tribunal a quo, porque carente de devida fundamentação, uma vez que ficou devidamente esclarecido que a ré se aproveitou da autorização da vítima para que arrumasse seu quarto, em evidente abuso de confiança. V. É fato incontroverso nos autos a idade da vítima, eis que desenhada desde o oferecimento da denúncia, sem que tenha sido contestada pela defesa, restando correta a incidência da circunstância agravante de ter o agente cometido o crime contra maior de 60 ([...]) anos. VI. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, publicada em 23 de junho de 2008, entrou em vigor 60 ([...]) dias após a data de sua publicação. VII. No presente caso, na sentença, proferida em 10/09/2008, isto é, quando já vigente a norma em questão, o Juiz reconheceu a incidência da nova redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, fixando valor para reparação de danos causados pela infração. VIII. *A norma de Direito Processual Penal se aplica imediatamente às sentenças proferidas após a sua entrada em vigor.* Sendo assim, a norma do art. 387, IV, do CPP deve ser aplicada ao presente caso, em que a sentença condenatória foi proferida quando já vigente a lei que modificou os dispositivos da lei adjetiva penal. IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator." (Sem destaque no original).

9.613/1998 pela Lei nº 12.683/2012, principalmente tendo em vista a revogação da lista dos crimes antecedentes, os quais deixavam crimes importantes com produto financeiro a ser perseguido excluídos do grau de persecução da lei, como os crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/1991.

A evolução, no sentido de maior aplicação e efetividade na busca patrimonial, pode ser creditada aos recentes acontecimentos no país, principalmente aos crimes descobertos pela Operação Lava Jato, que possibilitou propositura de diversas medidas cautelares patrimoniais, visando à recuperação de bens e valores obtidos com dinheiro desviado de órgão públicos.

A ineficiência e a falta de adequação do direito à realidade nacional são grandes entraves para que o Ministério Público e o Judiciário propiciem resposta rápida e suficiente à sociedade. Apesar da evolução nitidamente percebida nos tribunais, é necessário que a legislação acompanhe o ritmo atual, principalmente tornando-se mais sistematizada, readequando dispositivos referentes às medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e até criando um *poder geral de cautela*, apesar de opiniões muito respeitáveis em contrário.²⁶ A criação de medidas cautelares que possam recair sobre todo o patrimônio do acusado, por exemplo, na forma do que acontece quando a lesada é a Fazenda Pública²⁷ — e não só sobre o bem litigioso, objeto do ilícito — seria medida salutar e muito bem-vinda para persecução mais eficaz ao patrimônio lesado.

26 Pacelli *op. cit.*, p. 522-523.

27 Decreto-Lei nº 3.240/1941, que dispõe sobre o sequestro de bens dos responsáveis dos crimes que resultam prejuízo para a Fazenda Pública: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). REsp 1.133.763. Relatora: Min. Laurita Vaz, 23 de agosto de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**, 8 set. 2011. Ementa: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. SEQUESTRO DE BENS DE PESSOAS INDICIADAS POR CRIMES DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CONSTRIÇÃO FUNDAMENTADA NO DECRETO-LEI N.º 3.240/41. MEDIDA ACAUTELATÓRIA QUE RECAI SOBRE TODOS OS BENS DOS ACUSADOS. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DETERMINAR OS BENS SOBRE OS QUAIS RECAEM O SEQUESTRO, LIMITANDO-O AO PREJUÍZO A SER EVENTUALMENTE RESSARCIDO AO ERÁRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºs 282 E 356 DA SUPREMA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. A teor do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 3.240/41, o sequestro, para a constrição de bens de pessoas indiciadas ou já denunciadas por crimes dos quais resulte prejuízo para a Fazenda Pública, pode recair sobre todo o patrimônio dos Acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. 2. No caso, a medida acautelatória está devidamente fundamentada, tendo em vista que as instâncias ordinárias consideraram os veementes indícios, nos autos de inquérito, da prática dos crimes de formação de quadrilha, desvio de dinheiro público, dispensa indevida de licitação e lavagem de dinheiro, além do *periculum in mora*, consubstanciado nos fortes vestígios de proposital confusão patrimonial entre os patrimônios dos Acusados com os de seus familiares, a ensejar sérios riscos de inviabilizar o ressarcimento, ainda que parcial, dos volumosos recursos desviados dos cofres públicos. 3. A *quaestio juris*, arguida no presente recurso, refere-se à necessidade de o Magistrado especificar os bens sobre os quais recaem o sequestro, tendo em vista que a finalidade da norma é o ressarcimento do prejuízo sofrido pela Fazenda Pública, sendo, portanto, esse quantum o limitador da medida constritiva. Constata-se que a matéria, no entanto, não foi apreciada, sob essa perspectiva, pelo Tribunal a quo, carecendo do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. A propósito, o que se considera, para efeitos de satisfação desse requisito, é o debate e a decisão efetiva da Corte de origem acerca da matéria federal suscitada. Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (Sem destaque no original).

Referências

- BRASIL. **Decreto-Lei nº 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.
- _____. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Habeas Corpus 91.610/BA. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça eletrônico**, 9 jun. de 2010.
- _____. Habeas Corpus 132.179/SP. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de setembro de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**, 9 mar. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Especial 1.208.510/RS. Relator: Min. Gilson Dipp, 24 de maio de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**, 15 jun. 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Especial 1.133.763. Relatora: Min. Laurita Vaz. **Diário de Justiça eletrônico**, 8 set. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1.668.889/MS. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 22 de agosto de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, 31 ago. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 29.188/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 20 de agosto de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 6 set. 2013.
- _____. Recurso em Mandado de Segurança 49.801/RS. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 5 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 abr. 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (1. Turma Especializada). **Mandado de Segurança 0017452-74.2013.4.02.0000**. Relator: Juiz Abel Gomes, 23 de julho de 2014.
- CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal comentada**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- STESSENS, Guy. Money laundering: a new international law enforcement model. Cambridge: Cambridge Studies in International and Comparative Law. In: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal comentada**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

9 NÃO HÁ ÔNUS DE PROVAR
NO PROCESSO PENAL
ACUSATÓRIO DEMOCRÁTICO

Rogério José Bento Soares do Nascimento¹

Resumo: O trabalho examina o mito de que há distribuição de ônus de prova no processo penal acusatório público. Faz isso de uma perspectiva crítica e com apoio na Constituição. Parte da premissa de que a regra da acusatoriedade é decorrência do direito a um processo justo. Traz considerações sobre a necessidade de pensar um sistema processual adequado à realidade brasileira, todavia dialogando com a doutrina e a prática processual de outros países.

Palavras-chave: Sistema Acusatório. Prova criminal. Constituição. Democracia.

Abstract: *This paper examines the myth that there is proof burden distribution in criminal proceedings. It adopts a critical perspective and based on the Constitution. The starting point is the assumption that the adversarial rule is a result of the right to fair trial. It also brings consideration about the need to think a procedural system which is appropriated to the Brazilian reality, but taking doctrine and procedural practice of other countries into account.*

Keywords: *Adversarial system. Criminal proof. Constitution. Democracy.*

1 INTRODUÇÃO

Na área criminal, a atividade do Ministério Público conjuga as tarefas de promover com exclusividade a ação penal de iniciativa pública, provocando o Judiciário ao exercer, em nome da sociedade, o direito de submeter alguém a julgamento, por uma suspeita objetivamente fundada da prática de delito e de fiscalizar a aplicação da lei penal, atuando como instância de controle sobre a atividade da jurisdição punitiva. Embora seja comum, é erro atribuir aos advogados que atuam na defesa dos acusados a condição de únicos guardiões dos direitos humanos, e aos acusadores públicos o estigma de instrumentos do sistema repressivo. Essa redução não traduz nem o projeto constitucional de Estado Democrático de Direito, o que se exige dos agentes públicos, nem a realidade. Além de expressar concepção redutora e anacrônica de direitos humanos, limitados aos direitos individuais e liberdades públicas clássicas, negando reconhecimento à fundamentalidade dos direitos com dimensão transindividual.

O desempenho desse duplo papel atribuído aos integrantes do Ministério Público, de provocadores e de fiscais em nome dos direitos humanos, torna-se mais complexo no

¹ Pós-doutor em direito pela UFPR, doutor em Direito Público pela UERJ, procurador regional da República. Professor na PUC-Rio.

enfrentamento da macrocriminalidade, que levou à ampliação do repertório de meios de apuração dos fatos sobre os quais a jurisdição criminal se debruça². Lidar com aparatos organizados de poder marginal, por vezes estruturados em rede com divisão de tarefas no plano horizontal, com associações de delinquentes de tipo mafioso, com o uso de posições de poder no aparelho de estado com fins criminosos e com o uso de sociedades empresárias para realização simultânea e indistinta de negócios lícitos e ilícitos traz problemas, especialmente para delimitação da autoria e da participação e sua demonstração.

Tais necessidades levaram a formas novas de prova, com admissão de infiltração e obtenção de depoimentos mediante colaboração premiada, as quais importam em resolver tensões a respeito do alcance da garantia de presunção de inocência, ou de proibição da presunção da culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), na medida em que uma interpretação rígida do princípio tem justificado a afirmação de que “todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade” (OLIVEIRA, 2008, p. 35).

Não é próprio falar em ônus ou carga de prova no processo penal. A visão tradicional sustenta a compatibilidade da atribuição de um ônus de provar imperfeito, ou relativo, com o processo penal. No ônus imperfeito, o prejuízo impositivo à parte, derivado do descumprimento, não é automático. Ao contrário, supõe avaliação do juiz processante. A distribuição do ônus operaria objetivamente como regra de julgamento (corretiva da incerteza) e, no plano subjetivo, como fator de motivação para as partes (decorrente dos riscos inerentes à partilha de encargos). Relativo porque a comunhão da prova e o impulso supletivo do juiz (CPP, art. 156, II) possibilitam resolução do caso penal em favor daquele que não teve iniciativa probatória (LIMA, 2013). Parcela autorizada da doutrina (GOMES FILHO, 1994), contudo, vale insistir, sustenta que da presunção de inocência resulta atribuição de ônus da prova exclusivamente ao acusador.

A discussão doutrinária não tem repercutido na formação da jurisprudência, que segue manejando o conceito e aferindo distribuição de ônus de provar segundo a literalidade do art. 156 do CPP, isto é, atribuindo à acusação fazer prova da existência do fato típico, autoria, causalidade (*actori incumbit probatio*), sendo encargo da defesa comprovar causas de exclusão ou alibis, se os alegar (*reus in excipiendu fit actor*), dando pouco relevo à alteração do texto do art. 386, VI do CPP, que indica absolvição quando

2 Tema da coletânea publicada por iniciativa do Ministério Público Federal: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade, Salgado & Queiroz, 2016.

“houver fundada dúvida sobre a existência” de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena.

No desenvolvimento do tema segue-se um breve excuroso sobre a importância de formular uma compreensão do processo penal que seja compatível e adequada ao direito brasileiro e notas sobre a atividade probatória em um modelo processual que se pretenda democrático, para enfim retomar ao tema da imposição de um ônus de provar ao Ministério Público. Faça-se, antes, a advertência de que não está em questão a ideia de ônus da prova no plano da filosofia, isto é, no sentido do encargo moral atribuído ao interlocutor, envolvido em uma discussão epistêmica, de apresentar aos outros participantes da comunicação elementos que demonstrem seus argumentos.

2 NOTAS SOBRE A PRODUÇÃO DA PROVA EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Antes de enfrentar o tema da distribuição de um suposto ônus de prova no modelo processual brasileiro, cabe advertência do perigo da importação acrítica, não aclimatada com o rigor teórico necessário, de construções da teoria do direito, as quais foram pensadas e concebidas para sistemas jurídicos estrangeiros, o que redundará em interpretações enviesadas e teses jurídicas consubstanciadas em mera peça retórica, ante a falta de apuro técnico.

É preciso cuidado na recepção de modelos e doutrinas exógenos, repita-se. Não se desconhece o empenho de agências internacionais na padronização do sistema de justiça na América Latina (www.cejamericas.org), com reflexos nas reformas da legislação processual de vários países, orientados pelo propósito de recepção de institutos próprios de um modelo adversarial extremado (processo tomado a partir de um modelo contratual, como coisa privada) ou regulado (processo orientado por princípios, coisa pública), copiado das experiências estadunidense e italiana. Isso não desobriga da necessária atenção aos traços peculiares da nossa própria tradição e sistema.

A grande questão, para assegurar conformidade constitucional do sistema de jurisdição criminal, está em afastar-se dos modelos autoritários e eleger como meta um modelo democrático, ou seja, apto a garantir participação influente de todos os sujeitos do drama penal no processo, sendo este o veículo que legitima a decisão sobre a punibilidade.

Propor uma interpretação literal e absoluta da presunção de inocência, seja como regra de tratamento, importante na discussão sobre a possibilidade de iniciar a execução

das condenações confirmadas em segundo grau, seja na atividade probatória, tema da presente reflexão, não é novidade. A gestão da prova foi tema de seminário internacional organizado pelo *Institut Supérieur de Sciences Criminelles* em Siracusa, Itália, entre 20 e 25 de janeiro de 1992, cujos trabalhos foram logo publicados pela *Association Internationale de Droit Penal*. Uma leitura do processo penal como duelo, ou jogo, que é integralmente disponível aos contendores e no qual o juízo é passivo e indiferente, se omite de controle, nada tem de democrática.

Afastar a presunção de culpabilidade traduz impedimento de condenação sem certeza; não significa, porém, chancela a uma ideologia que supervalorize a “evidência”. A garantia constitucional não legitima impor “prova diabólica” ao titular da ação penal ou negar a possibilidade de presunções de direito no âmbito penal (CP, art. 317-A); nem sequer autoriza impor papel de indiferença passiva ao juiz criminal, na atividade probatória.

Volte-se ao tema central. Processo é um modo continuado e racional de concretização do direito, seja na composição de um litígio (o processo civil é eminentemente compositivo), seja no exame da aplicabilidade de uma sanção (o processo penal é sancionatório)³. Supõe pessoas comunicativas, capazes de compreender, argumentar e julgar. Portanto, responsáveis e imputáveis. Há imputação, e somente nestas situações se poderá falar em imputação no sentido processual penal, quando um órgão jurisdicional é provocado, chamado a decidir sobre a culpa de alguém num caso determinado.

Quanto ao escopo do processo jurisdicional em geral, não se deve ignorar a relevante observação de Tornaghi no clássico *A Relação Processual Penal*, quando, na esteira de Chiovenda, distingue o fim do Estado ao instituir a jurisdição (*finis operantis*), que vem a ser: tutelar o direito objetivo, do fim da jurisdição quando posta a atuar (*finis operis*), qual seja, o de substituir-se aos jurisdicionados, impondo-lhes a norma concreta aplicável ao caso.⁴ Contudo, o que importa no processo penal é a causa, que precisa estar justificada (CPP, art. 395, III e art. 648, I). Causa é o caso penal, e este é *conteúdo* do processo, a *res in iudicium deducta*. O caso não se confunde com o crime, é, isto sim, uma suspeita fundada da prática de delito. O elemento forte para significação da justa causa como condição especial para regular exercício do direito de agir, submetendo o acusado à jurisdição penal, com direito público subjetivo de reclamar resolução do mérito da imputação, é o *fumus comissi*, não é o *delicti*.

3 Cf. Constituição da República, art. 5º, LV. Desenvolvo o tema em A Constitucionalização do Processo Penal. Reinterpretando o processo penal à luz do princípio democrático. In: SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 857-878.

4 TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 109.

O direito instrumental de provocar a jurisdição, conexo à causa, ou seja, o direito à ação, permanece abstrato, a despeito de se admitir como condição para seu regular exercício que aquela suspeita legitimadora seja suspeita suficiente, isto é, objetivamente fundada e provável. Aceitar a justa causa como condição para exercício da ação penal não autoriza regresso para o campo das teorias concretas do direito de ação⁵. A afirmação de que falta de justa causa não resolve o mérito nem faz coisa julgada material. A função do processo (*iudicium*) é de *acertamento*: resolver a dúvida fundada sobre haver ou não responsabilidade penal atribuível a quem foi acusado.

Porém, a natureza relacional do processo, em um sistema que se quer democrático, reclama o direito, igualmente público subjetivo, à *refutação*, ou *defesa*, que vem a ser elemento da dialeticidade que legitima a decisão judicial. Processo devido não supõe nem exige *resistência*, tanto que a confissão não autoriza julgamento antecipado e a falta de resposta voluntária por defensor constituído será suprida pela nomeação de defensor dativo, mas supõe e exige defesa ampla e contraditório.

A legitimidade da jurisdição e do sistema processual que disciplina sua atuação concreta, internamente, é função do respeito ao devido processo legal (medida do caráter democrático do processo). Externamente é ético-política, substancial e está fundada no caráter democrático da Constituição, que serve de marco e de moldura ao sistema. Nessa ordem de ideias, não é correto falar em um modelo contramajoritário, melhor será dizer metamajoritário, pois a democracia tomada em sentido deliberativo, que fundamenta a legitimidade do processo, contém e vai além da busca de consentimento da maioria.

Pois bem, a imputação será necessariamente referida a um fato, cabendo à prova a reconstrução histórica do evento que é tema da acusação e de tantos outros eventos que sejam influentes para exame do caso. A prova é decorrência da dúvida, da suspeita. A suspeita pode resultar de certezas intuitivas (evidências) ou de elementos não conclusivos (indícios). A prova supõe demonstração, gera conhecimento e permite conclusão racionalizada pela via da oposição dialética de argumentos.

5 Maria Thereza Rocha de Assis Moura fala em existir “uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação e a própria intervenção estatal” em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro**. Orientador: Rogério Lauria Tucci. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1997.

O essencial na prova é buscar concordância, infundir convicção⁶. Mas, com registro da autoridade de opinião em sentido diverso (DALLAGNOL, 2015, p. 41-51), convicção não é crença. *Crença* dispensa demonstração de prova e convicção supõe prova. Crença que necessita ser justificada e que se toma como verdadeira já não é crença. Convicção é *certeza advinda da prova*, logo, é um saber que satisfaz critérios de validade (verdade, justificação e aceitação). Tem objetividade (sua fonte é externa relativamente a seu destinatário), tem suporte em operadores (meios de experimentação e de demonstração) e alcança adesão (proporciona concordância entre quem alega e a quem é dirigida a alegação)⁷.

Da expectativa que uma alegação cria decorre dúvida. Vale a insistência, o esforço da atividade de instrução é alcançar adesão, formando convicção, que afasta aquela dúvida e possibilita tanto a decisão quanto o discurso de justificação que lhe segue, o qual legitimará o convencimento. Há circularidade, pois *certeza* é a meta e é o motivador da convicção. Porém, apenas há justificação se e quando a certeza manifesta uma *convicção* motivada e validada pelo devido processo. Mera convicção íntima não justifica, portanto, não confere autoridade à decisão.

Usualmente, o termo prova exprime a atividade de demonstração ou refutação das alegações. Conforme indica o art. 181 do Código de Processo Penal italiano, são objeto da prova fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena ou da medida de segurança; ao que a doutrina acrescenta os fatos dos quais dependa aplicação de normas processuais e, quando há parte civil, fatos inerentes à responsabilidade cível decorrente de delito. Como foi assinalado acima, o sistema processual penal é dirigido ao estabelecimento de responsabilidade por fato pretérito. O *thema decidendum* envolve o *thema probandum* – objeto da imputação – e *allegatum* – as teses –, razão pela qual é orientado ao passado. Nas glosas medievais se afirmava: *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt* (nada alegar e alegar e não provar é o mesmo).

Prova também significa o procedimento lógico mediante o qual, a partir de um evento percebido (*factum probans*), forma-se convencimento sobre a existência de um fato duvidoso. Esse fato duvidoso, essa suspeita, poderá resultar na informação exigida para

6 Aqui se procurou deliberadamente contornar o problema do conceito de verdade aceitável no processo penal, que se quer democrático. Hassemer, abordando de modo crítico o apego à racionalidade por meio da busca de verdade material, no processo penal alemão, defende conceito mais aberto do que o inspirado em concepções positivistas-normativistas, tão influentes na formação dos profissionais do direito brasileiros. Sustenta que *verdade pode significar ali* [no processo penal], *de um modo mais modesto, que o caso produzido, quando contém os dados relevantes e uma relação completa e correta de uns com os outros, é então o fato verdadeiro. Tal conceito de verdade admitiria a inter-subjetividade, a seletividade, as pré-compreensões e as diferenças de rotinas, ele não reclamaria objetividade.* (HASSEMER, 2005. p. 208.).

7 Sobre o tema com algumas diferenças de visão MARTINS, 2010.

se acusar em juízo (suspeita suficiente) ou numa prova, após ter sido exposta ao contraditório, portanto, apta a fundamentar julgamento do caso⁸. Por exemplo, o testemunho revela a vivência de quem assistiu ao fato, sua percepção, transmitida e acreditada em juízo, infunde convencimento sobre a autoria ou sobre certa circunstância, penalmente relevante, antes duvidosa (uma situação caracterizadora de exclusão da ilicitude ou certo meio de agir que agrava ou qualifica a conduta).

A valoração sobre a existência do fato objeto da prova (*factum probandum*) deve ser preferencialmente direta ou histórica. Nessa situação, a que chamamos simplesmente *prova*, o elemento notado está em relação imediata com o fato duvidoso. Quando a relação é mediata, essencialmente lógica, há *indício*, cujo papel é subsidiário. Juízo, por sua vez, é convencimento formulado a partir de hipóteses testadas na prova sob contraditório. Portanto, o problema do valor atribuído aos elementos colhidos no curso da instrução tem ligação com a função cognitiva do contraditório.

A contrariedade bilateral não é posta apenas a serviço da ampliação do direito de defesa, é também um método de reconstrução das evidências produzidas por iniciativa da acusação e da defesa para alcançar certeza sobre os eventos que influenciarão e servirão de motivos para o julgamento⁹. A certeza é resultante tanto dos rastros do passado que são colhidos no processo quanto da elaboração mental que testa a validade das hipóteses que os vestígios, as memórias narradas e os documentos possibilitam.

3 INEXISTÊNCIA DE ÔNUS DE PROVAR PARA ACUSAÇÃO OU DEFESA

A teoria do ônus, de matriz civilista¹⁰, está ligada à ideia de parte com legitimação para a causa, no sentido de um sujeito que é titular da pretensão, sendo até passível de convenção das partes. Todavia, no processo penal democrático a parte pública, conce-

8 Aury Lopes Júnior diferencia *atos de prova* (prova repetíveis, não receptíveis e prontas), dirigidos ao e praticados ante o juiz, integrados ao processo, destinados a infundir certeza (tutela da segurança) a serviço da credibilidade do julgamento, os quais exigem publicidade, contradição e imediação; dos *atos de investigação* (elementos informativos), dirigidos ao legitimado para agir, referidos a uma hipótese, pré-processual, destinados a convencer sobre probabilidade, que comportam restrições à publicidade, contradição e imediação, a serviço da *opinio delicti* do acusador e do exame da admissibilidade da acusação, e que servem, também, para fundamentar medidas cautelares, os quais são praticados pela polícia e pelo MP (e, a meu ver, também pelo indiciado).

9 No campo do direito processual civil, Antônio do Passo Cabral já em 2005 chamava atenção para que o contraditório, além de exprimir direito de informação e reação, traduz dever de colaboração e participação no instigante *O Contraditório como dever de boa-fé processual objetiva*. (ago. 2005).

10 No Código Civil francês: Art. 1315: "*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*". O art. 373 do CPC dispõe: "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor". Permite nos §§ que se atribua ônus de forma diversa, por força de lei, de peculiaridades da causa ou convenção processual.

bida à luz do papel atribuído ao Ministério Público de instituição de controle da jurisdição punitiva em defesa dos direitos humanos, melhor se acomoda a ideia de representação, na medida em que o poder de punir não é igual à *pretensão de punir*. A pretensão processual que fundamenta o processo é *pretensão de submeter a julgamento* e a pretensão material, na ação penal condenatória, talvez seja mais bem descrita se tomada como exprimindo interesse público (ocasionalmente concorrente com o interesse particular do ofendido, quando este é legitimado para ação penal) na decisão sobre a responsabilidade penal do acusado.

Ora, na formulação clássica, tem-se ônus de provar quem demanda direito próprio e, por essa razão, além de poder dispor sobre o tema, suportará as consequências da ausência de elementos de demonstração do que tiver alegado em juízo¹¹. O *necessitas probandi incumbit ei qui agit* romano, do qual derivam no direito medieval o *actore non probante reus absolvitur* e o *negativa non sunt probanda*, está intimamente relacionado com um processo de partes.

Embora a teoria do ônus da prova esteja ligada à afirmação do princípio dispositivo, pois não há que indagar de repartição de iniciativa probatória nem de seus efeitos num sistema misto de prova legal ou inquisitivo, a adesão ao princípio dispositivo ou da demanda não leva, necessariamente, à repartição de *ônus*. O *interesse em provar*, da defesa, e o *dever de provar*, por parte da acusação, não se confundem com “faculdade-necessidade de provar”, que está na raiz da distribuição de ônus probatório, assim como a inexistência de ônus não interfere no reconhecimento do *direito de provar*, que fundamenta a iniciativa probatória das partes¹².

A visão tradicional sustenta compatibilidade da atribuição de um ônus de provar imperfeito, ou relativo, com o processo penal. No ônus imperfeito, o prejuízo imponible à parte, derivado do descumprimento, não é automático; ao contrário, supõe avaliação do juiz processante. A distribuição do ônus operaria objetivamente como regra de julgamento (corretiva da incerteza) e, no plano subjetivo, como fator de motivação para as partes (decorrente dos riscos inerentes à partilha de encargos). Relativo, porque a

11 Veja-se CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 929-947 (Liv. II, Tit. II, § 45).

12 Direito a prova é direito de acionar e de defender-se provando (Art. 6,3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e art. 14,3, letra “e” do Pacto de Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592, de 6/7/1992; além do Pacto de São José da Costa Rica – Dec. nº 678, de 6/11/1992). Está implícito na Constituição de 1988 (art. 5º, LIV – devido processo, LV – contraditório e ampla defesa, LVII – proibição de culpa presumida) e é explícito, por exemplo, na Constituição da Espanha de 1976 (art. 24,2 “*todos tienen derecho... a utilizar los medios de prova pertinentes para su defensa*”). USA: *adversary system – right of evidence* derivado do *due process of law engloba o right of attendance* – direito de obter comparecimento e o right of confrontation – direito de inquirir e dá lugar às *exclusionary rules* (ex. rejeição do *informer’s privilege* em *Roviaro v. US*), que, por sua vez, fundamentam a *fruits of the poisonous tree doctrine* (*Silverthorne Lumber Co. v. US*, de 1920).

comunhão da prova e o impulso supletivo do juiz (CPP, art. 156, II) possibilitam resolução do caso penal em favor daquele não teve iniciativa probatória.¹³ Para parcela autorizada da doutrina, servindo de exemplo a posição sustentada pouco depois da promulgação da Constituição de 1988 por Antônio Magalhães Gomes Filho, a presunção de inocência resulta na atribuição de ônus da prova exclusivamente ao acusador.

Porém, a discussão doutrinária não tem repercutido na formação da jurisprudência, que segue manejando o conceito e aferindo distribuição de ônus de provar segundo a literalidade do art. 156 do CPP, isto é, atribuindo à acusação fazer prova da existência do fato típico, autoria e causalidade, sendo encargo da defesa comprovar causas de exclusão ou álibis, se os alegar, dando pouco relevo à alteração do texto do art. 386, VI, do CPP, que indica absolvição quando “*houver fundada dúvida sobre a existência*” de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena.

Vale reproduzir ementa de julgamento na 6ª Turma do STJ, conduzido pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 16 de março de 2016, porque representativo da jurisprudência:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OFENSA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não há falar em nulidade absoluta em razão de alegada ofensa ao disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, eis que, diante da apreensão da *res furtiva* em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem.
3. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via

13 Veja-se como representativo dessa posição Renato Brasileiro de Lima, para quem “daí não se pode concluir que não exista mais um ônus subjetivo da prova no sistema processual penal. Na verdade, tal regra continua existindo, na medida em que as partes já têm consciência de que, caso não produzam as provas do quanto foi por elas afirmado, e desde que tal omissão não tenha sido suprida pela produção de ofício da prova, o juiz, ao julgar o caso concreto, se persistir dúvida, aplicará as regras de julgamento sobre o ônus da prova. Daí ser possível concluir que o ônus subjetivo da prova é, no máximo, um ônus menos perfeito ou atenuado”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Ed. Impetus, 2013. p. 579.

estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime em apreço para receptação culposa.

4. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da conduta social do paciente. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular no 444 desta Casa de Justiça. De rigor, o decote no incremento sancionatório.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é adequado o estabelecimento do regime inicial mais brando, tendo em vista que a pena definitiva é inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais são favoráveis, bem como pelo fato de o paciente não ser reincidente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, estabelecido o regime inicial aberto.¹⁴

Também merece referência o acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Edson Fachin, no julgamento da apelação na Ação Penal 975, em 3/10/2017:

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-GOVERNADOR. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. CONDENAÇÃO POR FATOS NÃO NARRADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA, QUE SE IMPÕE. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO, LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DECORRENTE DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO-DESVIO. CONSTATAÇÃO DE SOBREPÊÇO E DIVERGÊNCIA DE QUANTITATIVOS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AU-

¹⁴ No mesmo sentido: TJSP, apelação 0000624-15.2012.8.26.0233: "ROUBO. Materialidade. Auto de apreensão e prova oral que indica a subtração mediante grave ameaça de bens do estabelecimento da vítima. Impossibilidade de desclassificação para furto. Acusado que anuiu com a prática do roubo e a grave ameaça perpetrada por seu comparsa. ROUBO. Autoria. Depoimento de vítima indicando como autor. Validade. Depoimento. Policial que indica a apreensão da res furtiva em seu poder. Validade, só devendo o depoimento policial ser visto com reservas quando presente indício [de] que a acusação visa justificar eventual abuso praticado. A apreensão da res furtiva com o acusado inverte o ônus de prova e impõe à defesa demonstrar posse de boa-fé sob pena de ter-se por provada a autoria. Inteligência do art. 156 do CPP.", DJe, 24 mar. 2015; e TJDF, apelação 20130310360488: "Segundo o art. 156 do CPP, a prova da alegação incumbe a quem fizer. Assim caso se a Defesa alega que o acusado, no momento do crime, agiu em erro de tipo, será seu ônus comprovar tais fatos. De sorte que se não o fizer, poderá o acusado arcar com a devida sentença condenatória", DJe, 1º set. 2014.

TORIA NÃO DEMONSTRADA. PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. A MERA POSIÇÃO DE UM AGENTE NA ESCALA HIERÁRQUICA É INSUFICIENTE PARA, DE FORMA ISOLADA, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA. ABSOLVIÇÃO.

1. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes.

2. Deve-se reconhecer a nulidade absoluta de sentença que, em descompasso com os limites traçados pela exordial acusatória, condena o réu por fatos não narrados na denúncia. A sentença incongruente padece de vício irremediável, na medida em que compromete as garantias de direito de defesa, devido processo legal e ainda usurpa o monopólio da ação penal, concedido constitucionalmente ao Ministério Público. Precedentes.

3. Não são enquadráveis como notórios, ao ponto de prescindir de maior substrato probatório, fatos que demandam tarefa intelectual do autor para serem compreendidos e aceitos, como é o caso de irregularidades relacionadas a complexo procedimento licitatório.

5. Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental, por inegável afinidade com o Direito Penal Objetivo.

6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto.

7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe.

8. Apelação provida, a fim de, preliminarmente, declarar a nulidade parcial da sentença condenatória, por afronta ao princípio da correlação, e no mérito, absolver o réu, por ausência de provas de ter concorrido para o delito (art. 386, V, do CPP).

Decisão – A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação a fim de absolver o réu, com base no art. 386, V, do CPP, nos termos do voto do Relator. Falaram: pelo apelante, o Dr. José Fragoso Cavalcanti, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Edson Oliveira de Almeida. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 3.10.2017. (DJe, de 2/3/2018).

Recorde-se que o direito à prova é direito público subjetivo, com mesma natureza e fundamento do direito de exercer a ação e de defender-se. Seus titulares são as partes no processo, em igualdade de condições, e o sujeito passivo é o Estado, por meio do órgão jurisdicional que admitirá a prova e, uma vez admitida, terá que considerá-la no julgamento da causa. Ao direito afirmativo à prova (que emana do devido processo, visto como direito a um processo justo, se, quando e porque participativo), corresponde um direito à exclusão das provas inadmissíveis, por terem sido obtidas ilicitamente, serem impertinentes ou serem irrelevantes (que emana das “provas legais negativas” – limitações à atividade da instrução e ao livre convencimento do juiz para condenar). O controle da admissibilidade decorre de um exame sobre validade e eficácia a partir de um juízo antecipado de inconveniência. A inadmissibilidade é anterior à prática do ato e pode ser até mais grave nas suas consequências do que a nulidade, que é o reconhecimento de um vício contemporâneo ao ato examinado, pois a nulidade pode não acarretar a invalidação ou inibição integral dos efeitos do ato viciado¹⁵.

Vai por bom caminho o projeto de reforma global do processo penal (PL nº 8.045/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados) ao se afastar da redação do art. 156 do CPP, deixando de falar em incumbência de provar (na fórmula original e na modificada pela Lei nº 11.690, de 2008: art. 156 – *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...*). Seguindo a fórmula do art. 190 do Código de Processo Penal italiano, a proposta de redação para o art. 175 estabelece que “*as provas serão propostas pelas partes*” (Substitutivo do Relator Deputado João Campos, de abril de 2018).

Que não há um ônus de provar por parte da defesa é algo muitas vezes repetido¹⁶. Contudo, dessa afirmação não decorre aceitar que a defesa não tenha nenhum compromisso com a apresentação de razões ou contrarrazões diante do pedido formulado pela acusação. Defesa pressupõe processo que pressupõe acusação dirigida em face de um agente imputável, de uma pessoa capaz. Não faz sentido e nada justifica tratar o imputado como se fosse um incapaz, pessoa desprovida de discernimento e responsabilidades. Além do mais, falta de refutação compromete a legitimidade do processo, porque bloqueia a descoberta e a construção das melhores razões. É por isso que não há devido processo penal sem defesa substantiva ou sem contraditório.

15 A Constituição de 1988, art. 5º, LVII, e o CPP, art. 157, cuidam da inadmissibilidade das provas ilícitas. A Constituição de Portugal art. 32º, 8 traz referência a provas nulas, que são as “obtidas mediante tortura, coação, ofensa a integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

16 Veja-se nesta linha, além do influente artigo de Antônio Magalhães Gomes Filho antes mencionado, FERRAJOLI, 2006, p. 152.

4 CONCLUSÃO

O direito mediado no processo não é vontade arbitrária. Os atributos do meio processual impõem atender a postulados autocríticos que incidem na formação das razões (postulações e argumentos das partes) e na decisão (válida, se e quando, racionalmente motivada). O “eu” dos atores do processo é “ser-no-mundo da vida”, não é simples “dado pressuposto” nem é um “soberano/tirano”, cuja vontade impera contra tudo e contra todos; nem o “eu” do juiz que resolve o caso nem o do acusador que instaura a demanda, também não o do réu, independentemente de haver resistido à acusação ou confessado, ou mesmo delatado, de a confissão ser ou não premiada.

Todavia, a acusação pública também não tem ônus, tem direito e dever de buscar prova, pois não está comprometida com a punibilidade. A absolvição, embora formalmente traduza sucumbência, por espelhar improcedência do pedido de impor sanção penal ao agente do fato narrado na denúncia, não é derrota, na medida em que o acusador público não está deixando de cumprir seu papel. Com a absolvição do réu inocente ou impunível, o Ministério Público não deixa de realizar sua missão institucional, que é a de promover justiça. A regra de julgamento constitucionalmente imperativa de, na dúvida, atender-se ao interesse do réu, é regra dirigida ao juiz, que não pode negar jurisdição por não ter formado convencimento firme.

Caso fosse possível falar em fracasso na persecução penal, sempre em sentido figurado, não jurídico, no processo penal democrático, o fracasso da acusação seria a extinção sem resolução do mérito (nestes casos, não é cumprida a função social de lançar luz sobre a suspeita fundada de responsabilidade penal). É de notar que, no modelo processual penal brasileiro, a absolvição sumária, fora da hipótese de reconhecimento da extinção da punibilidade, sempre supõe convicção, ou existência manifesta de causa justificadora, de causa exculpante ou fato evidentemente atípico (CPP, art. 397).

Nem na absolvição por convencimento sobre a inocência nem na absolvição em atendimento ao *favor rei* se pode falar em consequência desfavorável que atinge a “parte” que promoveu ação, por descumprimento de condição imposta para validar seu poder de agir. Como a defesa está protegida pelo benefício da dúvida, naturalmente está a salvo de consequências, caso não tome a iniciativa de produzir prova do que alegou.

Portanto, respeitado o sistema de garantias do acusado, desenhado na Constituição de 1988 e integrado pelo compromisso assumido no Pacto de São José da Costa Rica, um modelo erguido em nome da justiça do julgamento sobre a prática de possível delito e ain-

da estabelecido claramente o papel da acusação num sistema processual democrático, nada resta que se assemelhe ao que a doutrina processual civil chama de ônus de prova.

Desse reconhecimento decorre que: 1. não faz sentido exigir da acusação pública prova negativa (LIMA, 2016, p. 129-148) de nada (por exemplo, de vício de vontade nas declarações de coimputado colaborador alegado por terceiro); 2. simples alegação de causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade não acarreta ônus para a acusação nem para a defesa; a questão será resolvida pela regra de decisão do art. 386, VI, parte final do CPP; 3. não se pode impor à vítima de crime de discriminação o fardo de provar a intenção depreciativa (DANIS-FANTÔNE, 2016) daquele que praticou uma conduta que é objetivamente percebida como ofensiva à dignidade com base em aspectos de identidade como raça, cor, etnia, religião, origem, idade ou deficiência (CP, art. 140, § 3º); 4. o juiz criminal atua como gestor da prova e instância de controle do risco de excesso no poder de agir e de abuso do direito de defesa, logo: a) pode indeferir provas requeridas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 108.961. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça eletrônico**, 8 ago. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). HC 219.365. Relatora: Min. Regina Helena Costa. **Diário de Justiça eletrônico**, 21 out. 2013), b) não há preclusão *pro judicato*, podendo o exame de admissibilidade de prova ser reconsiderado a qualquer tempo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 131.358. Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça eletrônico**, 23 nov. 2015); e d) enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação e da defesa e houver uma fonte de prova não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou *non liquet* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). AgReg REsp 1.212.492. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. **Diário de Justiça eletrônico**, 2 maio 2014.).

Referências

- ARANHA, Adalberto Torquato de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever de boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59 et seq., ago. 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Gênese. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 9, p. 606-609, jul./set. 1998.
- CHIOVENDA, Guiseppa. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no Processo**. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DANIS-FANTÔNE, Anne. *Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations?* **La Revue des Droits de l'Homme**, v. 9, 2016. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revdh/20151>.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução e Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. *In*: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo (org.) **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Ed. Impetus, 2013.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. II.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro**. Orientador: Rogério Lauria Tucci. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1997.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. **Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos**. Bogotá: Legis, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

10 PERSECUÇÃO PATRIMONIAL POR MEIO DE INVESTIGAÇÃO FINANCEIRA

Tiago Misael de Jesus Martins¹

Resumo: O crime organizado de modelo empresarial age como as empresas lícitas do mundo capitalista. Enfrentamento dessa forma de criminalidade pressupõe disseminado conhecimento dos mecanismos de investigação financeira voltado ao descobrimento e à documentação de fatos financeiros para efeito de prova. Essa investigação financeira possui estreita intersecção com as técnicas especiais de investigação e procura estabelecer um método de coleta, análise e uso de dados financeiros com o objetivo de desvendar ilícitos que geram produto ou proveito, seja no aspecto cível, seja no aspecto criminal. A matéria se insere com importância no esforço internacional de combate à lavagem de dinheiro, à recuperação de ativos e ao financiamento do terrorismo e das organizações criminosas.

Palavras-chave: Investigação Financeira. Lavagem de Dinheiro. Financiamento ao Terrorismo. Crime Organizado. Recuperação de Ativos.

Abstract: *Organized crime of the business model acts like licit companies of the capitalist world. Confronting this form of crime implies widespread knowledge of the mechanisms of financial investigation aimed at the discovery and documentation of financial facts for the purpose of proof. This financial investigation closely intertwines with special investigation techniques and seeks to establish a method of collecting, analyzing and using financial data with the purpose of uncovering illicit proceeds or profit, be it in the civil or criminal aspects. The matter is important in the international effort to obtain asset recovery and to combat money laundering and the financing of terrorism and criminal organizations.*

Keywords: *Financial Research. Money laundry. Financing of Terrorism. Organized crime. Asset Recovery.*

“Sempre siga o dinheiro. Inevitavelmente, ele vai levar a uma porta com painéis de carvalho e atrás dela estará Mr. Big”

(BORRELL; CASHINELLA, 1975).

1 Mestre em Direitos Humanos pela UFPB, especialista em direito civil e processo civil pela UGF, especialista em direito público pela ESMPU, especialista em sistemas de justiça criminal pela ESMPU e procurador da República.

1 INTRODUÇÃO

Ilícitos que objetivam produtos e proveitos para seus agentes existem desde o momento em que foi editada a primeira lei. No último século, todavia, à medida que as sociedades industriais foram desenvolvendo mecanismos cada vez mais sofisticados de comercialização internacional de produtos e serviços, floresceram os ilícitos que utilizam as estruturas econômicas empresariais e os caminhos do sistema financeiro, em ascendente sofisticação dos meios utilizados por organizações criminosas e, posteriormente, por grupos terroristas. Os ilícitos advindos desse processo se valem de complexas operações de lavagem de dinheiro e dificultam sobremaneira a atuação dos Estados em investigar as condutas e recuperar os ativos confiscáveis.

Não por outro motivo, o uso do sistema financeiro por criminosos para transferir, guardar ou dissimular o lucro do crime, hodiernamente, desafia os órgãos de investigação do Estado a coletarem, analisarem e apresentarem provas das movimentações financeiras usadas para tal desiderato, como forma de robustecerem e possibilitarem a persecução penal perante o Poder Judiciário e a recuperação dos ativos envolvidos. Com o objetivo de contribuir para esse debate no Brasil, o presente texto trata da Investigação Financeira (IF) como uma das abordagens investigatórias possíveis aos agentes de aplicação da lei na tentativa de desvendamento de crimes e ilícitos civis que geram produto ou proveito.

A Investigação Financeira se detém sobre assuntos relacionados à conduta ilícita, intentando identificar e documentar, para fins de prova, o movimento de dinheiro durante o curso da atividade criminal. A relação entre a origem dos recursos e seus beneficiários, quando aquele é recebido e onde está investido ou depositado, tudo pode providenciar informações e provas sobre a atividade criminosa (FATF, 2012, p. 3).

Dito de outra forma, a Investigação Financeira é um método que procura conectar pessoas a outras pessoas, locais e eventos por meio de fatos financeiros. A IF se refere à coleta, à análise e ao uso de informações financeiras por parte de órgãos do Estado e pode ser aplicada no contexto de investigações criminais, civis, administrativas ou fiscais (SLOT, p. 9-17).

Um conceito fundamental para a IF é o de *informação financeira* ou *dado financeiro*, que representa todos os tipos de informação ligados a dinheiro, ativos, despesas e finanças. Trata-se, portanto, de informação presente em quase todos os aspectos da vida de uma pessoa (sua casa, trabalho e planos, presentes e futuros). Os métodos transacionais

não baseados em moeda física, como os cartões de crédito e cartões de fidelidade de loja, e igualmente geram informações financeiras. A informação financeira é aquela sobre assuntos financeiros de alvos que ajudariam a entender sua natureza, recursos, estrutura e capacidade, ela ajuda a prever futura atividade e a localizar ativos (FATF, 2012, p. 18).

De acordo com os *standards* internacionais do FATF/Gafi, a Investigação Financeira possui os seguintes objetivos: a) identificar os produtos e proveitos do crime, rastreando ativos e iniciando o confisco cautelar por meio de sequestros ou indisponibilidades²; b) iniciar uma investigação sobre lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo; e c) descobrir a estrutura econômica e financeira da organização criminoso investigada, romper redes de contatos transnacionais e acumular conhecimento sobre eventuais parceiros da empreitada (FATF, 2012, p. 6)³.

A IF é gênero que abarca quatro tipos de possíveis investigações, cada uma destinada a atender seus objetivos: a) investigação patrimonial, voltada ao rastreamento de ativos e ao sequestro cautelar e confisco final; b) investigação financeira voltada à lavagem de dinheiro; c) investigação financeira contra financiamento do terrorismo; e d) investigação financeira voltada a organizações criminosas. No caso do presente artigo, desenvolver-se-á o método de investigação financeira à luz do objetivo de instrumentalizar o Estado de elementos sobre ativos confiscáveis e viabilizar uma bem-sucedida persecução patrimonial.

2 COLETA DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS

Na literatura estrangeira, utiliza-se o termo investigação financeira (IF) para o complexo de atividades de **coleta, análise e uso** de informações financeiras pelos órgãos de aplicação da lei (BROWN, 2012). Embora este artigo apresente uma sugestão me-

2 No Brasil, o que se chama "medidas cautelares reais" ou "medidas assecuratórias" no CPP é dividido pela doutrina internacional em: I) sequestro (*seizure*), também chamado de apreensão ou embargo, envolve a tomada física da posse do bem objeto da medida; e II) restrição (*restraint*), também conhecida como bloqueio, toma a forma de mandado que restringe a disposição do alvo sobre o bem, sem desapossamento (BRUN; GRAY; SCOTT, 2011, p. 75-76). Alguns diplomas internacionais e doutrinadores ainda usam termos como congelamento (*freezing*) e bloqueio (*blocking*), ambos englobados pelos conceitos de sequestro e restrição acima referidos.

3 Além desses, o *Roteiro de Persecução Patrimonial e Administração de Bens do MPF* indica outros objetivos da IF: "Como gênero, a investigação financeira possui os seguintes objetivos: (a) identificar os produtos e proveitos do crime, rastreando ativos e iniciando o *confisco cautelar* através de sequestros ou indisponibilidades; (b) iniciar uma investigação sobre lavagem de dinheiro; (c) descobrir a estrutura econômica e financeira da organização criminoso investigada; (d) romper redes de contatos transnacionais; e (e) acumular conhecimento sobre eventuais parceiros da empreitada. Além disso, a investigação financeira (f) evidencia a existência de interpostas pessoas, empresas de fachada, novos fatos delitivos e novas fontes de prova; (g) facilita a descoberta de pessoas físicas e jurídicas que participaram do *iter* criminoso, conspiraram para a prática delitiva ou promoveram a lavagem de seu produto; (h) viabiliza a identificação dos líderes da organização criminoso, que, embora possam ser desconhecidos pelo agente que pratica o verbo típico, invariavelmente figuram como beneficiários dos lucros da empreitada; (i) dá uma resposta imediata à sociedade e ao mercado; (j) cria inteligência para outros casos; e (l) constitui fator de motivação para a pactuação de acordos de colaboração premiada" (MPF, 2017, p. 41-42).

todológica para a investigação financeira, parece certo que as medidas adequadas a cada caso devem ser determinadas pelo próprio caso. Somente ele exige as medidas necessárias ao seu próprio sucesso – e esta talvez represente regra de ouro de qualquer esforço investigativo. Os investigadores financeiros precisam ter em mente que devem pacientemente “seguir o dinheiro” (*follow the money*); nos crimes aqui tratados, se o dinheiro não é seguido, o crime compensa (UNODC, 2012, p. 35-36).

Não obstante as dificuldades decorrentes do fluxo globalizado e instantâneo de ativos na contemporaneidade, deve-se ter em mente que o patrimônio criminoso é sempre o objetivo do crime. Os criminosos gostam de manter algum grau de controle sobre seus ativos e, como resultado, há geralmente uma “trilha de papel” (*paper trail*) que pode conduzir a investigação de volta ao infrator. Essa trilha de papel também pode ser seguida para identificar infratores adicionais e para localizar provas e instrumentos utilizados para cometer os crimes (FATF, 2012, p. 7).

Parece ser de fácil inteligência que a IF se vale, normalmente, de um conjunto – por vezes volumoso – de dados obtidos de diversas fontes de informação. A atividade de coleta desses dados demanda anterior processo de delimitação daquilo que deve ser coletado, para o qual se sugere o emprego da Inferência para a Melhor Explicação.

2.1 Inferência para a Melhor Explicação e Plano de Coleta de Dados

Investigadores financeiros desenvolvem hipóteses baseadas em informações disponíveis. A hipótese imaginada determina a extensão e o tipo de informação exigida para provar seu mérito. Identificar o tipo de informação necessária permite ao investigador determinar onde essas informações estão guardadas (se em fontes abertas ou fechadas, por exemplo). Uma vez que o investigador determinou qual informação é necessária e onde ela está armazenada, ele pode prever os métodos e desafios para obtê-la (por exemplo, acesso direto a bancos de dados públicos, acesso mediante requisição direta, quebra judicial de sigilos etc.). Ele implementa um plano de coleta de dados que leva à obtenção bem-sucedida de informações necessárias à prova da hipótese (FATF, 2012, p. 17).

Partindo da moderna percepção de que, em Direito, provar é o mesmo que argumentar, três são os conceitos-chave para identificar o processo por meio do qual se formam crenças embasadas (conclusões) a partir de crenças embasadoras (premissas): a *evidência* (crenças/proposições embasadoras e crenças/proposições de *background*), a *hipótese* (crença/proposição embasada) e a *inferência* (processo de raciocínio que

transforma a matéria-prima no produto final, ou seja, a evidência em hipótese) (DALLAGNOL, 2015, p. 51).

Esse processo de inferência, aplicado ao estudo das teorias probatórias em Direito, pode ser encarado sob diversos prismas (dedutivo, indutivo, analógico, bayesianismo etc.), destacando-se no presente trabalho as características gerais daquele processo que se preocupa em quão bem a hipótese explica a evidência, ou seja, a inferência (ou abdução) para a melhor explicação – IME (*inference to the best explanation – IBE*).

Como gênero, a inferência pode ser dedutiva ou indutiva. No primeiro caso, se as premissas do silogismo são verdadeiras, a conclusão do raciocínio o será também – todavia, raramente as pessoas se deparam com premissas incontestáveis na vida real. Inferências indutivas, por outro lado, são “não demonstrativas” no sentido de que, mesmo verdadeiras as premissas, a conclusão não pode ser indubitavelmente demonstrada. As provas judiciais envolvem, primariamente, inferências indutivas (PARDO, 2007).

As inferências indutivas possuem duas categorias: a indução enumerativa (que obedece ao princípio do “mais do mesmo”) e a **indução abdutiva**, que envolve inferir uma conclusão (ou hipótese) que explica as premissas dadas (ou evidências) (PARDO, 2007), conclusão esta que, embora altamente provável, não garante 100% de certeza. É justamente essa inferência abdutiva que fundamenta a IME.

Em termos gerais, a IME indica que, dada certa evidência (ou conjunto de evidências), dentre as diversas hipóteses que podem ser formuladas para explicar a evidência (ou conjunto de evidências), a hipótese provavelmente verdadeira é aquela que melhor explica a evidência (ou conjunto de evidências). Nas palavras de Josephson *et al.*, a IME vai de dados descrevendo algo para uma hipótese que melhor explica ou dá conta dos dados (*apud* DALLAGNOL, 2015, p. 111). Em texto clássico de 1965, Gilbert H. Harman, criador do termo “inferência para melhor explicação”⁴, escreve que, ao fazer essa inferência, infere-se do fato de que certa hipótese explicaria a evidência para a verdade daquela hipótese (HARMAN, 1965).

O uso da inferência para a melhor explicação não se circunscreve à teoria das provas em Direito, mas constitui método de pensamento largamente utilizado em todas

4 Embora Charles Sanders Peirce tenha, em 1865, defendido primeiramente a existência de três tipos de inferência (dedução, indução e abdução) (DALLAGNOL, *op. cit.*, p. 112).

as áreas do conhecimento⁵, inclusive no dia a dia. Em muitas áreas da vida, a partir da constatação de que certa hipótese explica dado fenômeno, inferimos que a hipótese é verdadeira. E quando várias hipóteses explicariam um dado fenômeno, inferimos aquela que o explica melhor. A prova nos processos judiciais envolve similar prática inferencial (PARDO, 2007).

A IME pode ser vista a partir de duas caracterizações não excludentes: uma *perspectiva estática*, como um tipo de inferência que caracteriza e guia uma forma específica de argumento; ou uma *perspectiva dinâmica*, como processo inferencial ou método em que hipóteses são formuladas, avaliadas e testadas de múltiplos modos (DALLAGNOL, 2015, p. 115).

Como **argumento estático**, a IME pode ser assim descrita: a) dado um conjunto de evidências que demandam explicações; b) se alguma hipótese explanatória for verdadeira, ela explicaria o conjunto de evidências; c) o conjunto de hipóteses explanatórias é resultado de esforço para conceber todas as hipóteses explanatórias plausíveis; d) se certa hipótese fornece a melhor explicação para as evidências, entre todas as hipóteses plausíveis; e) logo, esta hipótese é (provavelmente) verdadeira (DALLAGNOL, 2015, p. 115).

De acordo com Peter Lipton, no artigo *Inference to the Best Explanation* (LIPTON, 2000), a IME pode ser vista como extensão da ideia de explicação autoevidente, na qual o fenômeno que é explicado (evidência) proporciona uma parte essencial da razão pela qual se acredita que a explicação (hipótese) está correta, em uma curiosa, mas benigna, circularidade. Vale dizer, a hipótese explica as evidências, enquanto as evidências justificam a hipótese (PARDO, 2007).

Ademais, na IME pergunta-se o quanto a hipótese, se verdadeira, explicaria a prova (evidência). Quando em face de múltiplas provas (evidências), a questão é saber quais hipóteses explicariam todas as provas e, dentre elas, qual a melhor potencial explicação (DALLAGNOL, 2015, p. 118). A partir daí, questiona-se o que significa uma hipótese explicar uma evidência; ou melhor, para a IME, o que significaria *explicar*. Para Peter Lipton, explicar um fenômeno é dar informações sobre seu mecanismo de causa e efeito. Para tanto, ele utiliza, no artigo citado, uma “questão de contraste”, procurando identificar alguma causa que tenha aparecido na história causal do fato e que não tenha ocorrido na história causal de seu contraste, isto é, algo capaz de explicar por que o efeito existe em um caso e não em outro (LIPTON, 2000). Uma hipótese explica a evidência, no contexto

⁵ Sobre o uso da IME na literatura policial, ver o livro: ECO, Umberto; SEBOK, Thomas A. **The Sign of three**: Dupin, Holmes, Peirce. Bloomington : Indiana University Press, 1988.

da IME, quando explicita seu mecanismo de causa e efeito, buscando identificar causas que tenham ocorrido naquele caso especificamente.

Como é de imaginar, o conjunto de possíveis hipóteses para um dado conjunto de evidências é somente limitado pela imaginação humana. Na prática, as pessoas não consideram todas as possíveis explicações. Na determinação da hipótese, aplica-se um “filtro de plausibilidade”, de modo que, a partir do conhecimento de *background* da pessoa⁶, busca-se filtrar, dentre todas as hipóteses possíveis, apenas aquele conjunto de hipóteses plausíveis (DALLAGNOL, 2015, p. 121).

Entendido o que significa explicar as evidências, outra questão que se impõe diz respeito à precisão do conceito de que a hipótese *melhor* explica a evidência, ou seja, o que seria *melhor* explicar? Para Lipton, a conjugação de uma série de critérios conduzem à seleção da melhor hipótese, e são eles a *consiliência* (quanto mais classes de fatos a hipótese explicar, melhor), *simplicidade* (a hipótese que explica de forma mais simples entre as possíveis), *analogia*, *coerência* (hipótese que melhor se encaixa na evidência disponível), *mecanismo* (explicação do *modus operandi*) e *conhecimento de background*.

A força de uma hipótese reside em quão decisivamente ela supera as hipóteses alternativas; em quão boa ela é por si mesma, independentemente das hipóteses alternativas; quão completa foi a busca por hipóteses alternativas; quão forte é a necessidade de chegar a uma conclusão, especialmente considerando a possibilidade de colher evidências adicionais antes de decidir; os custos de estar enganado e as recompensas de estar certo (DALLAGNOL, 2015, p. 129).

Como **argumento dinâmico**, a IME pode ser vista como o processo de colheita de evidência, geração de hipóteses explanatórias, formulação de predições baseadas nas hipóteses e realização de testes das predições. Para Deltan Dallagnol, aqui reside a maior força da IME, quando é usada como método e guia para raciocínio e ação (2015, p. 131).

Para o autor, investigações em geral seguem esse método, embora, na maior parte das vezes, a conformidade não é conscientemente considerada ou planejada. Dentro da

⁶ “Para Lipton, essa avaliação de plausibilidade, a qual é impregnada de conhecimento de fundo, também é guiada por considerações de cunho explanatório. Ele argumenta que as crenças que compõem nosso *background* são elas próprias produto de inferências explanatórias prévias exitosas, porque nós estocamos os bons resultados de inferências explanatórias para uso futuro. A seleção das hipóteses potenciais como candidatos segue uma análise de sua coerência com nossas crenças de fundo. ‘Na medida em que nós sabemos mais sobre o mundo, nós não apenas sabemos mais, mas nós também nos tornamos instrumentos inferenciais melhores’” (DALLAGNOL, *op. cit.*, p. 121).

perspectiva dinâmica, é possível observar o desdobramento, no processo inferencial, de muitas atividades que incluem a formulação de hipóteses, a formulação de predições com base nas hipóteses, o teste das predições, a reformulação das hipóteses, a formulação de novas predições, a realização de novos testes, e assim por diante. Citando a doutrina estrangeira, Deltan Dallagnol anota que a investigação de fatos é uma atividade dinâmica e, na medida em que prossegue, o investigador com frequência tem hipóteses em busca de evidências e, ao mesmo tempo, evidência em busca de hipótese (2015, p. 131).

O processo de formulação de hipóteses, predições e testes é conduzido segundo um “princípio de parcimônia”, o qual significa que, entre a infinidade de possibilidades em relação ao teste das hipóteses, opta-se por aquelas que otimizarão o tempo e a energia empregados, com o objetivo de alcançar os resultados de modo eficiente. O que fazemos, a todo o tempo, é selecionar as hipóteses mais plausíveis, formular predições de evidências que encontraríamos caso elas fossem verdadeiras, e procurar tais evidências, testando as hipóteses para, nesse processo, ranqueá-las e tentar chegar a uma conclusão com maior ou menos nível de convicção (DALLAGNOL, 2015, p. 132). Em qualquer investigação, quatro diferentes tipos de atividade se entrelaçam repetidamente, para trás e para frente no tempo: colheita econômica de evidências; formulação de explicações plausíveis; predições com base nas explicações mais plausíveis e econômicas; e teste econômico das predições (DALLAGNOL, p. 134).

A importância do conhecimento de como funciona a IME, descrevendo os passos que utilizamos para formulação de hipóteses a partir de evidências, especialmente na teoria das provas, implica a capacidade de descrever e estabelecer método para a prática probatória, de desenvolver conhecimento teórico para além da habilidade prática e de ganhar ferramentas para desempenhá-la com efetividade muito maior (DALLAGNOL, 2015, p. 138).

Ademais, vê-se a IME absolutamente imbrincada com a percepção de que nas investigações e processos judiciais não é correto discutir o peso de uma prova, mas o peso do conjunto probatório inteiro ou, mais simplesmente, o **peso das hipóteses** (DALLAGNOL, 2015, p. 139). Igualmente, a IME é fundamental para o correto entendimento e avaliação do limiar ou patamar de demonstração requerido por um dado *standard* probatório (p. 143).

A partir dessas considerações, é possível traçar um plano de coleta de dados financeiros (os quais, em IME, seriam evidências). Em face das evidências disponíveis, o investigador financeiro desenvolve hipóteses que, por sua vez, demandam busca por novas evidências, no processo dinâmico de confirmação e refutação. Desenvolvidas as

hipóteses, identifica-se o tipo de informação a ser coletada (evidência), em que essas informações estão depositadas (fontes abertas ou fechadas), o método de coleta (se necessário autorização judicial, por exemplo) e, por fim, realiza-se a coleta do dado financeiro. Com a coleta, essas evidências (dados financeiros) são submetidas ao processo dinâmico de confirmação e refutação da hipótese em momento seguinte, aqui descrito como análise financeira.

Esse raciocínio pode ser apresentado pelo seguinte gráfico:

Plano de Coleta de Dados

- 1º passo:** desenvolver a hipótese a partir das evidências disponíveis (IME).
- 2º passo:** identificar o tipo de informação (evidência) a ser coletada.
- 3º passo:** identificar o repositório dessas informações (fontes abertas ou fechadas).
- 4º passo:** identificar o método de coleta (por exemplo, tipo de provimento judicial adequado ao caso, afastamento fiscal, bancário, telemático etc.).
- 5º passo:** realizar a coleta do dado.

Dito isso, aqui se optou por apresentar a metodologia para coleta de informações financeiras baseada em uma **fase sigilosa**, encetada para permitir adoção de medidas de coleta da informação sem conhecimento do alvo, máxime em decorrência da real possibilidade de rápida dissipação patrimonial e destruição de provas por modernos meios tecnológicos; e em uma **fase ostensiva**, na qual essa precaução não se faz mais necessária, seja, *v.g.*, por não ter sido localizado nenhum ativo na fase sigilosa ou por a previsão de que os bens a serem descobertos por medidas adotadas na fase ostensiva compensar o descarte da surpresa das medidas de constrição cautelares.

No início da fase sigilosa, quando o investigador desenvolve sua hipótese, as primeiras informações a serem coletadas dizem respeito aos alvos sobre os quais se concentrará a investigação para avançar no objetivo de seguir o dinheiro. Para a escolha dos alvos sobre quem recairá inicialmente a investigação, parece ser óbvia sugestão seguir dos níveis inferiores da organização criminosa, subindo na cadeia de comando à medida que se identificam os beneficiários dos lucros do crime (UNODC, 2011, p. 37).

Essa escolha dos alvos implica atividade de coleta de informações a seu respeito, com o objetivo de conhecê-lo (*know your target ou know your subject*). Nas grandes investigações, recomenda-se que o investigador elabore um arquivo do alvo (*subject profile*), com o objetivo de organizar as informações coletadas sobre ele durante toda a investigação. Esse *subject profile* vai sendo preenchido à medida que a investigação

avança, com os dados básicos dos alvos, seus familiares e associados, compreendendo sócios formais e informais. Tal arquivo deveria conter, no mínimo, os seguintes dados:

- nome completo do alvo, CPF, RG, data de nascimento, profissão, eventual participação societária, endereço etc.;
- mesmos dados em relação à esposa (e eventuais ex-esposas), aos filhos, aos avós (paternos e maternos), tios, sobrinhos;
- mesmos dados em relação aos sócios formais e informais e procuradores;
- números de telefones e e-mail; e
- fotografias de todos os alvos.

Esse *subject profile* é concebido para organizar informações e tentar responder à clássica máxima 5W2H⁷ (BRUN; GRAY; SCOTT, 2011, p. 45). Para preenchimento dos dados do alvo nesse arquivo organizado, deve-se identificar onde essas informações estão depositadas (fontes abertas ou fachadas) e os métodos para sua coleta (obtenção direta ou autorização judicial), como constante do gráfico acima.

2.2 Fontes abertas, fechadas e retroalimentação

Parece ser intuitivo que grande parte desses dados se encontre em **fontes abertas** de informação. Manuseio das chamadas fontes abertas (especialmente aquelas baseadas em dados constantes da internet, desde que confiáveis e confirmados) pode facilitar muito a investigação financeira, no sentido de que a informação está imediatamente à disposição do pesquisador, que já corta tempo para se dedicar à análise.

Toda investigação começa devagar e toma fôlego à medida que informações e dados vão sendo acumulados (UNODC, 2012, p. 41). Para a reunião dessas informações, o investigador lança mão primeiro das chamadas fontes abertas (*open sources*), consistentes em toda informação publicamente disponível na internet, mídias sociais, mídia impressa e eletrônica, bem como registros mantidos por órgãos públicos ou entes privados, mas de acesso ao público (FATF, 2012, p. 18). Subconjunto muito notável de informação de fonte aberta é a chamada “literatura cinzenta”, consistente em pesquisas, relatórios técnicos, econômicos, documentação de conferências, dissertações e teses acadêmicas, documentos de discussão, boletins informativos etc. (UNODC, 2011, p. 12).

⁷ Em inglês, a sigla significa *What, When, Where, Why, Who, How, How much*.

A ressalva que sempre se faz sobre as fontes abertas é de que o investigador deve observar a confiabilidade do repositório público da informação. Dados públicos de sites governamentais suscitam menos suspeitas quanto à sua veracidade do que informação colhida em uma rede social. Muitos dados que provêm de fontes abertas, dependendo de quem as produz, podem ser tendenciosos, imprecisos ou simplesmente sensacionalistas.

Alguns consideram as fontes de informação disponíveis na internet como divididas em três categorias: fontes públicas, que são acessíveis a qualquer pessoa; semipúblicas, aqueles sítios cujo acesso é restrito a certos usuários, mas permite que as pessoas se candidatem a usuário, mediante pagamento ou simples cadastro no sítio; e privadas, nas quais a informação está disponível apenas a certo grupo de membros, sem permitir que qualquer pessoa possa se tornar membro, via pagamento ou cadastro. Dependendo da configuração, alguns sites podem conter informações públicas, semipúblicas e privadas ao mesmo tempo, como o site de relacionamentos Facebook (GOETZ, 2011, p. 25-26)⁸.

Entre todas as fontes abertas, recomenda-se partir primeiro daquelas acessíveis por sistemas informáticos. Cada órgão de investigação no Brasil possui sistemas informáticos com repositórios de dados públicos que podem ser usados nas investigações financeiras. Por exemplo, o Ministério Público Federal, o Ministério Público dos Estados, a Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União e a Receita Federal possuem extensos bancos de dados públicos que podem ser acessados por seus investigadores para preenchimento daquele *subject profile*.

Afora esses sistemas próprios, os órgãos de investigação obtêm informações sobre os alvos na internet, especialmente nos sítios das justiças federal, estadual (especialmente ações de cobrança, divórcio, alimentos, falência e execuções fiscais) e trabalhista (especialmente execuções trabalhistas); declaração de bens da justiça eleitoral; consulta aos sites do TCU e TCE (especialmente quando mantidas bases de dados sobre despesas públicas no estado); sites de pesquisa, matérias jornalísticas, redes sociais e notícias veiculadas na mídia sobre o alvo⁹; consulta a diários oficiais etc.

⁸ A classificação de fontes desses repositórios que necessitam de login e senha entre as fontes abertas não é unânime. Na verdade, há quem trate como fontes abertas somente aquelas que não exigem nenhuma restrição a seu acesso e fontes fechadas aquelas que dependem de algum tipo de autorização (WENDT, 2013, p. 35). No presente trabalho, usa-se a classificação de Brun, Gray, Scott (2011, p. 48).

⁹ Nos casos da investigação patrimonial, podem se revelar valiosa fonte de informação as matérias jornalísticas e informações disponibilizadas pelos réus em redes sociais. Certificando-se da veracidade da informação por outros meios (fontes abertas ou fechadas), o investigador financeiro não deve ter pudores de utilizar tais fontes eletrônicas como indícios da existência de bens do alvo.

Não é a intenção deste trabalho escrever sobre as fontes de pesquisa abertas, mas somente apresentar sua existência e utilidade no contexto da IF. O mínimo que se pode exigir de um investigador financeiro é que esteja familiarizado com o maior número possível de repositórios públicos de dados, cujas informações estão acessíveis pela rede mundial de computadores ou por intermédio de requisição.

Com reunião das informações contidas em fonte aberta, preenchidos em cada caso os requisitos previstos em lei, pode-se buscar acesso a **fontes fechadas** de informação, entendidas como aquelas a que o investigador não tem acesso, via pesquisa direta ou requisição, sem necessidade de intervenção judicial¹⁰. As fontes fechadas são normalmente identificadas como sujeitas a sigilo legal, tais como os dados bancários, fiscais, telefônicos, telemáticos etc. A coleta de informações financeiras constante de fontes fechadas é o maior produtor de dados analisáveis em uma IF.

Pedido judicial de afastamento do sigilo bancário pode se dar para obtenção de dados bancários não cadastrais¹¹, como extratos, comprovantes de depósito, saque ou transferência, cheques, investimentos financeiros em produtos e aplicações sob administração das instituições financeiras, extratos de cartão de crédito, acesso às fitas-detalhe de determinada operação¹² etc. Em decorrência da política antilavagem de dinheiro de impor às instituições financeiras os procedimentos de *know your customer*, as informações constantes dos cadastros bancários podem representar importante fonte de informação sobre os alvos. Para uma IF, ainda possuem interesse os seguintes documentos: ficha cadastral do cliente, cartão de assinaturas, relatórios de *compliance* do tipo *know your customer* e *due diligence*, extratos de movimentação, explicação so-

10 O conceito aqui utilizado sobre fonte fechada não é unanimidade na literatura. Por exemplo, em publicação oficial do UNODC, *Criminal Intelligence, Manual for Analysts*, as fontes fechadas são tratadas como aquelas que possuem informações com acesso e disponibilidade limitadas para o público em geral. Para aquela publicação, informações de fonte fechada são frequentemente encontradas na forma de bancos de dados estruturados (2011, p. 12). No conceito aqui adotado, mesmo estando em banco de dados, entendemos que tais fontes são abertas por não necessitarem de autorização judicial para acesso do investigador.

11 Com relação aos dados cadastrais, as leis de lavagem de dinheiro, organizações criminosas e o marco civil da internet preveem a desnecessidade de autorização judicial.

12 As fitas-detalhe (fitas de auditoria ou fitas de caixa) registram as operações bancárias realizadas por uma mesma pessoa na sessão de atendimento do caixa da agência. Elas têm por objetivo verificar se na mesma sessão de atendimento em que ocorreu a compensação de cheque ou saque de quantia em dinheiro também ocorreram outras operações do mesmo cliente. O sistema bancário favorece as investigações, porque quando um cliente começa a ser atendido, o sistema registra na fita-detalhe "abertura de sessão de atendimento" e quando do seu término é igualmente registrado "encerramento da sessão de atendimento". Logo após essa inscrição, o sistema registra ainda os acumuladores da operação, totalizando os pagamentos (lançamentos a débito do caixa: indicando a saída de recursos, como saques, descontos de cheques etc.) e os recebimentos (lançamentos a crédito do caixa: indicando a entrada de recursos, como depósitos, transferências interbancárias, recebimento de boletos etc.), informando o saldo da sessão. O mais importante na obtenção desses dados é que se pode afirmar com certeza matemática que todas as transações entre a "abertura de sessão de atendimento" e o "encerramento da sessão de atendimento" foram realizadas pelo mesmo cliente. A respeito dessa precisão das sessões de atendimento, convém precisar que há grande diferença entre acesso à fita de caixa de sessão de atendimento específica, cujo único cliente é o alvo investigado, e acesso à fita-detalhe de todas as sessões de atendimento daquele caixa, em que realizaram operações pessoas que possuem direito à proteção de sua intimidade financeira. Nesse último caso de pedido genérico, configura-se *fishing expedition*.

bre as siglas utilizadas, documentos de suporte a transações (depósitos, transferências, cheques etc.), atos de incorporação de sociedades e *trusts*, beneficiário final da conta, procurações, correspondência. Quando do pedido de afastamento do sigilo, o investigador deve bem delimitar o período da quebra e, se for possível, um valor mínimo das transações a serem comunicadas, sob pena de receber um volume imenso de dados sem possuir capacidade operacional para analisá-los.

Devem-se evitar os casos de *fishing expedition*, vinculando os dados financeiros solicitados ao ilícito investigado. A doutrina norte-americana denomina *fishing expedition* os pedidos de natureza ampla e especulativa, visando à adoção de medidas genéricas contra pessoas determinadas ou indeterminadas. A origem do termo remete ao ato de “lançar a rede para ver o que sai do mar”, implicando verdadeira inversão do ônus da investigação, incompatível com o direito de privacidade (MORO, 2010, p. 103). Com a proibição da *fishing expedition*, está vedada aos órgãos de investigação do Estado a possibilidade de pedir informações genéricas na tentativa de encontrar alguma coisa, sob pena de violação do sigilo de forma desproporcionada (SULLIVAN, 2007, p. 327-337). Nos casos em que isso ocorre, as solicitações se mostram demasiadamente abrangentes, demandando produção de informações volumosas e geralmente se referindo a todas as correspondências, e-mails, atas, ofícios, memorandos etc. sobre determinado assunto ou toda a troca de correspondência entre determinados indivíduos. No contexto do afastamento do sigilo bancário, descaracteriza-se a *fishing expedition* quando se demonstra o nexo de causalidade entre a investigação em curso, o suspeito (pessoa física ou jurídica) e a conta bancária cujo levantamento do sigilo é pretendido.

Dado financeiro importante também é aquele extraível dos bancos de dados das receitas federal, estadual e municipal, cujo acesso à investigação é possibilitado pelo já referido art. 198, § 1º, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Do sigilo fiscal federal, normalmente interessam à IF as declarações de ajuste anual do IRPF e IRPJ, da Dirf (fonte pagadora e recebedora), do Siscomex e do Radar; os dossiês integrados dos contribuintes, que contêm, entre outras, as seguintes informações: Extrato DW, Cadastro CPF, Ação Fiscal, Cadin, CC5 Entradas, CC5 Saídas, CNPJ, Coleta, Conta-Corrente PF, Compras DIPJ Terceiros, DAI, DCPMF, Derc, Dimob, Dirf, DIRPF, DOI, DITR, Rendimentos DIPJ, Rendimentos Recebidos PF, Siafi, Sinal, Sipade e Vendas DIPJ Terceiros.

Do sigilo fiscal estadual, interessam os dados sobre IPVA de veículos; informações sobre transferências de domínios de bens e direitos em razão de doação e herança, assim como os recolhimentos tributários referentes ao ITCMD; notas fiscais eletrônicas emi-

tidas em favor do investigado; informações sobre participação societária em empresa inscrita no CCICMS, documentando-o com apresentação do Cadastro do Contribuinte; em relação às pessoas jurídicas: informações sobre o ITCMD; notas fiscais eletrônicas por elas emitidas ou emitidas em seu favor, inclusive notas fiscais canceladas; cadastro da empresa do CCICMS; informações constantes na Guia de Informação Mensal (GIM) ou na Escrituração Fiscal Digital (EFD); informações sobre seus recolhimentos tributários, dívida ativa, autos de infração e representações fiscais para fins penais e informações sobre omissões e inadimplências.

Já quanto ao sigilo fiscal municipal, podem representar interesse à IF os documentos de recolhimento de ISS e IPTU.

A sequência apresentada de coleta de dados primeiro em fontes abertas para depois seguir para as fontes fechadas foi adotada apenas para fins didáticos. O que ocorre na prática, em verdade, é uma **retroalimentação das fontes**. Informações voltam a ser coletadas em meio aberto à medida que novas informações são trazidas pelas fontes fechadas e vice-versa. Igualmente, à medida que o investigador preenche o *subject profile* de um alvo poderão surgir novos alvos, que, por sua vez, precisarão ter suas informações levantadas desde o início. Esse processo dinâmico de comparação entre evidências e hipóteses é uma das características da IME, como se disse.

Normalmente, essa coleta de informações em fontes abertas e fechadas ocorre de forma sigilosa, para não frustrar o objetivo de documentação de dados financeiros – se para rastreio de ativos uma demorada investigação precisa ser feita, a dissipação e ocultação desses ativos ocorre de forma quase instantânea pelos modernos meios de comunicação. Não se exagera em se dizer que grande parte da IF ocorre sem conhecimento dos investigados, em uma fase aqui chamada de sigilosa.

Todavia, pode convir ao caso realização de uma **fase ostensiva** da IF. Pode-se pensar no caso de nenhum bem ter sido localizado na fase sigilosa ou no caso de os bens a serem descobertos em fase ostensiva compensarem o descarte da surpresa das medidas cautelares de constrição. A conjugação das informações recolhidas em um *subject profile*, em fase sigilosa de IF, pode fundamentar uma fase ostensiva com interrogatórios dos alvos, de seus familiares, associados formais ou informais, busca e apreensão em sua residência (art. 240, §1º, *b e h*, do CPP), em suas empresas, escritórios, apreensão de computadores para perícia, apreensão de livros contábeis para auditoria etc.

A atividade de coleta de dados em uma IF obedece àquela regra de ouro já referida: o caso determina suas próprias medidas. A divisão entre fase sigilosa e ostensiva e a coleta em fontes fechadas e abertas, tudo se dá apenas no intuito de apresentar a matéria de forma didática. O processo de retroalimentação das fontes e as decisões de *timing* em deflagrar a fase ostensiva de uma investigação até então mantida em sigilo são obstáculos – e fascinios – verificáveis em cada investigação financeira. No auxílio dessas decisões, estão as informações obtidas dos dados coletados, naquela que, certamente, é a mais difícil atividade de uma IF: a análise financeira.

3 ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES FINANCEIRAS

Na doutrina de inteligência, a análise de dados pode ser descrita como o exame aprofundado do significado e das características essenciais da informação disponível. Análise destaca lacunas de informação, pontos fortes e fracos e sugere caminhos a seguir (UNODC, 2011, p. 13-14). Adaptando-se tal conceito à IF e ao que foi dito acima, tem-se que a análise financeira é o exame aprofundado das informações financeiras coletadas, de modo a confirmar ou refutar a hipótese investigativa ou a fornecer evidências para formulação de novas hipóteses. Ela não ocorre apenas e necessariamente após coleta de todas as informações financeiras referidas no tópico acima. Como a retroalimentação entre fontes abertas e fechadas, a análise financeira é cíclica e ocorre à medida que as informações são colhidas e é por elas modificada a cada momento.

A análise financeira, talvez o mais complicado e demorado momento da IF, significa a confrontação dos dados colhidos com a hipótese levantada, seja para confirmá-la, seja para rejeitá-la ou até para formulação de novas hipóteses investigativas. É na análise que se coloca à prova a hipótese para a melhor explicação. O investigador financeiro decidirá se os dados coletados servem para uso na construção da prova do crime que se está investigando. De modo geral, obter os dados não é a dificuldade da IF: o desafio está em analisá-los.

O escopo da análise e sua credibilidade global dependem do nível e da precisão das informações coletadas, combinadas com as habilidades do investigador. A integração de dados é a primeira fase do processo analítico e envolve a combinação de informações de diferentes fontes, em preparação para a formulação de inferências. Várias técnicas podem ser usadas para exibir esta informação, sendo a mais comum a utilização de técnicas de gráficos. Entre as técnicas utilizadas em análise que tocam mais diretamente a IF estão o gráfico de eventos (que busca apresentar as relações cronológicas entre entidades ou sequências de eventos), o mapa de fluxo de mercadorias (para explorar o movimento de dinheiro, narcóticos, bens roubados ou outras mercadorias) e, principal-

mente, o perfil financeiro do alvo (*financial profile*), utilizado para identificar renda oculta de indivíduos ou entidades empresariais e identificar indicadores de crimes econômicos (UNODC, 2011, p. 13-14).

A conhecida regra da IF de “seguir o dinheiro” somente será possível, em qualquer caso medianamente complexo, se as informações financeiras forem sistematizadas e submetidas a criterioso escrutínio com os dados coletados e com todo o conjunto probatório da investigação. Só assim o investigador financeiro poderá ter uma chance de penetrar na teia propositadamente confusa de transações e identificar o destinatário dos recursos.

3.1 Métodos de análise

A seguir serão apresentados os mais comuns métodos de análise financeira. Contudo, eles não precisam ou não podem ser aplicados, em toda a sua extensão, em cada caso em que se decida usar IF. Muitas vezes, a análise financeira se resume a pura e simplesmente documentar o rastro do dinheiro por um sistema de contas bancárias. Em casos mais complexos, mormente aqueles que envolvem remessas de dinheiro para o exterior e sofisticados mecanismos de lavagem de dinheiro, esse rastro do dinheiro não é tão simples, exigindo o caso – sempre ele – a utilização de métodos mais apurados de análise financeira.

Nem sempre será possível utilizar os métodos a seguir descritos para rastrear o fluxo dos recursos. Isso ocorre, por exemplo, quando pagamentos são feitos exclusivamente em dinheiro ou quando o movimento do dinheiro não é refletido em livros contábeis ou registros de negócios. É difícil encontrar itens específicos para investigar quando transações não são registradas em documentos financeiros (USA, p. 194). Nos casos em que os métodos a seguir apresentados não são adequados, o investigador deve procurar outros meios para seguir adiante com a investigação.

Por definição, análise financeira é a avaliação investigativa de rendas, despesas e/ou patrimônio líquido do alvo com o objetivo de determinar a presença de ativos ilegais (ALBANESE, 2011, p. 257). Embora grande parte da literatura sobre IF indique três métodos principais, a classificação adotada no presente texto amplia-os para abranger outras atividades que são igualmente relacionadas com aquele exame aprofundado das informações financeiras coletadas, de modo a confirmar ou refutar a hipótese investigativa, que caracteriza a análise financeira. São métodos de análise financeira: a) método do pagamento específico (*specific item method*); b) método do patrimônio líquido (*net worth method*); c) método de despesas (*expenditures method*); e d) método de depósitos bancários (*bank deposit method*).

Todos esses métodos podem ser usados para determinar se as despesas do alvo excedem suas fontes de renda, mas nenhum deles, aplicado isoladamente, pode determinar sua real fonte de renda (v.g., se oriunda de crime organizado, corrupção, terrorismo). Para tanto, o caso pode exigir aplicação de outras medidas de IF ou mesmo de outras técnicas especiais de investigação (TEIs). Os métodos a seguir apresentados servem para documentar o fato de que o alvo, por algum meio presumivelmente ilícito, está recebendo mais renda do que seus ganhos legítimos (USA, 1993, p. 193). A origem ilícita dessa renda provavelmente já consta da hipótese desenvolvida pelo investigador. Em outras palavras, os órgãos investigam (coletam dados e analisam) um ilícito e, com os métodos citados, podem documentar que o alvo não possui rendas legítimas para dar sustentação legal ou fornecer comprovação para suas despesas. Esses métodos se baseiam em uma premissa simples – e quase sempre verdadeira – de que o dinheiro, quando é um montante significativo, eventualmente irá aparecer, direta ou indiretamente, na contabilidade, nos ativos ou nas despesas do alvo (p. 194).

3.1.1 Método do Pagamento Específico (*Specific item method*)

A análise de um item específico (*specific item method*) é usada para rastrear um pagamento ou um conjunto de pagamentos determinados de um alvo ou para um alvo. Esse método permite que se estabeleça uma trilha direta de dinheiro entre agentes de um ilícito, que pode ser usada para corroborar uma hipótese. Entre todos os métodos, este é o mais simples e procura documentar de forma direta a transferência de recursos entre aplicações financeiras de agentes investigados. Evidentemente, o método somente prova os pagamentos do alvo A ao alvo B, mas não que esse pagamento decorra de algum esquema ilícito, fato que precisa ser buscado por outros meios.

Sobre esse método, George A. Manning, em *Financial Investigation and Forensic Accounting*, escreve que ele basicamente envolve documentar o fluxo dos recursos, mostrando-o de banco a banco, entidade a entidade, pessoa a pessoa ou uma combinação de cada um desses. Seu propósito primário é identificar fundos ilegais e rastreá-los até o beneficiário em casos criminais e civis (MANNING, 2005, p. 210).

3.1.2 Método do Patrimônio Líquido (*Net Worth Method*)

O Departamento do Tesouro dos EUA foi o primeiro órgão a utilizar esse método. De acordo com a seção 61 do Internal Revenue Code, todos os contribuintes devem declarar todas as suas entradas tributáveis. Para aqueles que não o fazem, o Departamento

do Tesouro elaborou o método do patrimônio líquido para determinar o valor do lucro tributável não declarado. Quando o Congresso dos EUA aprovou o *Racketeer Influenced and Corrupt Organization (RICO) Act* em 1970, expandiu o uso do método do patrimônio líquido para o crime organizado, o que posteriormente foi seguido pelo *Comprehensive Crime Control Act* de 1984 e pelo *Anti-Drug Abuse Act* de 1986 (MANNING, 2005, p. 81).

A análise financeira via método do patrimônio líquido se detém sobre as variações e mudanças ocorridas no patrimônio do alvo durante certo tempo, observando suas declarações de renda, registros bancários e ativos. Mudanças significativas no patrimônio líquido podem ser explicadas por aumento de renda, investimentos, presentes ou doações, ou qualquer outro meio que possa ser documentado. Se o alvo não consegue documentar as fontes dessas mudanças em seu patrimônio, a renda não comprovada pode ser o ponto de partida para a investigação financeira (ALBANESE, 2011, p. 258).

O método do patrimônio líquido depende do fiel e completo preenchimento do arquivo financeiro do alvo (*financial profile*), pois somente com identificação e documentação dos dados financeiros (bancários e fiscais obtidos em fontes fechadas) do alvo, com descrição completa de seu ativo, passivo, entradas e gastos, pode-se determinar seu patrimônio líquido. Somente com um completo e fidedigno *financial profile* é que as mudanças no patrimônio líquido do alvo podem ser comparadas com suas entradas declaradas e diferenças, se houver, podem ser atribuídas a fontes de renda desconhecidas ou ilícitas (USA, 1993, p. 197).

O manual de IF do Departamento do Tesouro dos EUA apresenta, em linhas gerais, a fórmula para o *net worth method*. O aspecto fundamental é estabelecer o ponto inicial para a aferição (uma espécie de ano-base). Para propósitos investigativos, o ano-base ideal é o ano anterior àquele em que a atividade ilegal se iniciou (EUA, 1993, p. 198). Por exemplo, se o investigador financeiro acredita que o alvo começou a servir de “laranja” para lavagem de dinheiro proveniente de corrupção em 2013, o ano de 2012 deve ser eleito como ano-base, pois o alvo estaria vivendo de acordo com suas capacidades e os dados financeiros serviriam como ponto de comparação para as mudanças subsequentes em seu patrimônio líquido.

Quando o investigador financeiro possui dados para preenchimento do *financial profile* do ano-base e dos anos posteriores (enquanto perdurar a atividade ilícita), uma fórmula pode ser aplicada para determinar, no patrimônio líquido do alvo, aqueles valores que vieram de fontes desconhecidas ou ilícitas. Essa fórmula pode ser assim representada (USA, 1993, p. 198):

Fórmula do Método do Patrimônio Líquido

1º Passo: ativos aferidos em *financial profile* – passivo aferido em *financial profile* = patrimônio líquido total.

2º Passo: patrimônio líquido total (obtido no 1º passo) – patrimônio líquido do ano-base = aumento do patrimônio líquido nos anos da atividade investigada.

3º Passo: aumento do patrimônio líquido nos anos da atividade investigada (obtido no 2º passo) + despesas conhecidas¹³ = aumento do patrimônio líquido total.

4º Passo: aumento do patrimônio líquido total (obtido no 3º passo) – fundos derivados de fontes conhecidas (declaradas e documentadas) = fundos derivados de fontes desconhecidas ou ilícitas.

Para exemplificação, tome-se o “laranja” para lavagem de dinheiro proveniente de corrupção de prefeito municipal (mandato: 2013 a 2016). Como ano anterior ao início da atividade, 2012 seria o ano-base. Assim, os dados do *financial profile* do alvo devem envolver os anos de 2012 a 2016. No primeiro passo, dos ativos constantes do *financial profile* dos anos de 2012 a 2016 seriam subtraídos o passivo aferido nesses mesmos anos. Como número hipotético, suponha-se que esse cálculo tenha indicado um patrimônio líquido total de R\$ 500.000,00.

No segundo passo, o patrimônio líquido total de R\$ 500.000,00 teria subtraído o patrimônio líquido do ano-base (2012), que seria, digamos, R\$ 5.000,00. Assim, o aumento do patrimônio líquido nos anos da atividade investigada (2013 a 2016) seria de R\$ 450.000,00. No terceiro passo, o aumento do patrimônio líquido nos anos da atividade investigada (R\$ 450.000,00) soma-se às despesas conhecidas naqueles mesmos anos (constantes do *financial profile*), que poderemos usar para exemplificação como R\$ 100.000,00, chegando ao aumento do patrimônio líquido total: R\$ 550.000,00.

Por fim, no quarto passo, desse aumento do patrimônio líquido total (R\$ 550.000,00) seriam subtraídos os fundos derivados de fontes conhecidas (declaradas e documentadas), que poderemos usar no exemplo como R\$ 150.000,00, chegando ao valor de R\$ 400.000,00 de fundos derivados de fontes desconhecidas ou ilícitas. Na hipótese investigativa, os recursos derivados de corrupção do prefeito e depositados em nome do alvo para mascaramento da origem seriam de R\$ 400.000,00.

Como se vê pelo exemplo referido, elaborado apenas para efeito de demonstração dos passos da fórmula, a técnica é complexa e exige, além do correto preenchimento

¹³ Como adverte o manual, para os propósitos do método, os pagamentos de despesas representam redução de ativos. Assim sendo, essas reduções precisam ser contabilizadas e novamente adicionadas à fórmula (USA, 1993, p. 198).

do *financial profile* durante os anos da atividade ilícita e do ano-base, um conhecimento básico de contabilidade.

Caso famoso de aplicação do *net worth method* ocorreu em 1931: *Alfonso Capone v. United States* (2 USTC 786), preso por sonegação fiscal, após uma bem-sucedida IF empreendida por agentes do *Internal Revenue Service* treinados em contabilidade. Os investigadores examinaram as contas bancárias de Al Capone e seus gastos em Miami e Chicago por um período de tempo. Encontraram gastos de US\$ 7.000 com suítes, US\$ 1.500 por semana em hotéis, US\$ 40.000 para sua casa em Palm Island, US\$39.000 com contas de telefone e US\$ 20.000 com talheres de prata. Ele, contudo, não pôde comprovar as rendas que ensejaram essas despesas, tendo sido denunciado e condenado por não recolhimento de tributos sobre um milhão de dólares de renda ilegal (ALBANESE, 2011, p. 258).

Em 1943, no caso *United States v. Johnson* (43-1 USTC 9470), a Suprema Corte dos Estados Unidos aprovou o uso do método do patrimônio líquido como ferramenta válida para estabelecer entradas tributáveis e, desde então, o método vem sendo usado em milhares de casos.

Pode-se inferir a perfeita adequação do método do patrimônio líquido nos casos que envolvam investigação sobre enriquecimento ilícito de agentes públicos. Conquanto não seja tipificado (ainda) como ilícito penal, enriquecimento ilícito é ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, inciso VII, da Lei da Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”). Desproporcionalidade dos bens adquiridos com a evolução do patrimônio ou da renda é perfeitamente demonstrável com o método do patrimônio líquido.

Mesmo o *Internal Revenue Service* reconhece que o método é apropriado para os casos em que o contribuinte acumule grande quantidade de ativos, mas é inútil para os casos em que o contribuinte tenha pouco ou nenhum recurso acumulado e gaste todo o seu rendimento em vida luxuosa (MANNING, 2005, p. 81). De fato, se não há registro das entradas e das saídas, não há como preencher o *financial profile* e aplicar o método.

3.1.3 Método de Despesas (*Expenditures Method*)

Também foi o Departamento do Tesouro dos EUA quem primeiro aplicou o método de despesas, no começo dos anos 1940, como derivação do método do patrimônio lí-

quido e com o mesmo objetivo de determinar entradas tributáveis não declaradas. Esse método, por se mostrar mais simples de aplicar e explicar, é apropriado para casos em que contribuintes não acumulem ativos e gastem todas as suas rendas em vida luxuosa – tentando suprir uma das dificuldades do método do patrimônio líquido, acima referida. Quando foi aprovado o *RICO Act* em 1970, o método de despesas foi expandido para abranger os casos de crime organizado (MANNING, 2005, p. 97).

O método de despesas, também referido como *Source and Application of Funds Method*, mensura fundos por meio de seu fluxo durante o ano, em vez de observar mudanças no patrimônio líquido em um período. O método envolve exame mensal ou semanal de entradas (de salário, por exemplo) e as compara com as despesas (de cartão de crédito, retiradas bancárias e itens comprados em dinheiro). Grandes discrepâncias sugerem a possibilidade de rendas ilícitas (ALBANESE, 2011, p. 258).

O método de despesas também depende de correto e exaustivo preenchimento do *financial profile* do alvo, como necessidade de utilizar dados confiáveis para aplicação da fórmula de despesas. O método de despesas está intimamente relacionado com o método do patrimônio líquido, sendo possível dizer que ambos são apenas variações contábeis do mesmo princípio. Ambos os métodos se detêm sobre fontes de renda, despesas, ativos e passivos, mas os analisam sob aspectos diferentes. No método de despesa, a comparação é feita entre os gastos conhecidos do alvo e suas conhecidas fontes de renda em determinado período (USA, 1993, p. 204).

Assim como o método do patrimônio líquido, o método de despesas pode ser representado por meio de uma fórmula (USA, 1993, p. 205):

Fórmula do Método de Despesas

1º Passo: gastos totais aferidos em *financial profile* – rendas de fontes conhecidas aferidas em *financial profile* = fundos de fontes desconhecidas.

Embora aparentemente mais simples do que a fórmula do patrimônio líquido, a correta aplicação da fórmula das despesas depende dos gastos totais aferidos em *financial profile* e das rendas de fontes conhecidas. De acordo com o manual de IF do Departamento do Tesouro dos EUA, devem ser contabilizados como “gastos totais” na fórmula, por exemplo, gastos em dinheiro; gastos com despesas pessoais; decréscimo do passivo; acréscimo dos ativos; acréscimo em conta bancária e acréscimo de dinheiro em espécie. Devem ser contabilizados como “rendas de fontes conhecidas”, por exemplo, salários e lucros de empresas; decréscimos do ativo; venda de ativos; acréscimos do

passivo; empréstimos, presentes e heranças recebidos; decréscimos de dinheiro em espécie; decréscimos em conta bancária; ou outra fonte de renda documentada (USA, 1993, p. 206).

Acaso contabilizados corretamente em *financial profile*, a aplicação do método do patrimônio líquido e o método das despesas gerarão o mesmo resultado. Aplicado o método de despesas ao caso do “laranja” descrito (obviamente, dispondo de todos os dados e minúcias que foram suprimidas no exemplo), igualmente se chegaria a R\$ 400.000,00 de fundos derivados de fontes desconhecidas ou ilícitas.

O método de despesas, desde sua criação e emprego pioneiro no início dos anos 40 do século passado, tem sido usado mais frequentemente do que o método do patrimônio líquido por dois motivos: é mais fácil de empregar, conforme demonstrado, e de explicar ao órgão julgador. O método de despesas não foi apreciado diretamente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, pois é reconhecido como derivação do método do patrimônio líquido. Qualquer contador pode tomar um cálculo de patrimônio líquido e convertê-lo em cálculo de despesas e vice-versa. A Suprema Corte, em suas decisões em casos de patrimônio líquido, refere-se ao método do patrimônio líquido e dos gastos, o que por si implica que aquele tribunal aprova o método de despesas. Portanto, as regras que o tribunal esboçou em casos de patrimônio líquido se aplicam a casos de despesas (MANNING, 2005, p. 97).

Uma das principais críticas ao método de despesas é que, ao não precisar o montante de recursos do alvo no início do período investigado (o ano-base do método do patrimônio líquido), transfere à acusação o ônus de provar o agente não tinha ativos conversíveis antes dos anos investigados que dessem lastro às despesas não comprovadas, aferidas no método de despesas (MENNING, 2005, p. 97)¹⁴.

3.1.4 Método de Depósitos Bancários (*Bank Deposit Method*)

Outro método aplicado por anos pelo Departamento do Tesouro estadunidense é o método de depósitos bancários, que se baseia na teoria de que uma pessoa engajada em uma atividade ou ocupação produtora de rendimentos deposita dinheiro em contas bancárias sob seu controle e que esses depósitos são rendimentos tributáveis. Qualquer

¹⁴ George A. Manning ainda apresenta métodos contábeis que computam despesas com cheques (*check spread*), cartões de crédito (*credit card spread*) e depósitos (*deposit spreads*), que são, ao fim e ao cabo, partes da contabilização geral de despesas e receitas empregados tanto no método do patrimônio líquido quanto no método de despesas.

despesa realizada com fundos não depositados em contas bancárias nem decorrente de outra fonte de renda documentada também representa rendimentos tributáveis (ALBANESE, 2011, p. 259). Mais do que rendimentos tributáveis, o método de depósitos bancários se presta a identificar fundos derivados de fontes desconhecidas ou ilícitas.

O método de depósitos bancários é aplicado em situações em que há constância entre ativos e passivos do alvo por anos (portanto, não aplicável o método do patrimônio líquido) e não há indicativos de despesas extravagantes (não aplicável o método de despesas), mas a IF revela que fontes suspeitas de renda estão sendo depositadas em instituições financeiras (USA, 1993, p. 209). Para tanto, é necessário que o alvo utilize largamente aplicações bancárias e apresenta-se mais útil quando o agente operar apenas um negócio e as entradas provenham de apenas uma fonte de renda.

O método de despesas bancárias pode ser representado na seguinte fórmula (USA, 1993, p. 209):

Fórmula do Método de Depósitos Bancários

1º Passo: total de depósitos¹⁵ nas contas controladas pelo alvo¹⁶ – transferências e redepósitos¹⁷ = depósitos líquidos.

2º Passo: depósitos líquidos (obtidos no 1º passo) – despesas em dinheiro¹⁸ = total recebido de todas as fontes de renda.

3º Passo: total recebido de todas as fontes de renda (obtido no 2º passo) – fundos de fontes conhecidas = fundos de fontes desconhecidas ou ilícitas.

Trabalhando com os mesmos dados do *financial profile* imaginados para o exemplo do “laranja” acima (obviamente, dispondo de todos os dados e minúcias que foram suprimidas no exemplo), a aplicação do método de depósito bancário chegaria ao mesmo resultado de R\$ 400.000,00 de fundos derivados de fontes desconhecidas ou ilícitas.

15 O método de depósito bancário considera o total de depósitos feitos por um alvo, não importa o tipo de instituição financeira (banco, poupança, corretagem, aplicações financeiras etc.) (USA, 1993, p. 209-210).

16 Para a hipótese investigativa, as contas não necessariamente precisam estar titularizadas pelo alvo, podendo se demonstrar que contas em nomes de terceiros são instrumentalizadas para captar recursos ilícitos do alvo.

17 Aqui se trata de transferências entre as contas controladas pelo investigado e recursos que são sacados para ser depois redepósitos. Eles representam itens duplicados para propósito de análise e precisam ser subtraídos no cálculo dos depósitos líquidos (USA, 1993, p. 210).

18 Para a fórmula, “despesas em dinheiro” representam o total de desembolsos feitos pelo alvo durante o período investigado, menos os desembolsos bancários líquidos. Para maiores explicações, consultar o manual de IF do Departamento do Tesouro dos EUA (USA, 1993, p. 210-211).

3.2 Escolha entre os Métodos de Análise

Como se disse, o método de análise de dados coletados é determinado de acordo com a conveniência de cada investigação financeira. Os mais complexos métodos de análise financeira descritos nos três itens imediatamente acima não precisam ou não podem ser aplicados, em toda a sua extensão, em cada caso em que se decida usar IF. Muitas vezes, a análise financeira resume-se à aplicação do método do pagamento específico, como meio suficiente para pura e simplesmente documentar o rastro do dinheiro por um sistema de contas bancárias.

Igualmente, nem sempre é possível utilizar os métodos de análise descritos para rastrear o fluxo de recursos, o que ocorre, por exemplo, quando pagamentos são feitos exclusivamente em dinheiro ou quando o movimento do dinheiro não é refletido em livros contábeis ou registros de negócios. É difícil encontrar itens específicos para investigar quando transações não são registradas em documentos financeiros (USA, 1993, p. 194).

Todavia, se o caso investigado exigir, o investigador financeiro deve estar apto a determinar qual dos métodos de análise financeira descritos é aplicável. Em linhas gerais, o método do patrimônio líquido é frequentemente utilizado quando os ativos e/ou passivos do alvo tiveram variações no período sob investigação e o investigado não mantém livros e registros, eles não estão disponíveis ou são inadequados ao investigador. Esse método também pode ser usado para corroborar outros meios de prova e verificar a fidedignidade de uma entrada de renda conhecida (USA, 1993, p. 215).

O método de despesas pode ser usado para, principalmente, estabelecer fundos de fontes desconhecidas quanto a um item específico e o investigado não mantém livros e registros, eles não estão disponíveis ou são inadequados ao investigador. Em caso de os ativos e passivos do alvo terem se mantido constantes durante o período investigado, o método de despesas é preferível ao do patrimônio líquido (USA, 1993, p. 215-216). Por fim, o método de depósitos bancários é recomendável quando a maioria das entradas em depósito bancário e nos livros e registros não estão disponíveis ou estão incompletas. Mesmo em caso de completude dos livros e registros, o método de depósito bancário pode ser aplicado (USA, 1993, p. 216).

4 CONCLUSÃO: USO DO MÉTODO EM PERSECUÇÃO PATRIMONIAL

Os dados financeiros coletados e analisados podem ser usados na construção ou na refutação da hipótese investigativa de qualquer crime que possua componente econômico. Ocorre que a literatura estrangeira sobre IF insiste em tratar o uso desses dados apenas naqueles objetivos mais dependentes de dados financeiros, quais sejam: recuperação de ativos (investigação patrimonial), lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e financiamento de organizações criminosas.

A investigação sobre financiamento ao terrorismo em muito se assemelha à IF voltada às organizações criminosas, verificando-se, em ambas, uso de técnicas de lavagem de dinheiro. Embora terrorismo e crime organizado sejam fenômenos diferentes e mereçam estudo separado, ambos são investigados de forma semelhante para efeito de IF. O único objetivo que exige modificação substancial no modo de condução de uma IF é aquele destinado a rastreamento de ativos e a sequestro cautelar e confisco final (investigação patrimonial). Talvez por essa característica, a investigação patrimonial, não raras vezes, desenrola-se mesmo após apresentação de acusações formais.

A investigação patrimonial é uma das fases do processo de recuperação de ativos e intenta identificar produtos e proveitos do crime para viabilizar sequestros e indisponibilidades cautelares. Rastrear proveitos de crime envolve identificar ativos derivados de origem criminal, em meio a todas as mutações sofridas, até a forma e estado final em que eles existam no momento em que são localizados (BASEL, 2009). A coleta de informações sobre o rastro dos ativos (*collecting intelligence and evidence and asset tracing*) e o bloqueio cautelar desses bens (*securing the assets*)¹⁹ constituem os primeiros passos do processo de recuperação de ativos (*process for recovery of stolen assets*).

A investigação patrimonial (ou investigação para recuperação de ativos, *asset confiscation investigation*) consiste no conjunto de medidas legais encetadas, paralela e simultaneamente à investigação normal do crime, especificamente para identificar bens, móveis e imóveis, presentes e passados, dos alvos principais da investigação tradicional, de seus familiares e de sócios formais e informais (“laranjas” ou “testas de ferro”), com vista a sobre esses bens fazer recair as medidas constitutivas cautelares que, com o

19 Tendo por certo que ativos podem ser escondidos e movidos em curto período de tempo e que o confisco final pode levar anos para acontecer, oferecendo ao alvo amplas oportunidades de dissipar ativos, parece ser de crucial importância que medidas de sequestro ou bloqueio cautelar de bens sejam tomadas o quanto antes para assegurar ativos que possam ser objeto de confisco. Todos os esforços de confisco nada valem se, ao final, nenhum ativo estiver disponível para confisco (BRUN; GRAY; SCOTT; STEPHENSON, 2011, p. 75).

trânsito em julgado condenatório, assegurem a pena de confisco (art. 91, II, do CP) ou a reparação do dano (art. 91, I, do CP).

A investigação patrimonial se desenvolve em paralelo e deve ser parte de uma rotina estratégica de investigação para os crimes que impliquem ganho financeiro para o agente. Sem investigação patrimonial será, na maioria dos casos, impossível recuperar valores significativos. O montante das vantagens decorrentes da prática do crime e da desconformidade do patrimônio (na posse direta ou indireta do investigado) podem escapar à malha da investigação criminal tradicional, preocupada com outras questões (materialidade e autoria), gerando resposta do sistema de justiça incompleta e incompreensível para a comunidade (CORREIA, 2012, p. 15).

Conquanto imprescindível para enfrentamento da criminalidade organizada, a investigação patrimonial pode se revelar mais dificultosa para os órgãos estatais do que o próprio crime que gerou os bens ilícitos. Ela precisa estabelecer que o patrimônio criminoso deriva direta ou indiretamente do cometimento do crime, prática ainda mais difícil quando se constata utilização de complexos mecanismos de lavagem de dinheiro (UNODC, 2011, p. 35).

A investigação patrimonial desloca o foco da atuação estatal da ação criminosa para a pessoa dos investigados, seus parentes e associados mais próximos, com o objetivo de identificar bens passíveis de confisco ou ressarcimento ao erário. Essa mudança de enfoque se deve ao fato de que, quanto ao crime em si, existe uma investigação tradicional em curso, mas ela não se presta – nem com objetivos nem com métodos – a identificar bens passíveis de bloqueio cautelar. Normalmente, as investigações tradicionais se focam na materialidade e autoria dos atos criminosos, não estando preparadas ou interessadas no levantamento patrimonial do investigado para viabilizar efeitos extrapenais da condenação – exceto quando os bens do investigado estão imbrincados com o delito em si²⁰.

O que se procurou no presente artigo foi explicar, em linhas gerais, o método da investigação financeira e sua aplicabilidade para a coleta e análise de dados para instrumentalização de persecução patrimonial efetiva, como objetivo a ser buscado em resposta estatal de âmbito completo aos crimes que geram produto e proveito.

20 Observe-se o dispositivo processual penal que trata do inquérito policial: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria” (art. 4º do CPP). Portanto, a investigação tradicional pauta-se apenas pela materialidade e autoria, não se preocupando com investigação patrimonial que venha a revelar bens do investigado.

Referências

- ACTWG. **Handbook (First Part)** – Best Practices in Investigating and Prosecuting Corruption Using Financial Flow Tracking Techniques and Financial Intelligence. Buenos Aires: Apec Anticorruption and Transparency Working Group, 2013.
- ALBANESE, Jay S. **Organized Crimes in Our Times**. 6. ed. Burlington: Anderson, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: RT, 2012.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Barbacetto, Gianni; Gomez, Peter; Travaglio, Marco. **Operação Mãos Limpas**. Porto Alegre: Citadel, 2016.
- BASEL. **Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook**. Switzerland: Basel Institute on Governance, International Centre for Asset Recovery, 2009.
- _____. **Investigating and Prosecuting International Corruption and Money Laundering Cases**. [S. l.]: Basel Institute on Governance, Feb. 2014.
- BELFORT, Jordan. **O Lobo de Wall Street**. São Paulo: Planeta, 2013.
- BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Borrell, Clive; Cashinella, Brian. **Crime in Britain Today**. London: Routledge & K. Paul, 1975.
- BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- Brown, Rick; Evans, Emily; Webb, Sarah; Holdaway, Simon; Berry, Geoff; Chenery, Sylvia; Gresty, Brian; Jones, Mike. **The Contribution of Financial Investigation to Tackling Organised Crime: A Qualitative Study**. Research Report 65. United Kingdom: Home Office, 2012. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/116518/horr65.pdf. Acesso em: 28 mar. 2017.
- BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. **Asset Recovery Handbook: Stolen Asset Recovery Initiative**. 2011. Disponível em: https://starworldbank.org/star/sites/star/files/asset_recovery_handbook_0.pdf.
- CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 100, p. 453, jan. 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Bens Apreendidos**. 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/corregedoria/MANUAL_DE_GESTO_DOS_BENS_APREENDIDOS_cd.pdf.
- CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Portugal: Imprensa Nacional, 2012.
- COUNCIL OF EUROPE. **Criminal money flows on the Internet: methods, trends and multistakeholder counteraction**. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/typologies/MONEYVAL282010%299_Reptyp_full_en.pdf.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DANTAS, Joana Cristina Almeida. **Organizações Criminosas e Corrupção Administrativa: a expressão do crime organizado endógeno – um estudo de caso no município de itaporanga, estado da Paraíba**. Dissertação (Mestrado em

Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, 2013.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O Combate aos Lucros do Crime**: O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei no 5/2002 de 11 de janeiro. A inversão do ônus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Centro Regional do Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

ECO, Umberto; SEBEOK, Thomas A. **The Sign of three**: Dupin, Holmes, Peirce, 1988.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Recommendations**. Disponível em: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf.

FINCKENAUER, James O. Problems of Definition: What is Organized Crime? **Trends in Organized Crime**, v. 8, issue 3, p. 63-83, Spring 2005.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada**. Curitiba: Juruá, 2014.

GOETZ, Kimberly. **An Introduction to Internet-Based Financial Investigations**. Aldershot: A. Gower Book, 2011, p. 39.

GRÉGIO, Grécio Nogueira; LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. A Alienação Antecipada de Bens no Processo Penal e o Estado-Vítima. *In*: PELLELA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

HARMAN, Gilbert H. The inference to the Best Explanation. **The Philosophical Review**, v. 74, n. 1, p. 88-95, jan. 1965. Disponível em: <http://people.hss.caltech.edu/~franz/Knowledge%20and%20Reality/Gilbert%20H.%20Harman.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LIPTON, Peter. Inference to the Best Explanation. NEWTON-SMITH, W. H. (ed.). **A Companion to the Philosophy of Science**. Oxford: Blackwell, 2000. Disponível em: <http://www.hps.cam.ac.uk>. Acesso em: 26 jun. 2016.

MANNING, George A. **Financial Investigation and Forensic Accounting**. 2. ed. Abingdon: Taylor & Francis, 2005.

MASI, Carlo Velho. O Discurso Político-Criminal sobre o Crime Organizado no Brasil. **Direito e Justiça**, v. 40, n. 2, p. 171-180, jul./dez. 2014.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de Dinheiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

MINISTERIE VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE. **The 6 need-to-knows about Financial Investigation**. [S. l.: s. n.], 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Roteiro de atuação**: persecução patrimonial e administração de bens: Brasília: MPF, 2017.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OECD. **Investigation and Prosecution of Corruption Offences**: Materials for the Training Course. [S. l.: s. n.]: 2012.

PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronaldo J. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy, Forthcoming**. U of Alabama Public Law Research Paper n. 1003421, jun. 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003421. Acesso em: 26 jun. 2016.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. Salvador: Juspodivm.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade Exclusiva do Ministério Público para o Processo Cautelar Penal. *In*: PELLELA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

SLOT, Brigitte; SWART, Linette de; DELEANU, Ioana; MERKUS, Erik; LEVI, Michael; KLEEMANS, Edward. **Needs assessment on tools and methods of financial investigation in the European Union**: Final report. Rotterdam: ECORYS, 2015.

SILVA, Gustavo Henrique M. A. O big data como suporte às atividades forenses da perícia criminal. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS, 15., 2015, Florianópolis. **Anais** [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2015.

SOUTHWELL, David. **A História do Crime Organizado**. São Paulo: Escala, 2013.

SULLIVAN, M. Lessons from the last war on tax havens. **Tax Notes**, p. 327-337, jul. 2007.

UNIÓN EUROPEA. **Manual Europeo de Investigación Financiera**. Comisión Europea, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad. Madrid, 2011.

UNITED KINGDOM. **Practice Advice on Financial Investigation**. [S. l.]: National Centre for Policing Excellence (NCPE) on behalf of the Association of Chief Police Officers (ACPO), 2006.

UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators**. Vienna, 2004.

UNODC. **Criminal Intelligence**: Manual for Analysts. Vienna: UNODC, 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. **Financial Investigations**. Washington: Department of the Treasury, Internal Revenue Service, 1993.

WENDT, Emerson; BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Inteligência Digital**. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.



COMPETÊNCIA

CRIMINAL FEDERAL EM CRIMES
EXTRATERRITORIAIS: O CASO
MANOELZINHO ENTRE FRANÇA
E BRASIL

Vladimir Aras¹

Resumo: Este artigo analisa o problema do juiz natural para julgamento de crimes cometidos no exterior por brasileiros natos (não extraditáveis). Após abordar aspectos históricos, legislativos e constitucionais, assevera a competência da Justiça Federal para julgamento de qualquer crime cometido por brasileiro nato no exterior, quando pedida a transferência do procedimento ao Brasil, em procedimento de cooperação jurídica internacional passiva. O estudo de caso baseia-se em processo aberto no Brasil, a pedido da França, no que se convencionou chamar “Caso Manoelzinho”.

Palavras-chave: Extraterritorialidade. Jurisdição brasileira. Cooperação internacional em matéria penal. Transferência de procedimentos criminais. Competência federal.

Abstract: *This article analyzes the issue of the proper venue for the judgment of crimes committed abroad by Brazilian-born citizens, who cannot be extradited under the 1988 Constitution. The selected approach goes through the historical, legislative and constitutional vantage points in order to ascertain the jurisdiction of Brazilian Federal Justice, for trying any crime committed overseas by Brazilian-born nationals, after an incoming mutual legal assistance request for the transfer of the criminal proceeding is presented to its courts. The case study is based on the prosecution initiated in Brazil, at request of France, in what is known as the “Manoelzinho case”.*

Keywords: *Extraterritoriality. Brazilian jurisdiction. International cooperation in criminal matters. Transfer of criminal proceedings. Jurisdiction of federal courts.*

1 INTRODUÇÃO

Poucos brasileiros se dão conta de que o Brasil faz fronteira com a Europa. Compartilhando mais de 700 km de linha fronteira com a Guiana Francesa, um departamento ultramarino (*département d'outre-mer*) da França, o estado do Amapá mantém com a nação vizinha relações cada vez mais intensas, agora facilitadas pela inauguração da Ponte Binacional, aberta à circulação em março de 2017, para ligar o Oiapoque à cidade francesa de Saint-Georges-de-l'Oyapock.

1 Procurador Regional da República, mestre em Direito Público (UFPE), MBA em Gestão Pública (FGV), professor de Processo Penal (UFBA), professor de Direito Penal e de Criminologia (IDP), professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), professor em cursos de especialização em Ciências Penais (UCSAL etc.), ex-secretário de cooperação internacional da Procuradoria-Geral da República (2013-2017), editor do site jurídico vladimiraras.blog.

Como não poderia ser diferente numa região coberta por densa floresta e cortada por rios inóspitos, a cooperação criminosa dos dois lados da fronteira também é *promissora*, o que faz surgir a necessidade de lançar mão de instrumentos de **cooperação jurídica internacional** para a luta contra associações ilícitas e organizações criminosas que operam quase livremente naquela região.

Ainda deficiente, o **marco jurídico-penal bilateral** franco-brasileiro é formado por cinco textos principais:

- um tratado de assistência em matéria penal (Decreto nº 3.324/1999);
- um tratado de extradição (Decreto nº 5.852/2004);
- um tratado de cooperação para a segurança pública (Decreto nº 6.718/2008);
- um tratado de cooperação policial fronteiriça para a criação de um Centro de Cooperação Policial (Decreto nº 8.344/2014); e
- um tratado de cooperação para prevenção e repressão à mineração ilegal de ouro (Decreto nº 8.337/2014).

Ainda não temos com a França um tratado de transferência de condenados nem um acordo de cooperação *jurídica* transfronteiriça.

No **plano multilateral**, Brasil e França estão unidos por uma série de acordos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (**Palermo**, 2000), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003), a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (**Viena**, 1988), a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (**Paris**, 1997) e uma dezena de tratados antiterrorismo e outros documentos pluripartites.

Os temas mais preocupantes da criminalidade naquela região, que se situa no Hemisfério Norte, ligam-se à extração ilegal de **minérios**, **pesca** marítima não autorizada, **desmatamento**, poluição ambiental e exploração de outros recursos naturais, com riscos a diversos ecossistemas, alguns dos quais raríssimos. Como consequência do negócio de ouro, presente em toda a região, os **garimpos** clandestinos, enfronhados na mata, movimentam outras indústrias criminosas, como o contrabando e o descaminho, o tráfico de drogas, o tráfico internacional de armas e o tráfico de pessoas, notadamente para exploração sexual.

É essencial que as polícias e os ministérios públicos dos dois lados da fronteira franco-brasileira busquem **integrar-se**, de modo a facilitar a circulação de dados de inteligência e provas, a captura de foragidos e a repatriação de pessoas condenadas e de vítimas de tráfico humano.

2 A INVASÃO DA GUIANA

Em entrevista ao saudoso jornalista Geneton Moraes Neto, o político pernambucano José Francisco de **Moura Cavalcanti**, que governou o antigo Território Federal do Amapá mais de cinquenta anos atrás, contou-lhe que em 1961 o presidente Jânio Quadros o convocou para uma missão alucinada: **anexar** a Guiana Francesa ao Brasil: “Jânio Quadros me disse: ‘Um país que dominar do Prata ao Caribe falará para o mundo!’”.

Nas pretensões de Jânio, deixaríamos de ser o país que vai do **Oiapoque** ao Chuí, para sermos um colosso continental que se estenderia da **Colônia Sacramento** – na antiga província Cisplatina, hoje República Oriental do Uruguai – até as praias esquecidas de **Les Hattes**, na foz do Rio Maroni, corpo fluvial que separa a Guiana Francesa do Suriname.

Como sabemos, Jânio Quadros renunciou em **agosto de 1961**, poucos dias depois desse delírio expansionista, e **nunca** invadiu a Guiana Francesa. Mas outro brasileiro **invadiu** o país vizinho e atacou suas forças militares. E isso se deu em 2012.

Manoel Moura Ferreira, conhecido por *Manoelzinho*, é um **bandoleiro** moderno. Se vivesse no sertão nordestino nas primeiras décadas do século XX, seria chamado de **cangaceiro**. Dizem que Manoelzinho formou um bando que aterrorizou as matas guianenses, coalhadas de garimpeiros que para lá acorrem em busca do sonho do ouro amarelo, extraído do inferno verde da Amazônia, muitas vezes ao custo do sangue vermelho de não poucas pessoas.

Com perplexidade e revolta, as autoridades da França reagiram aos ataques perpetrados por Manoelzinho e seu bando a forças militares e de segurança pública francesas, deslocadas à **região de Dorlin**, no meio da Guiana. Os militares e *gendarmes* emboscados haviam sido destacados para combater a mineração ilegal, que traz consigo uma feira de outros crimes violentos e cruéis contra pessoas e deixa um rastro de destruição nas matas derrubadas, no chão escavado a esmo e nos rios contaminados por mercúrio.

A série de atentados do grupo de Manoelzinho no Planalto das Guianas foi vista como uma declaração de “guerra”. Assim a descreveu o jornal *Le Monde*, em editorial de 10 de

julho de 2012, intitulado "**Garimpo de ouro na Guiana: declaração de guerra dos garimpeiros à França**" (*Orpaillage en Guyane: déclaration de guerre des Garimpeiros à la France*). Transcrevo um trecho que bem retrata as tensões entre os dois países em função desse crime e da reiteração de condutas ilícitas praticadas por cidadãos brasileiros na floresta guianense:

Ce n'est donc pas simplement un problème d'ordre public, de lutte contre une immigration clandestine ou contre une certaine criminalité. **C'est la défense des intérêts fondamentaux de la nation qui est remise en cause lorsque des groupes organisés traversent la frontière d'un Etat pour piller les ressources de son sous-sol** de cette façon systématique et récurrente, avec une violence préméditée et dans le mépris le plus abject des forces de sécurité en place. **Sur le terrain, les garimpeiros ont déclaré la guerre à l'Etat français.** [...].

Car à ce niveau d'enjeux, **l'Etat brésilien doit être interpellé sur sa propre responsabilité dans l'évolution de la situation.** La diplomatie n'empêche pas une mise en demeure faite au **Brésil de contraindre ses ressortissants au respect de la force publique souveraine d'un Etat dans la défense de son territoire, de participer à cette lutte, comme de compenser ou réparer les pertes.** La pauvreté du territoire de l'Amapá, voisin de la Guyane, ne justifie pas ce genre d'agression. **Les sanctions doivent être revues et l'agression considérée comme un acte de guerre au regard de l'escalade observée au niveau de ces bandes armées incontrôlées, dotées désormais d'équipements militaires et déterminer à attaquer les forces de sécurité de l'Etat français** en charge de la protection contre le pillage des ressources naturelles.

Os crimes do garimpo de Dorlin aceleraram a promulgação pelo Brasil do **Acordo contra a Exploração Ilegal do Ouro em Zonas Protegidas ou de Interesse Patrimonial**, que fora firmado no Rio de Janeiro em 2008. Em 2014, finalmente o governo baixou o decreto presidencial que o pôs em vigor (Decreto nº 8.337/2014). Seu art. 4º obriga as Partes a implementar as medidas necessárias para a prevenção e repressão das seguintes atividades:

- toda atividade de **extração ilegal** nas zonas protegidas ou de interesse patrimonial;
- toda atividade de transporte, detenção, venda ou cessão de **mercúrio** efetuada sem autorização ou em violação das condições impostas pela legislação nacional; e

- toda atividade de **comércio de ouro não transformado** sem autorização, especialmente as atividades de venda e revenda.

Pelo **tratado**, os Estados Partes se comprometem a punir tais infrações com fundamento em suas leis e no **contexto da cooperação judiciária bilateral em matéria penal**, o que por si reclama a incidência do **art. 109, incisos V e X**, da Constituição, no que se refere à **competência federal** para a assistência internacional passiva:

Art. 109. Aos **juízes federais** compete processar e julgar:

V – os **crimes previstos em tratado** ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, **a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade**, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

Disso nos ocuparemos mais detalhadamente neste texto.

3 OS CRIMES DO GARIMPO DE DORLIN OU *L'AFFAIRE MANOELZINHO*

Além de atentarem contra a vida de vários policiais (*gendarmes*) e militares do país vizinho, Manoelzinho, seu companheiro Ronaldo Silva Lima, o "Brabo", e outros indivíduos são acusados das mortes de **dois militares franceses, Sébastien Pissot e Stéphane Moralia**. Os crimes ocorreram em junho de 2012, e esses dois réus brasileiros foram presos em Macapá em 2014, graças à cooperação entre os dois países.

Alega-se que Manoelzinho chefiava um bando de criminosos muito conhecido nos **garimpos ilegais** na região de **Dorlin**, município de Maripasoula, na Guiana Francesa.

Assim o MPF descreveu a conduta dos réus na **denúncia** ofertada pelo procurador **André Estima** perante a **Justiça Federal de Macapá**:

[...] No dia **27 de junho de 2012**, por volta das 9h55min, na localidade de **Dorlin**, Município de Maripasoula, na **Guiana Francesa** (território ultramarino da República Francesa), os denunciados **MANOEL e RONALDO**, com vontade livre e consciente, **tentaram matar** Jacques HEIN, Michel

JOLLY, Jean-Philippe GUILLET, Laurent CHAUVET, Vincent COROUGE, Ludovic ADEUX, com desígnios autônomos em relação a cada uma das vítimas e em concurso de agentes, sob a direção do denunciado MANOEL, cometendo esses crimes em circunstância de emboscada e de forma a dificultar a defesa dos ofendidos e para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade e a vantagem de outros crimes.

Mais tarde, no mesmo dia, por volta das 13h40min, os denunciados, com vontade livre e consciente, **mataram Stéphane MORALIA e Sébastien PISSOT**, com desígnios autônomos em relação a cada uma das vítimas e em concurso de agentes, sob a direção do denunciado MANOEL, cometendo esses crimes em circunstância de emboscada e de forma a dificultar a defesa dos ofendidos e para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade e a vantagem de outros crimes.

Nesse mesmo contexto de espaço e tempo, os **denunciados tentaram matar** Fletcher ROSENBERG, Vincent COROUGE, Raphael PERRIRAZ, Cyril MAZET, Fabrice CRUNCHANT, Alexis DER SARKISSIAN, Stéphane SICLAY, Laurent CHAUVET, Sébastien LEXCELLENT, Maxime AHAMADA, Bérengère BRUNETTI, Hervé FLAMAND, Licínio PINHEIRO, Ludovic ADEUX, Guillaume CUNY, Sébastien LANSON, com desígnios autônomos em relação a cada uma das vítimas e em concurso de agentes sob a direção do denunciado MANOEL, cometendo esses crimes em circunstância de emboscada e de forma a dificultar a defesa dos ofendidos e para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade e a vantagem de outros crimes.

Diante da **morte de dois militares**, o caso teve grande repercussão na França, que passou a exigir providências do Brasil. Enquanto o pedido de cooperação passiva tramitava por aqui, pelo menos dois processos criminais tiveram lugar na França. Assim, em outubro de 2016, Manoelzinho e seus cúmplices foram julgados pelo tribunal (*cour d'assises*) da **Martinica**, no Caribe, pelas mortes de **Sébastien Pissot e Stéphane Moralia**.

Por se tratar de crimes praticados por uma organização criminosa, o caso foi confiado à *Jurisdiction Inter-Régionale Spécialisée (JIRS) en matière de criminalité organisée*, com sede em **Fort de France**, que tem jurisdição sobre as Antilhas e a Guiana. Há na França outros sete juízos especializados em matéria de criminalidade organizada deste tipo, sediados em **Paris, Lyon, Marseille, Lille, Rennes, Bordeaux e Nancy**.

As JIRS foram criadas em 2004, pela Lei de 9 de março (*Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*), que alterou o Có-

digo de Processo Penal francês, para prever uma competência territorial expandida em função da matéria e regular uma série de meios especiais de obtenção de provas:

Art. 706-75. La **compétence territoriale** d'un tribunal de grande instance et d'une cour d'assises **peut être étendue** au ressort d'une ou plusieurs cours d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73, à l'exception du 11°, ou 706-74, dans les affaires qui sont ou apparaîtraient **d'une grande complexité**.

Cette compétence s'étend aux infractions connexes.

Un décret fixe la liste et le ressort de ces juridictions, qui comprennent une section du parquet et des formations d'instruction et de jugement spécialisées pour connaître de ces infractions.

O julgamento de Manoelzinho em **Fort de France** resultou em sua condenação à **prisão perpétua**. Foi a segunda condenação de nosso personagem à prisão por toda a vida, já que Manoelzinho também foi julgado, em janeiro de **2016**, no tribunal de **Caïena**.

As condenações são, todavia, por ora, praticamente ineficazes. Como Manoelzinho é brasileiro nato, **não pode ser extraditado à França**. Porém, em cooperação internacional, a França pode pedir a **execução** dessas condenações no Brasil, com base no art. 100 da Lei nº 13.445/2016. O reconhecimento da condenação francesa dependeria de **homologação do STJ** (art. 105, inciso I, da CF), se observado o devido processo legal na origem e as garantias processuais penais mínimas. Feito isso, a pena poderia ser executada sob competência da Justiça Federal (art. 109, inciso X, da CF, c/c o art. 102, parágrafo único, da Lei), obviamente com adequação ao **limite máximo** de cumprimento previsto no art. 75 do Código Penal. Diz o art. 100 da Lei de Migração:

Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a **transferência de execução da pena**, desde que observado o princípio do *non bis in idem*.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos:

I – o condenado em território estrangeiro **for nacional** ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;

II – a **sentença tiver transitado em julgado**;

III – a **duração da condenação** a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;

IV – o fato que originou a condenação **constituir infração penal perante a lei de ambas as partes**; e

V – houver **tratado** ou promessa de reciprocidade.

Portanto, as alternativas para impedir a impunidade de Manoelzinho são **a conclusão da persecução criminal no Brasil**, a partir da ação penal proposta pelo MPF na Justiça Federal amapaense, processo que resultou de pedido francês (em **competência criminal federal**), ou a **homologação de sentença penal estrangeira** (condenações proferidas na Martinica e na Guiana), uma vez que tenha havido trânsito em julgado, para **execução penal federal** (art. 102, parágrafo único, da Lei de Migração).

4 A DECISÃO DO TRF DA 1ª REGIÃO NO CASO MANOELZINHO

Nos artigos *Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal*² e *Competência federal em crimes extraterritoriais*,³ discuti longamente as **várias razões constitucionais, legais e históricas** que determinam a competência da Justiça **Federal** para julgar **cidadãos brasileiros inextraditáveis** (natos) que cometam crimes fora do território brasileiro.

Seguindo o entendimento fixado pela Secretaria de Cooperação Internacional (SCI) da Procuradoria-Geral da República e pela Câmara Criminal do Ministério Público Federal, a partir de 2013, a Procuradoria da República sustentou que a competência para julgar **Manoelzinho** cabia à **Justiça Federal do Amapá**, em Macapá, com base na regra de competência **puramente territorial** do art. 88 do CPP.

Não se deixe enganar. Esse dispositivo **não** distribui competências entre a Justiça dos estados e a Justiça Federal nem se refere aos juízes de Direito. A razão é simples: a Justiça Federal fora extinta nos anos 1930, pelo Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, que deu efeito aos arts. 90 e 185 da Constituição de 1937. Ao entrar em vigor em 1º de janeiro de 1942, o CPP hoje ainda vigente (Decreto-Lei nº 3.689/1941) **não precisava ter** regra

2 Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal. Disponível em: <https://bit.ly/2xuu6pk> ou <https://vladimiraras.blog/2013/11/05/jurisdiacao-extraterritorial-e-competencia-criminal-federal>. Acesso em: 1º jun. 2018.

3 Competência federal em crimes extraterritoriais. Disponível em: <https://bit.ly/2H8O7Bj> ou <https://vladimiraras.blog/2016/07/25/competencia-federal-em-crimes-extraterritoriais>. Acesso em 1º jun. 2018.

sobre competência federal, simplesmente porque **não havia juízes federais em primeira instância**, só reinstituídos pelo Ato Institucional nº 2/1965 e pela Lei nº 5.010/1966.

Depois que a Justiça Federal recebeu a denúncia contra Manoelzinho, a **Defensoria Pública da União (DPU)** questionou em *habeas corpus* a competência federal perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília. Normalmente, quem se opõe à tese da competência federal aferra-se a **um julgado do STF** (HC 105.461/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 29/3/2016)⁴ e a **uma decisão do STJ** em conflito de competência (CC 104.342/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 12/8/2009).⁵

Duas coisas precisam ser ditas para que não se incorra no risco tantas vezes denunciado do *ementismo*, ou seja, a prática de guiar-se **unicamente pelas ementas de acórdãos**:

a) esses dois julgados são na verdade um, pois **dizem respeito ao mesmo caso**, um duplo homicídio cometido por um brasileiro e por uruguayos em Rivera, na República Oriental do Uruguai, tendo como vítimas os policiais civis Ronaldo Almeida Silva e Leonel Jesus Ilha da Silva. O brasileiro Ricardo José Guimarães, suposto executor dos crimes, foi o paciente no **HC 105.461/SP** do STF, impetrado por sua defesa contra a decisão do STJ no **CC 104.342/SP**, com o objetivo de firmar a competência federal.

b) **de modo algum**, as razões de decidir das Cortes retrataram a controvérsia em toda sua extensão, já que o STF e o STJ **não examinaram** nenhuma das **novas questões** históricas, legais e constitucionais que passaram a ser acolhidas a partir de 2013 pela SCI e pelo órgão revisional criminal do MPF e apontadas em outros textos.⁶ A motivação dos votos foi **absolutamente sucinta**, não tendo os ministros enfrentado nenhuma das novas proposições aventadas doutrinariamente e na atual posição institucional do MPF. O relator no STF limitou-se a dizer que “O simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é, por si só, neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto não ofende bens, serviço ou interesse da União – artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.” **E só.**

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 105.461/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de março de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Le708E> ou <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11442237>. Acesso em: 2 jun. 2018.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Conflito de Competência 104.342/SP**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2LRUDQs> ou https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=TA&sequencial=892521&num_registro=200900478752&data=20090826&formato=PDF. Acesso em: 2 jun. 2018.

6 Vide notas 2 e 3.

Por isso mesmo, considerando que se trata de **um só caso no STF** e já que **não houve** pronunciamento das cortes superiores sobre a **tese nova**, que é consistente e fundada em razões constitucionais, legais e históricas, não há como dizer que haja “**jurisprudência**” e que tal posição seja “**pacífica**”, jargões repetidos sem maior reflexão por profissionais do Direito aqui e alhures.

Louve-se, portanto, a **evolução jurisprudencial** preconizada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no Caso Manoelzinho, o qual percebeu que os precedentes, como os dos conflitos de competência (CC) 104.342/SP e 115.375/SP do STJ, **não se amoldavam** à hipótese fática e à essência do tema.

Acolhendo o posicionamento do MPF nas duas instâncias ordinárias (Macapá e Brasília), a decisão **unânime** da 3ª Turma do Tribunal Regional foi pela **competência federal**, assentando pela primeira vez neste debate o vetor do **inciso III** do art. 109 da Constituição:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. **HOMICÍDIOS, CONSUMADOS E TENTADOS, COMETIDOS POR BRASILEIROS NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA EXTRATERRITORIALIDADE.** ACORDO DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ENTRE O BRASIL E A FRANÇA. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.** COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CPP, ART. 88. DOMICÍLIO DE PRESOS. ORDEM DENEGADA.

1. A **competência da Justiça Federal** vem estabelecida no art. 109 da Constituição da República e, diante de todas as informações trazidas aos presentes autos, é certo que a presente hipótese está enquadrada no inciso III, que dispõe, in verbis: “**as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional**”.
2. No Capítulo VIII do Título V do Livro I do Código de Processo Penal, sob a rubrica “disposições especiais”, vem disciplinada a questão relativa à **competência territorial** que, na hipótese de processo por crimes praticados fora do território brasileiro, é o Juízo da Capital do Estado onde por último houver residido o acusado (art. 88).
3. Na hipótese, embora alegado pela Impetrante que os Pacientes teriam residido em São Luiz do Maranhão antes da consumação dos fatos aqui tratados, não há prova que referende tal afirmação, razão pela qual há de se concluir pela competência do MM. Juiz da Seção Judiciária do Amapá para o processamento da Ação Penal 0004449-23.2015.4.01.3100.

4. **Ordem denegada.** (BRASIL. Tribunal Regional Federal/1ª Região (3. Turma). Habeas Corpus 0023021-78.2016.4.01.0000/AP. Relatora: Juíza Federal Convocada Rogéria Maria Castro Debelli, 2 de maio de 2017).

Insatisfeita com esse desfecho, a **DPU levou a questão ao STJ** por meio do RHC 88.432/AP, distribuído ao ministro **Néfi Cordeiro**, recurso esse que mereceu parecer contrário da subprocuradora-geral da República Luiza Cristina Frischeisen.⁷

Além das obrigações pertinentes ao tratado bilateral de assistência jurídica mútua em matéria penal (Decreto nº 3.324/1999), que faz surgir o dever de persecução do Estado brasileiro, e ainda tendo em conta o art. 4º do Acordo contra a Exploração Ilegal de Ouro em Zonas Protegidas ou de Interesse Patrimonial (Decreto nº 8.337/2014) – aplicável ao Planalto das Guianas (local dos crimes) –, há de se considerar, para aferição da presença do interesse e da competência federais (art. 109, III e IV, CF) no caso dos crimes do garimpo de Dorlin, a regra do art. 2º do Acordo de Parceria e de Cooperação entre o Brasil e a República Francesa em Matéria de Segurança Pública, celebrado em Brasília em 1997. Segundo tal dispositivo, as partes devem cooperar para prevenção e repressão de todas as formas de criminalidade internacional, e, na execução dessa cooperação:

a) as Partes Contratantes trocarão informações relativas a pessoas suspeitas de atos delituosos de natureza internacional, ao relacionamento e aos vínculos entre essas pessoas, à estrutura, ao funcionamento e aos métodos de organização criminais, às circunstâncias dos crimes cometidos nesse contexto, assim como às disposições legais infringidas e às medidas tomadas, enquanto necessário para a prevenção e a repressão daquelas infrações; [...].

Por onde quer que observe a questão, não há como fugir da constatação de que há **dever convencional** (resultante de tratados) da República Federativa do Brasil de **prestar cooperação** à França ou de **assumir a jurisdição** por crimes praticados no território francês por brasileiros **inextraditáveis**. Essa é precisamente a situação de Manoelzinho e de Ronaldo "Brabo", ambos hoje presos na Penitenciária Federal de Porto Velho (RO).

Se se trata de **cumprir os tratados firmados com a República Francesa** (*pacta sunt servanda*), a obrigação de fazê-lo é do Estado federal, isto é, da pessoa jurídica de direito internacional público, a União, jamais de um Estado-Membro. Se foi o Estado nacional quem se obrigou no plano internacional, deve cumprir **por seus órgãos** os compro-

⁷ Disponível em: <https://bit.ly/2Le6GXu> ou <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2018/02/caso-manoelzinho-parecer-do-mp-f-rhc-88432-competecc82ncia-federal-amapacc81.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

missos firmados nos tratados. Tem-se situação que se enquadra tanto no **inciso III** do art. 109 (causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro), quanto no **inciso IV** do mesmo artigo (interesse da União), a definir competência federal.

Não se pode afastar também a incidência do **inciso II** do art. 109 da Constituição, porque, na essência, um pedido estrangeiro de cooperação internacional (passiva) para persecução criminal no Brasil corresponde a **uma causa** entre Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no país, especialmente quando se tem em mira um procedimento extradicional e, no caso de sua negativa, a transferência de jurisdição correspondente.

A existência de **interesse federal** e das repercussões que um crime pode ter nas **relações bilaterais** entre Estados soberanos foi muito claramente enunciada no editorial do *Le Monde* acima transcrito.

É preciso que os tribunais superiores, em se debruçando sobre esta e outras **novas razões** já alinhadas nos textos citados,⁸ apontem a solução que seja conforme a Constituição e que seja capaz de corresponder à tradição republicana brasileira iniciada pelo Decreto nº 3.084/1898 (Parte Segunda, art. 7º, § 1º, e 9º)⁹ e à necessidade de promover as relações internacionais do Estado nacional brasileiro com seus pares.

Naquele diploma legal, publicado há **120 anos**, no alvorecer da Federação brasileira, estipulou-se competência **federal** para crimes praticados no exterior:

Art. 7º **Poderão ser processados pela Justiça federal**, ainda quando ausentes da Republica, e julgados quando forem presentes, ou por terem regressado espontaneamente ou por extradição conseguida para esse fim, os brasileiros que perpetrarem alguns dos crimes previstos nos capitulos I e II do Tit. I, L. 2, e no Cap. I do Tit. VI do Cod. Penal, bem como os crimes de falsificação de actos das autoridades federaes, de titulos de divida publica, de papeis de credito e valores da nação ou de banco autorizado pelo Governo Federal e os de homicidio e roubo em fronteira, não tendo sido o delinquente punido no logar onde delinuiu.

§ 1º A disposição do artigo antecedente poderá ter execução no que for applicavel em relação **aos estrangeiros que perpetrarem fóra da Re-**

8 Vide notas 2 e 3.

9 Disponível em: <https://bit.ly/2Lh5Q10> ou <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=399352&i-d=14439955&idBinario=15685152&mime=application/rtf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

publica quaesquer dos referidos crimes, quando venham ao território brasileiro espontaneamente ou por extradição obtida para esse fim.

Para crimes cometidos nos **países fronteiriços**, o Decreto-Lei nº 3.084/1898 tinha regra específica, atribuindo a competência aos **juízes federais**, então chamados de juízes seccionais: “Art. 9º É exclusivamente da **competência do juiz seccional do Estado fronteiro**, quando o delinquente for ahi domiciliado ou teve o seu ultimo domicilio na Republica e **commetteu o crime no paiz confinante**.”

Por que tais dispositivos da República Velha deixaram de ser aplicados? Porque, como se explicou, a Justiça Federal foi extinta em 1937 e só recriada em 1966, quando já estava em vigor o CPP de 1941, que, obviamente, **nada previa e nada podia** prever sobre competência federal dos juízes federais de primeira instância.

Com o incremento das relações jurídicas na sociedade global somado ao fator da proibição da extradição de nacionais, o tema da extraterritorialidade da lei penal tende a se tornar mais frequente. Na ação penal 0014740-63.2016.403.6181, em curso na **5ª Vara Federal Criminal de São Paulo**, decorrente de pedido de cooperação passiva oriundo do **Japão**, também foi admitida a **competência federal**. Os cidadãos brasileiros natos (inextraditáveis) Marcelo **Yokoyama** e Alexandre Hideaki **Miura** foram denunciados pelo MPF pelo crime de extorsão mediante sequestro com resultado morte, cometido em Nagoya, em **2001**, tendo como vítima o empresário japonês **Harumi Inagaki**.

O tema da competência é objeto de **HC 04372-74.2017.4.03.0000/SP**, também impetrado pela DPU perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em São Paulo, distribuído ao desembargador José Lunardelli. Em 20/12/2017, o relator **indeferiu a liminar**, porque a questão da competência não fora discutida em primeira instância.

A **ação penal 003821-95.2013.4.01.3300**, proposta na **2ª Vara da Justiça Federal** em Salvador contra Mário Pacheco do Nascimento, também se vale dessas premissas para fins de competência. Pacheco, cidadão brasileiro conhecido como o “**Mago de Milão**”, foi denunciado pelo MPF por estelionatos cometidos na **Itália**, país com o qual o Brasil também mantém tratados de cooperação internacional e de extradição, que impõem persecução no país, como dever convencional, em caso de não entrega de brasileiro a outro país. Mário Pacheco foi condenado na Itália, mas em 2014, quando se executou o pedido italiano, a pena criminal estrangeira **ainda não podia** ser executada no Brasil.

Noutra ação penal em curso na Justiça Federal, a tese de base para afirmação da competência foi a mesma. **Flavio Acosta Riveros** teve sua extradição ao **Paraguai** negada pelo STF, porque é cidadão brasileiro, embora haja dúvidas sobre sua nacionalidade. Acosta é acusado de ser um dos responsáveis pela **morte do jornalista** paraguaio Pablo Medina e de sua assistente Antonia Maribel Almada, em outubro de 2014, no Departamento de Canindeyu.

Após indeferimento da extradição, o Paraguai requereu ao Brasil que assumisse a persecução criminal. Em 2017, o MPF propôs a **Ação Penal 5053685-38.2017.4.04.7000**, que está em curso na 13ª Vara Federal de Curitiba. Na decisão que recebeu a **denúncia** contra Flávio Acosta Riveros, a juíza Gabriela Hardt acertadamente registrou:¹⁰

O pedido de **transferência do processo** e julgamento de Flavio Acosta Riveiros para a jurisdição brasileira foi formulado pela autoridade competente no Paraguai em razão da negativa do pedido de extradição deste pelo Supremo Tribunal Federal e consta do evento 1, a partir das fls. 146. **Reconheço também a competência da Justiça Federal conforme previsto nos incisos III, IV e X do art. 109 da Constituição, sendo este um tema de cooperação internacional, que sempre é tratada por juízes federais**, a partir da lógica do art. 105, inciso I, alínea “i”, da CF. Também **nítido o interesse da União na persecução**, já que envolve relação do Estado brasileiro com o paraguaio.

Na 1ª Região da Justiça Federal, a competência federal também é objeto do Recurso em Sentido Estrito (**RESE**) **0012346-66.2015.4.01.3500/GO**, interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do Juízo da 5ª Vara Federal de **Goiânia**, que se deu por incompetente para julgar a ação penal proposta pela Procuradoria da República contra **Geane Araújo Pereira**. Atualmente, o recurso em sentido estrito está na relatoria do Des. Mário César Ribeiro, da 3ª Turma do TRF-1, aguardando decisão. A ré é acusada da autoria do homicídio de que foi **vítima Maria José dos Santos Milheiro**, em 26 de outubro de 2009, na cidade de Fundão de Castelo Branco, em **Portugal**.

Há ainda outro caso vinculado ao **TRF-1**, que julgará o recurso em sentido estrito (rel. des. Monica Sifuentes) interposto pela DPU contra decisão de pronúncia proferida pelo Juízo Federal de **Belo Horizonte**, na **Ação Penal 0005495-12.2017.4.01.3800**, proposta contra **Dinai Alves Gomes**, acusado da morte de **Michele Santana Ferreira, Lidiana**

10 Disponível em: <https://bit.ly/2LSRIHp> ou https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2018/02/700004277328-e-proc-_.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

Neves Santana e Thayane Milla Mendes, ocorridas em 2016 em Cascais, Portugal. O réu Dinai Gomes foi pronunciado pelo juiz federal Jorge Gustavo Serra de Macedo Costa em julho de 2017.¹¹ Um HC anterior, **0056258-06.2016.4.01.0000/MG**, que também atacava a competência federal, teve liminar indeferida pelo juiz convocado Klaus Kuschel em 2016 e não foi conhecido, no julgamento de mérito pela 3ª Turma, em 2017.

5 A COMPETÊNCIA FEDERAL EM COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA NOVA LEI MIGRATÓRIA

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) trouxe mais luz ao tema, na medida em que, ao tratar de dois institutos de **cooperação jurídica internacional em modo passivo**, estabeleceu a **competência federal**, em linha com o art. 109, incisos IV e X, da Constituição de 1988.

O primeiro dos dispositivos é o art. 102, parágrafo único, da Lei Migratória, que trata da transferência de execução penal, isto é, do *enforcement* no Brasil de **decisões condenatórias estrangeiras**, para além do que dispõe o art. 9º do CP.

Graças aos arts. 100 a 102 da Lei nº 13.445/2017, desde sua vigência, **sentenças penais condenatórias proferidas no exterior** podem ser **homologadas** no Brasil para todos os fins:

Art. 102. A forma do pedido de **transferência de execução da pena** e seu processamento serão definidos em regulamento.

Parágrafo único. **Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal.**

O reconhecimento de sentença penal estrangeira é instituto de cunho **processual** e se aplica de imediato (*tempus regit actum*), pois a Lei nº 13.445/2017 trouxe **apenas alteração do procedimento de cooperação internacional para a persecução de crimes praticados no exterior**. Deixa-se de depender da propositura de ação penal no Brasil para crimes já julgados no exterior e passa-se diretamente à execução da sentença proferida no exterior em relação a esses mesmos crimes. Tem-se, portanto, uma mera **troca de rito** para se chegar à resposta penal, que não se pode confundir com *novatio legis in pejus*.

¹¹ Disponível em: <https://bit.ly/2kGXX4J> ou <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2018/02/caso-dinai-portugal-decisc3a30-de-pronc3bancia.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

Tal alteração, longe de ser prejudicial ao réu, contribui para evitar **dupla persecução criminal** pelo mesmo fato (*bis in idem internacional*), exatamente o que aconteceu nos casos Manoelzinho e do “Mago de Milão”, ambos condenados na França e na Itália e atualmente respondendo a ações penais no Brasil (Amapá e Bahia) **pelos mesmos fatos**.

Por outro lado, o art. 100 da Lei de Migração não incrementa a resposta penal pelo crime que se praticou no exterior. Não há inovação quanto à lei penal incriminadora, seja nos seus elementos típicos ou no preceito sancionador. **Não há *lex gravior***, na medida em que a pena estrangeira será obrigatoriamente harmonizada ao preceito secundário da **norma incriminadora brasileira, que deve existir antes da prática do fato no exterior**. Esse é o sentido da **anterioridade** que se deve observar no procedimento de cooperação internacional. A lei penal aplicável é a brasileira, que deverá estar vigente **antes do fato praticado no exterior**, e não meramente antes da entrada do pedido de cooperação no Brasil.

Com ou sem a Lei nº 13.445/2017, a resposta penal ao autor do crime extraterritorial viria. **Antes**, dar-se-ia por persecução penal no Brasil para aplicação da lei penal brasileira a crime cometido no exterior. **Agora**, continua a ocorrer a reação persecutória por esse mesmo modo ou pelo outro novo, que faculta ao Ministério Público Federal promover execução da sentença proferida no Estado estrangeiro, já amoldada à lei penal brasileira, sempre respeitados o art. 5º, III e XLVII, da Constituição e o art. 75 do CP.

Tal instituto de *enforcement* de sentenças estrangeiras, que se baseia no princípio da confiança mútua, aplica-se a **crimes cometidos inteiramente no exterior e aí julgados. Independentemente** do bem jurídico protegido e da qualidade das vítimas ou mesmo não existindo transnacionalidade do *iter criminis*, a competência para execução da sentença penal estrangeira no Brasil será da **Justiça Federal** (incisos IV e X do art. 109, CF), e não da Justiça dos estados, como erroneamente poderiam sugerir os precedentes do STF e do STJ.

Com base na nova regra legal, após **trânsito** em julgado da decisão condenatória estrangeira, o Estado sentenciante pode pedir ao Brasil (e vice-versa) reconhecimento da sentença, para execução nessa jurisdição. Tal medida de cooperação é muito útil nos casos de inextraditabilidade de nacionais. Agora, o Estado onde ocorreu o crime não precisa demandar ao Brasil o início da persecução criminal contra o brasileiro nato; **pode julgá-lo em seu próprio foro e depois remeter a decisão condenatória** a que chegar para que seja cumprida no Brasil.

O outro instituto de interesse para a presente discussão está regulado nos **arts. 103 a 105 da Lei de Migração**. Para os casos de **transferência de condenados ao Brasil**, medida que tem cunho **precipuaemente humanitário**, a competência também será **federal**:

Art. 105. A forma do pedido de **transferência de pessoa condenada** e seu processamento serão definidos em regulamento.

§ 1º Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal.

A aplicação do § 1º do art. 105 far-se-á sem prejuízo da **Súmula 192 do STJ**, quando se der o início da execução penal (em concreto) em estabelecimento **prisional** estadual:

Súmula 192: Compete ao **Juízo das Execuções Penais do Estado** a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, **quando recolhidos** a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

Vale dizer: o cumprimento no Brasil de condenações proferidas no exterior, seja por transferência de execução (do título prisional) ou por transferência do condenado (da própria pessoa e do título prisional), são de **competência federal**, e, por meras razões administrativas e de controle da disciplina carcerária, transferem-se à Justiça dos estados, após adequação da pena estrangeira e expedição da guia de recolhimento, quando a pena deva ser cumprida em **estabelecimento estadual**.

Se não houver inclusão do sentenciado em unidade prisional estadual, todo o procedimento de execução penal ficará **a cargo de juízes federais**.

O art. 102 e o art. 105 da Lei de Migração reforçam a existência de **interesse da União**, no sentido do inciso IV do art. 109 da Constituição, quando se tratar de **medida de cooperação internacional passiva, seja qual for sua natureza**.

O fator "internacionalidade" é um vetor de federalização da competência para julgamento de crimes extraterritoriais, no contexto da cooperação jurídica internacional passiva, isto é, naqueles casos em que o Brasil é o Estado requerido. Esse vetor está presente **expressamente** no texto constitucional, como se vê no inciso X do art. 109 da CF, segundo o qual nas rogatórias e na execução de sentenças estrangeiras a competência é da Justiça Federal.

O próprio **Caso Manoelzinho** serve novamente de exemplo. Após os crimes do garimpo de Dorlin, o Brasil recebeu uma carta rogatória do Tribunal de *Grande Instance* de Caiena, para interrogatório de Manoel Moura Ferreira e Ronaldo Silva Lima. O *exequatur* foi concedido pelo presidente do STJ, e o depoimento no Brasil, destinado a instruir procedimento criminal estrangeiro, foi tomado pela **Justiça Federal do Amapá** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CR 8024 FR. Relator: Min. Félix Fischer, 15 de maio de 2013).

Por que a Justiça Federal cumpriu essa rogatória? Por força do inciso X do art. 109 da Constituição, que institui um desses vetores de federalização da competência. Eles se manifestam sempre que estiver presente alguma **questão internacional** que diga respeito a interesse da União, a relacionamento com Estado estrangeiro, ao cumprimento de tratados, à nacionalidade (como fator de proibição de extradição), à navegação aérea e marítima internacionais ou à cooperação em matéria penal.

A pergunta é: se para um simples ato do processo penal por crime cometido no exterior (uma oitiva, um interrogatório, qualquer coleta probatória ou uma singela citação) a competência para a cooperação passiva no Brasil é da **Justiça Federal** (interrogar os acusados dos crimes do garimpo de Dorlin, por exemplo), por que, então, para **realizar toda a instrução criminal**, sobre o mesmo fato (crimes cometidos no garimpo de Dorlin, por exemplo), a competência seria da Justiça Estadual? Não faz sentido algum a solução dada ao tema pelo STF no **HC 105.461/SP** e pelo STJ no **CC 104.342/SP**.

É lição secular de hermenêutica jurídica de que **onde há a mesma razão** (o interesse federal decorrente das relações internacionais) **deve haver a mesma solução** (competência da Justiça do Estado federal para as medidas de cooperação). **Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**. Tendo em mira o Decreto nº 3.084/1898, a Lei Federal nº 2.416/1911¹² e o Decreto-Lei nº 6/1937, aspectos legais e históricos reforçam a exatidão do raciocínio que acolhe a competência federal em tais casos.

Se o **juiz federal** é o competente para colher certas provas que auxiliarão na instrução criminal em curso no Estado rogante, **será também o competente** para realizar ele mesmo a instrução criminal por inteiro. Essa instrução terá curso no Estado rogado, nas hipóteses de **transferência da persecução criminal** ou da execução penal.

O constituinte **não distingue**, para fixação da competência na Justiça Federal no marco do inciso X do art. 109 da CF, o **bem jurídico lesado** ou o tipo de crime objeto do

12 Disponível em: <https://bit.ly/2srMXfi> ou <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2416-28-junho-1911-579206-publicacaooriginal-102088-pl.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.

pedido de cooperação passiva (por rogatória ou auxílio direto), a qualidade da vítima ou o crime afirmado na sentença penal condenatória.

Não importa se o crime no exterior é um furto contra particular, um homicídio na fronteira, um estupro na rua ou um estelionato contra comerciante numa grande cidade estrangeira. A competência para as rogatórias passivas e os pedidos de *mutual legal assistance* (auxílio direto) no Brasil é **sempre federal** (inciso X), devido ao interesse federal intrínseco e inafastável que tais eventos carregam, em função dos vínculos convencionais entre o Brasil e outros Estados soberanos e do dever de persecução que resulta de tratados ou da convivência na comunidade das nações.

Dizendo de outro modo, **na cooperação internacional passiva**, não importa o crime praticado no exterior nem quem é a vítima. A competência para prestar assistência internacional a órgãos de persecução e julgamento supranacionais ou pertencentes a outros países é **sempre** da Justiça Federal.

Do mesmo modo, quando o pedido estrangeiro tiver por fim o cumprimento da pena no Brasil (art. 102 da Lei de Migração) ou pretender provocar início de persecução criminal no Brasil contra brasileiro inextraditável, autor de crime no exterior, a competência será sempre federal, porque estão presentes o **vetor de internacionalidade**, o **dever convencional** e o **interesse da União**. Ademais, tal pedido nada difere de uma rogatória.

Todos esses inúmeros argumentos podem ser substituídos por um só. Quando um crime é cometido no exterior, o Estado estrangeiro **pode pedir** ao Brasil que auxilie na coleta probatória para julgamento no exterior ou, se quiser, **pode pedir** ao Brasil que todo o julgamento tenha curso aqui. **Ambos** os pedidos aqui tramitarão como **cartas rogatórias ou pedidos de auxílio direto**. Logo, **ambos** são de competência federal, com base no inciso X do art. 109 da Constituição.

De forma sucinta, a **coleta probatória** e a **execução penal** estrangeiras requeridas ao Brasil são de competência federal. Assim também deve ser quando a **persecução criminal** por inteiro for transferida ao Brasil. Uma simples relação de **parte e todo**.

Por esses motivos é que, com a **devida vênia**, estão equivocadas, por ofensa ao art. 109 da Constituição, as decisões do STF e do STJ que reconheceram competência da Justiça dos **estados** para julgamento de crimes extraterritoriais, sobretudo quando existam tratados de assistência jurídica ou de extradição vigentes entre esses países e o Brasil.

6 COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Uma vez definida nos tribunais superiores a competência federal ou estadual, **Manoelzinho e Brabo** devem ser julgados pelo **tribunal do júri** da **comarca** de Macapá ou, como entendo, pelo tribunal do júri da **seção judiciária federal** da mesma cidade.

Art. 88. No processo por **crimes praticados fora do território brasileiro**, será competente o **juízo da Capital do Estado** onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

Embora haja nos recursos da DPU discussão sobre a **competência territorial** (art. 88 do CPP), se de **Macapá** (AP) ou de **São Luís** (MA), a esta altura já se sedimentou a competência no **foro criminal amapaense**, podendo ser aplicada a regra do **art. 91 do CPP**, de **prevenção**, dada a dúvida sobre a cidade onde residiam os réus antes do crime: “Art. 91. Quando incerta e não se determinar de acordo com as normas estabelecidas nos arts. 89 e 90, **a competência se firmará pela prevenção**.”.

A competência é do júri porque Manoelzinho e Brabo foram acusados pelo MPF da prática de **crimes dolosos contra a vida**, consumados e tentados, o que faz incidir o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição. Para eles, é bom lembrar, vale a **presunção de inocência**.

Tendo como **jurados os cidadãos de Macapá**, a questão que permanece em aberto, até decisão final dos tribunais superiores, é sobre quem presidirá o júri de Manoelzinho e Brabo (um juiz federal ou um juiz de Direito), quem representará a sociedade no plenário (um procurador da República ou um promotor de Justiça) e quem estará na defesa dos réus (um defensor público da União ou um defensor público estadual). No meu entendimento, essas funções devem ser realizadas por autoridades federais, nos termos do art. 109, II, III, IV e X, da Constituição.

Referências

ARAS. Vladimir. Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal. **Blog do Vlad**, 5 nov. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2xuu6pk> ou <https://vladimiraras.blog/2013/11/05/jurisdiacao-extraterritorial-e-competencia-criminal-federal>. Acesso em: 1º jun. 2018.

_____. Competência federal em crimes extraterritoriais. **Blog do Vlad**, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2H8O7Bj> ou <https://vladimiraras.blog/2016/07/25/competencia-federal-em-crimes-extraterritoriais>. Acesso em 1º jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898**. Aprova a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal. Disponível em: <https://bit.ly/2Lh5Qt0> ou <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSiget.action?norma=399352&id=14439955&idBinario=15685152&mime=application/rtf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. **Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911**. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do país, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei. Disponível em: <https://bit.ly/2srMXfi> ou <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2416-28-junho-1911-579206-publicacaooriginal-102088-pl.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CR 8024 FR**. Relator: Min. Félix Fischer, 15 de maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 105.461 SP**. Competência – Homicídio praticado por brasileiro no exterior – Tribunal do Júri Estadual. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de março de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Le708E> ou <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11442237>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal/1ª Região (3. Turma). **Habeas Corpus 0023021-78.2016.4.01.0000/AP**. Relatora: Juíza Federal Convocada Rogéria Maria Castro Debelli, 2 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 104.342**. Conflito negativo de competência. Homicídios qualificados. Crimes perpetrados por brasileiro, juntamente com estrangeiros, na cidade de Rivera – República Oriental do Uruguai. Região fronteiriça. Vítimas. Policiais civis brasileiros. Residentes em Santana do Livramento/RS. Extraterritorialidade. Agente brasileiro, que ingressou no país. Último domicílio. Cidade de Ribeirão Preto/SP. O *iter criminis* ocorreu no estrangeiro. 1. Os crimes em análise teriam sido cometidos por brasileiro, juntamente com uruguaios, na cidade de Rivera – República Oriental do Uruguai, que faz fronteira com o Brasil. 2. Aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7.º, inciso II, alínea b, e § 2.º, alínea a, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional. 3. Nos termos do art. 88 do Código de Processo Penal, sendo a cidade de Ribeirão Preto/SP o último domicílio do indiciado, é patente a competência do Juízo da Capital do Estado de São Paulo. 4. Afasta-se a competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art. 109 da Carta da República, principalmente, porque todo o *iter criminis* dos homicídios ocorreu no estrangeiro. 5. Conflito conhecido para declarar a competência de uma das Varas do Júri da Comarca de São Paulo/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz, 12 de agosto de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=892521&num_registro=200900478752&data=20090826&formato=PDF. Acesso em: 2 jun. 2018.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação Penal nº 5053685-38.2017.4.04.7000/PR**. 13 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2LSRIHp> ou <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2018/02/700004277328-e-proc-.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU EM MINAS GERAIS. Seção Judiciária de Minas Gerais. 11ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem de dinheiro ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores e Naqueles Praticados por Organizações Criminosas. **Ação Penal – Classe 13101**. Processo nº 5495-13.2017.4.01.3800. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Dinai Alves Gomes. 16. jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2kGXX4J> ou <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2018/02/caso-dinai-portugal-decisc3a3o-de-pronc3banca.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 1486/2017**. Recurso em habeas corpus. Homicídios, consumados e tentados, cometidos por brasileiros no exterior. Princípio da extraterritorialidade. Acordo de cooperação judiciária em matéria penal entre o Brasil e a França. Competência da Justiça Federal. Competência territorial. CPP, art. 88. Domicílio de presos. Recorrentes: Manoel Moura Ferreira e Ronaldo Silva Lima. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 4 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Le6GXu> ou <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2018/02/caso-manoelzinho-parecer-do-mpf-rhc-88432-competecc82ncia-federal-ampacc81.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

12

CONTRADITÓRIO PLENO
ENTRE AS PARTES COMO
LIMITADOR CONSTITUCIONAL
DA SUBSTITUTIVIDADE
JURISDICIONAL NO PROCESSO
PENAL

Wéberton Pereira da Cruz Silva¹
André Faria²

Resumo: O presente trabalho analisa os limites de uma das características da jurisdição penal brasileira, a substitutividade, a partir do Estado Democrático de Direito instalado pela Constituição de 1988. Avalia se o julgador, ao representar o Estado, está constitucionalmente legitimado para postura processual ativa, mitigando o exercício do contraditório. Objetiva afastar a ideia de um processo penal a serviço da jurisdição, assim como a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, ligação esta que mais se coaduna com a cultura inquisitorial processual penal sob a qual o juiz está em posição hierarquicamente superior à das partes. Contrasta a visão da doutrina clássica em face da doutrina contemporânea e das noções de jurisdição, substitutividade processual, processo penal e das teorias sobre sua fonte. Indica os sistemas processuais penais e enfatiza os requisitos do princípio do contraditório. Conclui que contraditório pleno entre as partes é o limitador constitucional ao exercício da atividade substitutiva do Estado, pois os debatedores não são meros destinatários do provimento final, mas, em coautoria, constroem a decisão judicial.

Palavras-chave: Jurisdição. Substitutividade. Processo Penal. Contraditório Pleno.

Abstract: *This paper analyzes the limits of one of the characteristics of the Brazilian criminal jurisdiction, the substitutivity, by the democratic state instituted by the 1988 Constitution. It evaluates whether the judge, when representing the state, is legitimated to play an active role, mitigating the adversary rule. It aims to reject the idea of criminal proceedings at the service of jurisdiction, as well as the existence of a legal relationship between the parties, which is linked to an inquisitorial culture of criminal procedure under which the judge is hierarchically above the parties. It contrasts the vision of classical doctrine in the face of contemporary doctrine and the notions of jurisdiction, procedural substitutivity, criminal procedure and theories about its source. It points out criminal procedure systems and emphasizes the requirements of the adversarial principle. It concludes that the full adversary system between the parties is the constitutional limitation to the exercise of substitutive activity of the state, because contenders are not mere recipients of the final judgment, but they are co-authors of the court decision.*

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unihorizontes (2016). Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Arnaldo Janssen (2018). Servidor Público da Secretaria de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão Processante Permanente (CPP/Seap).

2 Graduado em Direito (1999). Mestre em Processo pela PUC Minas (2009). Professor de Processo Penal I e II na Faculdade Novos Horizontes. Advogado.

Keywords: *Jurisdiction. Substitutivity. Criminal proceedings. Procedural Penal systems. Full adversary system.*

1 INTRODUÇÃO

É incontestável que a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico civilizatório nacional. Ao positivar em um único texto os anseios de um povo que há muito tempo clamava por seus direitos e ao insculpir, no art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, rompe os laços político-jurídicos que mantinha com o Estado Social e muda o modelo do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa mudança incide diretamente sobre inúmeros institutos jurídicos e exige dos intérpretes e estudiosos do direito uma nova abordagem teórica e prática no que diz respeito à atividade jurisdicional do Estado, à luz do paradigma atual, o Democrático de Direito. Dentre os temas que requerem adequada releitura, pós-Constituição de 1988, um merece destaque especial: a substitutividade como característica da jurisdição penal. Trata-se de responder à seguinte pergunta: o julgador, ao representar o Estado, está legitimado a adotar postura processual ativa, mitigando o exercício do contraditório entre as partes?

Compreender e delimitar os limites do novo sistema de governo à atividade substitutiva do Estado tem extrema relevância para a comunidade jurídica e para os administrados, pois, para chegar à pena, é indispensável a existência de um processo. Esse instrumento impede que os julgadores extrapolem sua atuação jurisdicional e cometam arbitrariedades, como, mesmo antes da ação penal, determinar produção antecipada de provas sem que tenha sido provocado por alguma das partes – condutas que, no passado não tão remoto, na inquisição, eram (in)justificadamente legítimas.

Para tanto, a metodologia a ser aplicada será a pesquisa bibliográfica, realizando contextualização crítica doutrinária sobre o instituto da substitutividade e do contraditório, contrapondo a clássica visão da doutrina às das correntes atuais. Vale-se principalmente dos ensinamentos de Aury Lopes Júnior, Aroldo Plínio Gonçalves e André Faria. Indicará a noção de jurisdição e substitutividade jurisdicional, ao mesmo tempo que buscará desmistificar a inquisitória concepção de processo penal, confrontando as teorias sobre sua fonte e contrastando a evolução histórica dos sistemas processuais penais.

A explanação jurídica da contemporânea concepção dos elementos que compõem a garantia constitucional de exercício do contraditório tem especial destaque. Esse novo

entendimento doutrinário e também legal se coaduna com a afirmação de que, em um Estado Democrático de Direito, as partes são legitimadas a atuar ativamente em direção ao provimento final, não o juiz.

Busca-se demonstrar que o processo penal não mais pode ser entendido como instrumento a serviço da jurisdição (e de alvos diversos dos jurídicos), mas exatamente o contrário. A tutela jurisdiccional passa a ser instrumento a serviço do processo, que, contemporaneamente, é entendido como instrumento assegurador de direitos e garantias fundamentais.

A cultura inquisitorial de um juiz hierarquicamente superior às partes nos procedimentos jurisdicionais penais deve ser extinta no ordenamento jurídico brasileiro, assim como suas arcaicas prerrogativas que usurpam o papel e a autonomia processual dos verdadeiros debatedores, que operam por meio do exercício do contraditório.

2 JURISDIÇÃO E SUBSTITUTIVIDADE PROCESSUAL

A doutrina clássica concebe a jurisdição como função estatal, por meio da qual o Estado-juiz inerte, após ser provocado por um dos interessados, substitui os titulares do interesse controverso e de forma imparcial desenvolve uma série de atos legais que findarão com resolução da lide, mediante aplicação do direito material ao caso. Essa decisão, que expressa a vontade da lei, tem poder imperativo e necessariamente será extraída de um fenômeno jurídico denominado processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 149-150).

O exercício da tutela jurisdiccional envolve diversas características peculiares e essenciais. Entre elas, evidencia-se a presença de uma *lide*, que induz à ideia da existência de pretensões conflitantes, ao mesmo tempo da *inércia* estatal, a qual exige que o órgão jurisdiccional somente se manifeste caso seja provocado por uma das partes, além da substitutividade estatal e da imutabilidade da decisão judicial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 150-154).

No tocante à *substitutividade*, para o Estado apreciar a demanda trazida pelas partes, ele as substitui, evitando que uma invada a esfera jurídica da outra para se satisfazer, vedando exercício de autotutela. Com relação à *imutabilidade*, a decisão proferida pelo órgão judicial tem caráter imutável, de definitividade, não podendo ser revista ou modificada; a última palavra está com o Poder Judiciário (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 150-154).

O objeto central deste estudo será a substitutividade. Em consonância com a exposição acima, os referidos autores salientam:

Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 150)

Ainda afirmam que, após aceita a provocação do interessado, este atuará no procedimento em cooperação com o juízo. Haverá instauração de um procedimento e ele findará com decretação do direito material que coincidirá com a pacificação social e efetivação da justiça no caso (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 152).

José Eduardo Carreira Alvim (2012), seguindo Chiovenda, ao diferenciar jurisdição e administração, salienta que a primeira é atividade de substituição, especificamente atividade secundária, pois substitui as partes que têm a titularidade da atividade primária, o que difere da atividade administrativa do Estado, o qual age em nome próprio. E continua:

[...] tendo o Estado proibido a autodefesa, reservou para si a tarefa de resolver os conflitos de interesse, substituindo por uma atividade sua, de órgão público, a atividade das partes envolvidas no conflito. Essa substituição de atividade opera de dois modos, correspondentes aos dois estágios do processo: o de conhecimento e o de execução; sendo que, no processo de conhecimento, a jurisdição consiste na substituição da atividade *intelectiva* das partes pela atividade *intelectiva* do juiz, ao afirmar existente ou inexistente uma vontade concreta de lei; o mesmo ocorrendo na fase de execução da sentença, em que a atividade das partes é substituída pela atividade do juiz. (ALVIM, 2012, p. 68-69)

A visão da doutrina clássica contempla de forma evidente a substitutividade como característica indissociável da jurisdição. Há correntes, a exemplo dos adeptos da Teoria Estruturalista de Fazzalari e dos partidários da Teoria da Situação Jurídica de Goldschmidt, para as quais essa atividade substitutiva estatal possui limitações constitucionais que vedam ao Estado autoatribuir prerrogativas que não lhe foram legitimadas pela Constituição de 1988 (LOPES JR., 2014, p. 43).

O exercício da função jurisdiccional desenvolve-se em direção ao provimento final, e o processo é o instrumento idôneo capaz de garantir que não haverá violações a direitos fundamentais dos litigantes nesse caminho. Essa decisão deverá ser construída pelas partes durante a dinâmica procedimental e instruída, indispensavelmente, por meio do contraditório e em simétrica paridade de armas.

É indiscutível que jurisdição e processo estão interligados. Torna-se necessário, portanto, conhecer as principais teorias doutrinárias sobre a dialética processual.

3 AS FONTES DA ESTRUTURA DIALÉTICA PROCESSUAL

A legitimidade do exercício da atividade substitutiva do Estado é muito mais antiga do que a garantia ao contraditório entre as partes e está intimamente ligada à existência do processo. Evidenciam-se três escolas doutrinárias principais que fomentaram o início dos estudos científicos sobre o processo e os procedimentos jurisdicionais: a escola instrumentalista, a estruturalista e os estudiosos da teoria da situação jurídica (FARIA, 2011; LOPES JR., 2014).

Na primeira escola, que concebe a Teoria da Relação Jurídica, os instrumentalistas aduzem que há entre os envolvidos, juiz e partes, uma relação jurídica que lhes impõe reciprocidade. O desenvolvimento dessa teoria foi de extrema relevância para a área processual, pois desvinculou o direito material do processual, dando a autonomia indispensável a este último (ALVIM, 2012, p. 35). Oscar Von Bülow, instituidor da teoria relacionista, na obra *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, publicada em 1868, transpõe o processo da seara do direito privado para o campo do direito público, o que serviu como suporte para os instrumentalistas aprimorarem sua teoria (FARIA, 2011, p. 60), como enfatiza Alvim:

Antes desta conquista, o processo era também explicado à luz das concepções privatistas, ora como sendo um contrato judicial, ora um quase contrato judicial, tendo Bülow operado a sua transposição do campo do direito privado para o do direito público, enquanto instrumento de atuação do Estado-juiz. (ALVIM, 2012, p. 35)

A discussão entre os distintos estudos de Windscheid e Muther, em meados do século XIX, sobre o direito de ação, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2008), também foi importante para construção da concepção autônoma do direito processual. Devem ser citados também Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pel-

legrini e Antônio Carlos de Araújo Cintra, entre outros, que contribuíram e contribuem, muitos até hoje, com seus ensinamentos sobre o processo.

Ao se reconhecer a existência de relação jurídica entre os sujeitos processuais, a visão instrumentalista trouxe a noção do processo como instrumento a serviço da jurisdição, uma vez que esta tem como um de seus escopos principais a pacificação social. Visa a eliminar o conflito entre as pessoas e busca alcançar justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 301).

Para alguns estudiosos do direito processual, os adeptos dessa linha de pensamento têm trazido concepções de instrumentalidade em aspectos positivos, de realce à necessidade de cumprir os alvos sociais, políticos e jurídicos, com o fim de implantar uma ordem jurídica justa, bem como aspectos negativos, pelos quais o processo não poderá ser um fim em si (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 47).

José Joaquim Calmon de Passos (2001), em posição contrária, critica expressamente essa teoria, precisamente no que toca à vinculação entre os sujeitos que compõem o processo, pois, segundo seu entendimento, o juiz, nesta relação, ganha superioridade perante as partes.³

Após a promulgação da Constituição de 1988 não se discute mais⁴ a imperiosa necessidade, no procedimento jurisdicional, de isonomia processual, formal e substancial, entre os litigantes, pois está gravada no art. 5º, *caput*, daquela fonte normativa. A discussão está na posição que ocupa o juiz, representando o Estado, e nos limites de sua atuação.

Candido Rangel Dinamarco, instrumentalista, defende vigorosamente a concepção de processo como relação jurídica e refuta as críticas à teoria:

3 Calmon de Passos, nesse texto, salienta que o modismo da “instrumentalidade do processo” camufla que antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. Denomina como fruto perverso ou peçonhento gerado pela instrumentalidade a quebra do equilíbrio processual decorrente das recentes reformas, hipertrofiando potencialmente o papel do juiz, e lhe possibilitando valer-se de seus poderes para oprimir e desestruturar os outros sujeitos processuais, agravando a crise do judiciário. Por final, o professor lança uma pergunta que ele mesmo responde na sequência: por que tais reformas processuais, instrumentalistas, agravam antes de solucionar os problemas? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas juntas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato discriminado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela “viscosidade” da decantada “instrumentalidade”, transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista – faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: “Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada”. Em resumo – não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores (PASSOS, 2001, p. 12-13).

4 Ou pelo menos não deveria se discutir mais.

Recente escrito de Calmon de Passos eleva a níveis exageradíssimos o significado da garantia do devido processo legal, ao propor um suposto contraste entre elas e as modernas conquistas inerentes à instrumentalidade do processo. Descrente dos juízes de sua terra e deste planeta, crê o Mestre Baiano que esta fulgurante tese seja responsável por uma imensa irresponsabilidade dos magistrados e total falta de confiabilidade do sistema processual, tachando-a de “arma na mão de sicários”. Forremo-nos de posturas maniqueístas e não pensemos que todo o bem esteja de um lado e todo o mal de outro. A segurança dos litigantes cultivada pelo *due process*, na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-Juiz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento ou engessamento do sistema processual. Seria injusta e depreciativa a esse poderoso instrumento do Estado Democrático de direito a afirmação de sua destinação a aniquilar os anseios por um *processo de feição humana*, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo. Os princípios devem conviver harmoniosamente na ordem constitucional e processual, em busca de soluções equilibradas. (DINAMARCO, 2003, p.15)

A proteção constitucional à igualdade implica técnica processual e deve prevalecer sobre anseios subjetivos de qualquer que seja o sujeito processual. Essa mesma norma que garante a isonomia de todos perante a lei assegura inviolabilidade do direito à liberdade, em suas diversas concepções, inclusive no que tange à liberdade de atuação das partes em procedimento judicial. A garantia ao contraditório é exemplo disso.

A segunda teoria aduz que os contendentes não são simples destinatários da decisão judicial, mas os protagonistas, os construtores do provimento final. Pode-se apontar como o maior divulgador da Teoria Estruturalista do Processo o jurista italiano Elio Fazzalari, para quem o processo não é instrumento a serviço da jurisdição, e só há processo quando existe procedimento desenvolvido mediante contraditório e paridade de armas entre as partes, sendo elas o foco (GONÇALVES, 1992, p. 153).

Segundo Fazzalari, a existência, no procedimento, de poderes, faculdades e deveres das partes, constitui atos lícitos ou devidos, não uma relação jurídica de exigibilidade, pois eles podem ser cumpridos ou não no processo, arcando os litigantes com as consequências, caso optem por não realizar atos (GONÇALVES, 1992, p. 153).

Gonçalves difundiu a teoria de Fazzalari no Brasil, por considerá-la peculiarmente bem estruturada, o que o fez introduzir em suas obras a interpretação detalhada de cada ponto que o mestre italiano utilizou para fundamentá-la. Salienta que, segundo a visão estruturalista, o processo é “espécie” do “gênero” procedimento e que este é atividade preparatória de um ato estatal, regulada por uma estrutura normativa, constituída por sequência de atos, normas e posições subjetivas do sujeito em face da norma (não em face do outro litigante), que se desenvolve dinamicamente em direção ao provimento final do Estado, que possui caráter imperativo (GONÇALVES, 1992, p. 102).

Nessa visão, o procedimento jurisdicional não é mero concatenar de atos processuais, mas alcança patamares maiores. Um dos pontos peculiares desta teoria é que o desenvolver da sequência de atos, normas e posicionamentos subjetivos conexos não ocorre de maneira linear, pois a validade de um ato no curso do procedimento dependerá da observância do conjunto de normas que disciplina sua incidência; caso contrário, ele não integrará a estrutura, e esse movimento se mantém até a decisão final (GONÇALVES, 1992, p. 110-111).

Para essa teoria processual, o juiz não detém superioridade em relação às partes, nem mesmo uma parte possui sobre a outra. Os sujeitos processuais estão vinculados à norma, ocupam alguma posição subjetiva em relação a ela⁵.

Segundo Fazzalari, citado por Aroldo Plínio Gonçalves:

O processo começará a se caracterizar como uma “espécie” do “gênero” procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas. (GONÇALVES, 1992, p. 112)

Em relação à terceira teoria fomentadora da discussão sobre a fonte do processo, há de se destacar as elucidações de Aury Lopes Junior, tenaz crítico da Teoria Geral do Processo. Ele trata o tema pela abordagem específica do processo penal e defende que a natureza jurídica do processo se trata de uma situação jurídica repudiando que haja no processo penal uma relação jurídica. Salienta que a teoria de James Goldschmidt, encontrada na obra *Prozess als Rechtslage*, é a mais adequada para compreender o

⁵ A norma dirá qual movimento deverá ser dado, lembrando que há uma orientação que pode ser seguida ou não pela parte, e consequentemente esta produzirá efeitos caso não seguida.

processo penal, pois evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual (LOPES JR., 2014, p. 60-68).

Para Lopes Jr., a dinâmica do estado de guerra explica o fenômeno do processo, pois, enquanto situação, em movimento, dá origem a expectativas (decisões favoráveis, assim como a própria sentença), chances (novas possibilidades oriundas dos atos realizados) e liberação de cargas (atribuições unilaterais), que, aproveitadas ou não, geram consequências, ou seja, ônus e bônus. Enfatiza que alcança a sentença favorável (vence a batalha) aquele que melhor lutar, aproveitar as chances e diminuir os riscos, pois não há como prever com segurança a decisão do juiz, estando aí a incerteza característica do processo (2014, p. 70-74).

Considera ainda que a Teoria Estruturalista de Fazzalari contribuiu muito com o processo e afirma que é uma continuação dos estudos de Goldschmidt (2014, p. 83). Salienta que a teoria fazzalariana contribuiu relevantemente para a construção de um processo penal democrático, na medida em que reforçou a necessidade de estrito cumprimento das regras do jogo. Entretanto, frisa que o processualista civil não conseguiu com ela superar a complexidade do processo penal e acrescenta:

Nesse ponto entra FAZZALARI, como um contributo à tese de GOLDSCHMIDT, inserindo a noção de procedimento em contraditório, enfatizando a importância do contraditório pleno até a construção (em contraditório) do provimento final, reforçando a importância dos atos procedimentais (forma e vínculo entre os atos), para a (re)construção da teoria das nulidades. Significa dizer que a tese de FAZZALARI, sozinha, não dá conta do objeto processo penal, mas tem muito a contribuir para sua democratização e evolução. É possível conciliar os conceitos de processo como situação jurídica e processo como procedimento em contraditório, com os devidos ajustes, chegando assim ao nível necessário de eficácia constitucional das regras do jogo. (GOLDSCHMIDT, 2014, p. 88)

Lopes Jr. (2014) enfatiza ainda a relevância dos estudos de Goldschmidt para a concepção de processo como jogo e aponta que um dos mais ferrenhos críticos a essa visão dinâmica de situação jurídica, Piero Calamandrei, posteriormente rendeu homenagens a Goldschmidt. Expõe as principais críticas levantadas pelos opositores da teoria situacional, quando da sua criação, e as respostas daquele que a instituiu (2014, p. 74-75). E completa:

Mas GOLDSCHMIDT estava certo, tão certo que CALAMANDREI retifica sua posição – e críticas – para assumir a noção de *processo como jogo*. O que o jurista alemão estava desvelando é que a incerteza é constitutiva do processo e nunca se pode prever com segurança a sentença judicial. Alguém duvida disso? Elementar que não. Como assumiu, anos mais tarde, CALAMANDREI, para obter-se justiça não basta ter razão, senão que é necessário fazê-la valer no processo, utilizando todas as armas, manobras e técnicas (obviamente lícitas e éticas) para isso. [...] Podem até dizer que não se tratava de uma plena concordância, é verdade, mas sim de uma radical mudança: de crítico visceral a pequenas divergências periféricas, com as homenagens pelo reconhecimento do acerto substancial. (LOPES JR., 2014, p. 76)

Essa estrutura jurídica deve seguir o modelo constitucional de promoção e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, voltando-se exclusivamente para a efetivação de tais garantias, tornando-se objeto de proteção contra o exercício abusivo do poder estatal, mesmo que ele alegue estar exercendo a substitutividade jurisdicional.

Portanto, o papel de cada sujeito processual e a incerteza sobre a decisão do julgador devem ser mais bem compreendidos por meio do estudo dos paradigmas processuais penais que antecederam esse modelo vigente na atualidade, pois possibilitará que seja evidenciado como é relevante para as partes, assim como para toda a sociedade, a existência efetiva do contraditório e da isonomia entre elas no procedimento jurisdicional, pautado na mais ampla legalidade constitucional.

4 SISTEMAS PROCESSUAIS

Há quem diga que, conhecendo o sistema processual penal de determinado país, se conhecerá também seu povo. André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria (2011) observa que é de extrema relevância revisitar os elementos que moldaram cada sistema processual e olhar para esse passado em busca de adequar o sistema legal vigente à ordem constitucional contemporânea. Explica:

A forma de Estado adotada; a concentração do poder nas mãos de poucos ou sua distribuição ao povo; a observância dos princípios constitucionais do processo ou a utilização do processo como instrumento de dominação; a forma como se pauta a iniciativa probatória; o modo como o direito se legitima; dentre outros, são fatores indicativos da adoção de um ou outro sistema processual. (FARIA, 2011, p. 6)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998) define sistema pela ideia básica de que ele se constitui de um conjunto de temas em relação a um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a determinada finalidade. Pondera ele:

Tal princípio unificador, reitor, fundante, que se coloca no lugar da Verdade que se não pode dizer, é um mito, ou seja, a verdade (com minúscula) que é dita, como linguagem, no lugar daquilo que, sem sendo, não pode ser dito. É o significante primeiro. (COUTINHO, 2009, p. 108)

Com base nessa noção, há um *princípio unificador* que assume a posição de eixo central de uma unidade, em torno da qual giram vários temas jurídicos, normas e princípios, em prol de finalidade específica, constituindo o que pode ser denominado de sistema processual.

4.1 Sistema Acusatório da Antiguidade

Na Antiguidade já existiu o denominado sistema acusatório, de essência privada e em contornos distintos do modelo contemporâneo. Na época os sujeitos essenciais do processo eram o acusado e aquele que o acusava, com características semelhantes ao direito grego. Com as invasões bárbaras, pouco a pouco foi se alterando o modelo sistêmico da vingança privada para o da cognição estatal, *cognitio extra ordinem*, e, a partir dessa mudança, gradativamente o Estado se tornou forte e organizado e com influência do direito canônico, assumiu a posição de gestor dos conflitos sociais (FARIA, 2011, p. 8-15).

A atividade primária das partes é substituída, nessa fase, com o propósito de se adequar a resolução das demandas delitivas ao processo de desenvolvimento civilizatório pelo qual as sociedades passavam. Lamentavelmente ocorre o inverso, pois tal substituição da atividade é aos poucos desvirtuada por uma usurpação de papéis, em que não mais os ofendidos são os legitimados a agir ativamente em prol da condenação do autor da ofensa, e muito menos um órgão próprio para a função, mas o próprio órgão julgador, instituindo verdadeira inquisição.

O professor Geraldo Prado descreve que a mudança de paradigma processual ocorreu de forma gradual:

O modelo processual, então baseado na iniciativa de qualquer cidadão, conviveu com o procedimento penal de ofício, reinstituído, alicerçado na denominada *cognitio extra ordinem*, até que, ao tempo de Diocleciano, a

última estrutura passou a prevalecer de *jure*, alastrando-se das províncias na direção de Roma. (PRADO, 2005, p. 133)

Faria corrobora o entendimento:

Nesse quadro, diante da insuficiência da atribuição da persecução penal aos particulares, a Igreja Católica e o Estado passaram a pleitear a iniciativa da investigação. No início, a atuação da Igreja foi tímida, restringindo-se, tão somente, à punição de determinados crimes: as heresias. Posteriormente, seu universo de incidência foi sensivelmente alargado, gerando sua ingerência em praticamente todos os delitos. (FARIA, 2011, p. 13)

A introdução do sistema inquisitorial (esfacelador do contraditório e da igualdade processual) na sociedade não ocorreu de forma repentina ou clandestina, mas lentamente e com anuência do direito romano. Mais tarde os sistemas se romperam e passou a vigorar somente aquele que tem por objetivo central a perseguição da verdade, de forma parcial e arbitrária, colocando nas mãos do inquisidor (acusador/julgador) enormes poderes, permitindo o desencadear de grandes atrocidades.

4.2 Sistema Inquisitorial

A história revela que os temas que contornavam o eixo central do denominado Sistema Inquisitorial não eram sempre jurídicos ou minimamente regidos pela razoabilidade ou proporcionalidade. Esse sistema não foi implantado na sociedade de uma só vez, mas, especialmente, de forma astuta, tanto que permanece, depois de séculos, entranhado no subconsciente social e jurídico, mesmo que muitos não admitam.

A ilusória sensação de amparo jurisdicional trazida pela substitutividade estatal ilimitada vendida aos olhos de indivíduos que por natureza nasceram livres.

Coutinho salienta que a aparição desse sistema ficou marcada pelo IV Concílio de Latrão, em 1215, quando se excluíram as partes da dinâmica processual. O réu passou a ser tachado como pecador, o detentor da verdade a ser extraída, que estava dada ex ante, cientificada desde já pelo inquisidor, que, em um jogo de paciência e crueldade, aguardava sua confissão (COUTINHO, 2009, p. 104-105). E continua:

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a **extrema concentração**

de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor. (COUTINHO, 1998, p. 166, grifo nosso)

O processo inquisitivo caracteriza-se por procedimento secreto, escrito, no qual inexistem contraditório, regras de igualdade e muito menos de liberdade processual. O acusado é considerado mero objeto que fica ao dispor do processo, sendo a confissão a rainha das provas e a tortura permitida em prol da descoberta da verdade. Mesmo que houvesse possibilidade de exercício do contraditório, este seria insuficiente, pois o devido processo legal ainda estaria sendo violado, uma vez que o juiz não respeitava os outros elementos que o compõem, como a equidistância em relação às partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 64).

Os autores esclarecem que:

[...] a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 64)

A ampla iniciativa probatória e a sua liberdade em determinar colheita de provas, mesmo fora da fase processual, possibilitava ao juiz, a partir do fato e utilizando-se da lei, chegar à conclusão que considerasse mais conveniente. Não obstante, a principal característica desse sistema está na concentração de poderes na mão do inquisidor, que impera de acordo com o regime político do absolutismo (LIMA, 2014, p. 45).

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014), o sistema inquisitorial possui como discurso de fundo a efetividade da prestação jurisdiccional, a celeridade e a necessidade de segurança, de maneira que o réu está absolutamente em uma condição de sujeição, expressamente evidenciando que o interesse do indivíduo jamais se poderá sobrepor ao interesse coletivo.

Nessa linha de raciocínio, leciona Faria:

E o pior é que a situação deve persistir. Enquanto dominar a noção de processo como simples instrumento a serviço da jurisdição, que, por sua vez, ressalta a ideia de um judiciário justiceiro, detentor de todo o saber, indubitavelmente, as alterações legislativas manterão o *status quo*, e as que ou sarem divergir serão consideradas letra morta. (FARIA, 2011, p. 36)

Por mais que se ouça que determinadas prerrogativas do juiz estão ligadas à concretização da tutela jurisdicional, tais paixões, seja por uma posição de superioridade em relação às partes ou pela ampliação de seus poderes instrutórios, estão intrinsecamente relacionadas à busca de verdade. O que impera nesse sistema não é um esforço técnico processual consoante à formação de uma verdade possível, a partir do que foi construído nos autos, mas a ilusão de uma verdade real que muitas das vezes leva o julgador a atuar ilegitimamente como parte.

4.3 Sistema Misto

Antes de se falar no modelo atual de sistema processual penal, deve ser feita brevíssima análise do Sistema Misto, também conhecido como Acusatório Formal. É importante elencá-lo, pois o contexto prático pode aparentar que o sistema processual brasileiro vigente é o supracitado.

Aqueles que consideram que o Sistema Processual Penal Bifásico é o vigente no Brasil se embasam nas fases da persecução penal. A fase pré-processual ou de investigação preliminar segue o modelo inquisitorial, caracterizando-se pela não adoção de todos os princípios processuais e possibilidade de procedimento sigiloso, entre outras características, e a fase processual segue (ou deveria seguir) o regramento do Sistema Acusatório. Contudo, a fase preliminar de investigação, pré-processual, não faz parte do processo, antecede-o e pode até ser dispensada, além de que as informações ali coletadas, em regra, têm valor relativo, de caráter meramente informativo (FARIA, 2011, p. 28-32).

Lopes Jr. explica que prefere fugir de uma maquiagem de conceitos e afirma que o sistema processual penal brasileiro é (neo)inquisitorial (2014, p. 103-104). Finaliza tenazmente:

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. (LOPES JR., 2014, p. 105)

Coutinho (2009) não tem dúvida e salienta que, tendo por base a noção de sistema pelo princípio unificador, o sistema inquisitório terá como princípio unificador o princípio inquisitório, e o sistema acusatório, por sua vez, terá o princípio acusatório (dispositivo) como eixo central, não comportando divisão, nem pode haver um princípio misto e, conseqüentemente, um sistema misto.

A fase pré-processual, baseada nos ditames constitucionais, indiscutivelmente é valioso instrumento para consecução do projeto democrático, pois é o primeiro filtro a acusações criminais infundadas, prisões injustas e à própria garantia de condenação legítima, que não deixe margem para nulidades ou impunidade. Seu procedimento subsidia ao titular da acusação elementos informativos que podem ser valorados, perante contraditório judicial, como as provas.

Uma sociedade democrática deve primar pela transparência de suas regras e normas, sejam de cunho material ou processual, e cuidar para que sejam límpidas e facilmente compreensíveis.

4.4 Sistema Acusatório Constitucional

Desde o início deste trabalho tem-se buscado amadurecer a visão de que o Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição de 1988 não deve ser concebido simplesmente como mudança formal de regime político. Houve ruptura substancial de laços com o Estado Social e nesse novo contexto o indivíduo não mais deve ser tratado como incapaz. A democracia exige cidadãos atuantes, que participem da tomada de decisões que incidirão sobre a sociedade e que não admitem ser substituídos por quem quer que seja.

É previsível que, em razão dessa postura ativa e autônoma, decorram críticas e conseqüências positivas e negativas sobre cada conduta desse ator social, pois há um preço a pagar pelo exercício da liberdade e da própria democracia.⁶

Um processo acusatório é um processo de partes que, em pé de igualdade, perante um juízo imparcial garantidor do contraditório e da publicidade, exercem o direito de

6 Segundo Lenio Streck, "o constitucionalismo, exsurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, constitui a ação do Estado" (STRECK, 2002, p. 19). Portanto, é esse diploma que deve guiar a ação (legalidade) daqueles que detêm alguma prerrogativa em razão do cargo público que ocupam, da mesma forma que é nele que todos aqueles que tiveram seus direitos violados ou que estão na iminência de os terem, devem se buscar guarida. Daí se extrai que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais se trata do próprio núcleo axiológico do processo penal, sendo um fato, e não um mero ideal democrático.

ação. Esse sistema acusatório é direcionado pelo princípio dispositivo, que consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, de iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundará a decisão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 64-70).

Com enfoque mais aprofundado no campo processual penal, Renato Brasileiro Lima salienta:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1998 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativa que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. [...] Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova. (LIMA, 2014, p. 46)

Lopes Jr. defende que o sistema acusatório é caracterizado pela distinção entre o órgão acusador e o julgador, e a iniciativa em relação às provas é das partes. O juiz é terceiro imparcial que proporciona igualdade processual a ambas as partes. A esse modelo de sistema aplicam-se, em regra, a oralidade e a publicidade. As defesas são amplas, e a decisão judicial é baseada na livre convicção motivada do julgador, com possibilidade de ser impugnada e submetida a novo juízo, o duplo grau de jurisdição (2014, p. 94-95). O professor completa:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JR., 2014, p. 95)

As partes nesse sistema possuem mais autonomia em relação às respectivas atuações e o jogo processual se desenvolve dinamicamente pelos verdadeiros legitimados, sem interferência desleal em favor de lado algum. O juiz tem papel de extrema relevância, pois sua atuação é constitucional, ou seja, “consubstanciada na função de proteção

dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria” (LOPES JR., 2014, p. 160). Ele passa a ser garantidor das regras do jogo, provê regularidade e mantém a ordem dos atos processuais realizados pelas partes, podendo requisitar, caso necessário, o poder coercitivo do Estado (p. 160).

O sistema acusatório, segundo Coutinho, não prega um sistema processual a favor do acusado, como salientam muitos desavisados, principalmente os favoráveis ao uso da força, “desde que seja *contra os outros, obviamente*”. O sistema destaca o papel das partes, o que não se confunde com impunidade, mas com procedimento transparente que segue as regras constitucionais (2009, p. 115, grifo nosso). Criticamente ele frisa:

A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante! Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de seqüência, os cidadãos individualmente tomados. (COUTINHO, 2009, p. 114)

Há de se zelar pelo emprego das regras constitucionais, possibilitando àqueles que serão afetados pelo provimento final atuar como verdadeiros coautores construtores da decisão judicial e não como simples destinatários. O jogo processual tende dessa forma a se tornar efetivamente democrático, independentemente do resultado.

5 A GARANTIA AO CONTRADITÓRIO PLENO

A Constituição garante, no art. 5º, *caput*, inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade e, no inciso LV do mesmo artigo, assegura “aos litigantes” “e aos acusados em geral” “o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Como perceber se a garantia de contraditório foi respeitada em um processo penal? Se a atuação das partes não foi substituída, por exemplo, por atuação do julgador? Para responder a esses questionamentos, devem-se analisar as principais concepções sobre esse princípio, primeiramente conhecendo a visão clássica da doutrina e, depois, sua contemporânea concepção.

Classicamente, a doutrina concebe o contraditório como garantia das partes de serem cientificadas dos atos processuais, abarcando uma visão de publicidade, e de ser-lhes oportunizada livre manifestação em processo nas mesmas condições da parte

adversa, ou seja, direito à informação e à reação em simétrica paridade de armas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 61).

As formas de cientificação são compreendidas por citação, intimação e notificação. Citação corresponde ao ato de dar ciência a alguém da instauração de processo em seu desfavor (na seara penal aduz-se que há pretensão punitiva contra o citando) (LOPES JR., 2014, p. 757). Intimação consiste em cientificar os envolvidos no processo dos atos que estão sendo realizados durante a dinâmica procedimental e os comandos expedidos por essas movimentações (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 62).

Notificação é terminologia utilizada em procedimentos especiais para comunicação processual, que visa à maior garantia da presença do réu em juízo, como ocorre nos casos que envolvem servidores públicos (LOPES JR., 2014, p. 760). A bilateralidade dos atos contrários se dá em não deixar de incidir sobre o desenrolar do procedimento efetiva contrariedade das partes, ou seja, oportunizar-lhes resposta de forma equilibrada (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 63). Estes enfatizam:

Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis). [...] Em virtude constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 63)

No tocante à reação, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 54-55) elucida que o instituto era compreendido a partir de mera possibilidade de manifestação das partes. Descreve que houve, com o tempo, mudança significativa quanto à concepção de isonomia, tendo esta evoluído de simples visão formal de igualdade para igualdade substancial, em que se tem a pretensão de igualar os desiguais, o que refletiu diretamente na noção de contraditório. Enfatiza que, no campo processual penal, o contraditório deve ser ainda mais contemplado, pois está em risco a liberdade de locomoção do acusado:

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (*par conditio* ou paridade de armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da

parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2014, p. 55)

Há correntes doutrinárias para as quais a visão clássica sobre o contraditório é coerente, mas ainda insuficiente para atender ao paradigma democrático atual. Real exercício do princípio do contraditório somente se consumaria quando se puder evidenciar no caso, além dos elementos clássicos, cientificação e oportunidade de resposta em simétrica paridade de armas, também possibilidade de influência das partes sobre o julgador e que este ao final não lhes trouxe elemento surpresa como fundamento de decisão (NUNES, 2007).

Dierle José Coelho Nunes observa que novas leituras do conteúdo do princípio e dos sujeitos do contraditório devem ser realizadas em uma visão de bilateralidade da audiência, como simétrica paridade de armas e garantia de influência. Para ele, o contraditório não constitui obrigação, mas faculdade, podendo ser vislumbrado em mais de uma concepção, seja preventivo (pedidos liminares, *inaudita altera pars*, observadas a permissão legal e adequação ao caso concreto) ou sucessivo (em fase recursal, por exemplo), mas sempre com base em estrutura processual dinâmica e não estática (NUNES, 2007).

Nunes ainda ressalta que o contraditório também possui como característica a garantia de não surpresa, salientando ser imprescindível estrutura técnica que possibilite sua existência sem omitir a necessidade de rapidez do término do processo. Ao analisar o contraditório em outros ordenamentos jurídicos, pondera:

Como se viu, a percepção ampliada dos sujeitos do contraditório conduz a uma extensão de sua implementação, pois seus perfis dinâmicos na leitura francesa e germânica criam para o magistrado uma verdadeira impossibilidade de aplicar a tutela ordinariamente, sem prévio debate com os sujeitos parciais, impondo-lhe um dever de provocar o contraditório sobre todas as matérias decididas, mesmo que de conhecimento oficioso. O ativismo judicial que permitia ao magistrado o exercício de um poder praticamente solitário ganha uma baliza procedimental constitucional importantíssima que sem esvaziar os poderes diretores do órgão judicial adequam-nos a um perfil democrático e coparticipativo. (NUNES, 2007, p. 16)

André Faria (2011), ao abordar a garantia de influência e de não surpresa, vai ao âmago da nova visão sobre o contraditório e salienta que garantir efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade multicultural é o objeto central do processo penal em uma verdadeira democracia e que apenas a partir da observância dos princípios formadores do esquema geral mínimo de processo constitucional é que se legitima a atividade probatória:

De forma específica, pode-se afirmar que o princípio do contraditório, cuja leitura impõe uma análise a partir de uma perspectiva dinâmica pela qual não se limita ao dizer e contradizer e exige que as partes tenham iguais oportunidades de, efetivamente, influenciarem nas tomadas de decisão que porventura afetá-las, impede a iniciativa instrutória do juiz que, ao auxiliar a acusação, desconfigura a simétrica paridade na qual o procedimento dever estar pautado.[...] Portanto, necessário que o juiz, **ainda que seja para rechaçar uma determinada prova, analise todos os argumentos trazidos pelas partes**, possibilitando a elas, em simétrica paridade, participar de todo o *iter* probatório (FARIA, 2011, p. 128-129, grifo nosso).

Chega-se, então, ao ponto nevrálgico do presente trabalho, a necessidade de extirpar do ordenamento jurídico brasileiro os ranços inquisitoriais que violam gravemente a garantia constitucional a exercício do contraditório. A principal fonte normativa infraconstitucional que subsidia a prática de condutas não democráticas é o Código de Processo Penal, diploma instituído na década de 1940, quando vigorava a ditadura Vargas, período conhecido como Estado Novo.

Há nesse diploma legal várias normas que concedem ao juiz, o sujeito processual sobre o qual recai o dever de imparcialidade, prerrogativas que lhe permitem usurpar o papel das partes, com o fundamento de exercer atividade substitutiva jurisdicional do Estado. O art. 209 do CPP é exemplo dessa rancidez, pois salienta que pode o juiz, quando julgar necessário, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes. Há violação evidente do contraditório, uma vez que o magistrado não é parte, apenas tem o dever de julgar a demanda a partir do que foi produzido de provas pelas partes.

Existem mais exemplos, como os arts. 5º, II; 13, II; 241 e 385, entre outros no CPP. O dispositivo que mais evidencia violação ao sistema acusatório constitucional em favor do sistema inquisitorial (aquele que legitima a substitutividade estatal ilimitada) é o art. 156, incisos I e II. O legislador de 1941 concedeu ao julgador o poder de gestor da prova, podendo ele ordenar de ofício produção de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, além de também lhe ser lícito determinar realização de diligências durante a instrução.

Em termos simples, a garantia constitucional ao contraditório concedida aos litigantes, segundo essa norma infraconstitucional, pode ser relativizada à discricionariedade do julgador. E mais, é-lhe permitido que saia de sua posição de terceiro imparcial, substitua o acusador ou a defesa e se movimente em busca de provas, como se não existisse o *in dubio pro reo* que o ampara na dúvida. Sobre o tema, Gonçalves aduz:

O contraditório tem sua essência e o seu objeto. Onde ele está presente, o processo jamais será uma estrutura vazia, um esqueleto “descarnado”, uma construção sem conteúdo. É pelo desenvolvimento do contraditório que o processo se desenvolve, e o contraditório é pleno de vida. É no âmago da coesão entre sua essência e seu objeto que o direito material, que será apreciado e decidido na sentença, é discutido, que o jogo de interesses divergentes torna-se real, que as partes desvelam o direito material que afirmam ter, e que se contrapõem nas afirmações dos direitos materiais que são mutuamente negados. [...] Mas aí está a grandeza do contraditório. **A sua presença possibilita que as partes construam**, com o juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem **da formação da sentença**. (GONÇALVES, 1992, p. 170-171, grifo nosso)

Não há crítica depreciativa da visão clássica do contraditório, mas repúdio doutrinário expresso à violação desse princípio pelo Estado-juiz, ainda que o argumento seja o exercício da atividade substitutiva jurisdiccional. Está com as partes a legitimidade para atuação em contraditório, as prerrogativas instrutórias do juiz estão ligadas à regência do feito, jamais deve ele extrapolar seu papel.

5.1 A íntima relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais

Não há como discorrer sobre o contraditório sem menção à fundamentação das decisões judiciais, pois tais institutos jurídicos estão intimamente ligados. A Constituição, no art. 93, inciso IX, salienta que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O julgador está expressamente vinculado ao cumprimento do preceito constitucional, não há margem para escolha.

Morais da Rosa, ao falar da decisão judicial e do paradoxo da reconstrução do crime, adverte que em processo penal só se podem narrar retrospectivas, e deverá ser um

terceiro, ignorante em relação aos fatos, que procederá a essa narrativa prospectiva. Ela deverá ser estruturada minimamente, de forma que lhe possa ser atribuído ao final o atributo de provado (ou não provado, caso que direcionará a absolvição), pois o delito é evento único e complexo, e as dificuldades probatórias são inúmeras (2014, p. 206). Ao tratar do resultado final do jogo processual, salienta:

Um novo plano para análise da construção de decisões jurídicas demanda perceber as condições extradiscursivas que codeterminam o discurso jurídico, com efeitos da política, ideologia e pessoais – (in)conscientes –, ou seja, os determinantes conotativos que estão no campo da semântica, colmatados a partir do senso comum teórico, em cotejo com a singularidade do caso e do julgador. Desse jogo processual dado surge a decisão. (ROSA, 2014, p. 204)

Nesse mesmo contexto, Faria, ao criticar os poderes instrutórios do juiz no processo penal, enfatizando as partes como os únicos sujeitos processuais legitimados a atuar ativamente, defende que a própria exigência de a decisão ser proferida por um terceiro imparcial veda ao julgador contato prévio com as provas, pois ele seria contaminado e conseqüentemente colocaria em perigo sua imparcialidade. Defende que se deve zelar pelo procedimento normativo que rege a construção da decisão judicial, pois imparcialidade não se confunde com neutralidade, devido a que todo magistrado possui suas próprias crenças, opiniões e vivências e podem estas vir a influenciá-lo no momento em que exterioriza o provimento final (FARIA, 2011, p. 129). Acrescenta reflexão interessante:

Ademais, ao dotar o juiz de poderes instrutórios, corre-se o risco da ocorrência de uma inversão na ordem normal do procedimento decisório, de modo que o juiz que já tenha tido algum contato prematuro com a prova, por caminho avesso, primeiramente profira sua decisão e, em seguida, adeque o procedimento ao que já fora anteriormente decidido com base nas suas convicções pessoais ou em pré-julgamentos. A simples determinação para a realização da prova, ainda que ela seja realizada com a observância do contraditório, pode fazer que a fundamentação das decisões torne-se apenas um engenhoso mecanismo legitimador de preconceções. (FARIA, 2011, p. 129)

É perigoso dotar aquele com incumbência de conduzir o procedimento de forma imparcial, com prerrogativas que são das partes, ou mesmo possibilitar que atue como se parte fosse, substituindo-as em sua atividade probatória, usurpando o papel que lhes cabe

e mitigando a garantia constitucional ao contraditório. Não se deve permitir a usurpação de papéis no ordenamento jurídico, e vige no Brasil um Estado Democrático de Direito.

Nunes resume muito bem o porquê de dizer que há íntima relação do princípio da fundamentação das decisões e o do contraditório quando cita Colesanti e afirma:

Dentro da perspectiva trabalhada e para o controle de seu exercício, o contraditório possui um nexo profundo com a garantia de fundamentação das decisões, uma vez que o juiz ao enunciar os fundamentos da decisão deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam fáticos e/ou jurídicos. (NUNES, 2007, p. 14)

Haverá, então, uma decisão judicial legítima, quando houver fundamentação “robusta”, que entra no cerne de cada ponto controvertido exposto pelas partes durante a dinâmica processual. Uma fundamentação superficial, capenga, esvazia o contraditório, pois se pode até cientificar as partes e lhes possibilitar a devida manifestação. Nesse mesmo procedimento poderá ocorrer negativa genérica que maquia a real chance de influência ao Estado-juiz, pois ele pode se autoconvencer ilegitimamente.

O julgador pode simplesmente não conhecer os fatos alegados por elas no exercício da reação e adotar genericamente uma motivação a exemplo de “pelo já exposto nos autos do processo, decido [...]”⁷ Não houve respeito ao contraditório e muito menos à fundamentação das decisões. Conseqüentemente, há inobservância do devido processo legal.

O novo Código de Processo Civil exige expressamente, no art. 489, IV, que as decisões judiciais “enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Uma decisão que não observe exercício pleno do contraditório pelas partes, com possibilidade concreta de influência, não tem validade constitucional, levando a provimento final nulo de direito.

7 Outrora enfatizou Passos sobre como se vive cotidianamente nos fóruns do Brasil: “Quem não é cidadão em face de quem o julga carece de cidadania em termos absolutos. Infelizmente, nós, brasileiros, assim nos sentimos diante de nossos magistrados, vítimas, também eles, de um sistema que primou por dizer-se democrático e institucionalizar-se de modo excludente e autoritário. [...] É o depoimento sincero de quem viveu e vive a paixão pelo Direito, alimentando a forte crença que só através dele, se democraticamente produzido e aplicado, somos capazes de concretamente, em nosso cotidiano, ser e sentirmo-nos livres”. (PASSOS, 2000, p. 117)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto democrático brasileiro engatinha rumo à pretendida concretização, não se podendo negar que se encontra ainda muito distante do arquétipo idealizado pelo constituinte originário de 1988.

Ao analisar o atual ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no campo do direito processual penal, evidencia-se nitidamente que vários resquícios do Estado Social (i)legalmente continuam a subsidiar a hiperatuação do julgador em detrimento do exercício do contraditório entre as partes. Há de se destacar o CPP como um dos diplomas legais que mais contém normas que não coadunam com o novo paradigma. Podem-se elencar como exemplos os arts. 156, I, e 385, os quais permitem que o juiz determine produção de provas, sem ser provocado, antes mesmo de iniciar a fase processual, e possibilita-lhe condenar o réu, em crimes de ação penal de iniciativa pública, ainda que o Ministério Público (o titular da acusação) peça absolvição.

O processo penal apresenta-se, nesse novo contexto, como instrumento indispensável à consecução do projeto democrático, pois estabelece as regras do jogo, entre elas a garantia a contraditório pleno. A partir da Constituição, o contraditório passou a contemplar elementos a mais para sua formação, além do direito de cientificação e da possibilidade de reação. A carta magna passou a exigir real possibilidade de influência sobre o julgador e a garantia de que as partes não serão surpreendidas na decisão judicial com elementos não discutidos durante a dinâmica procedimental.

Na observância do contraditório (art. 93, IX, da Constituição), deve o juiz, ao fundamentar sua decisão, demonstrar que contemplou em sua análise todos os pontos controversos que os litigantes trouxeram a seu conhecimento, mesmo que para refutá-los.

Contraditório pleno entre as partes é o limitador constitucional do exercício da atividade substitutiva do Estado. Este tem o dever de evitar autotutela e o faz representado pelo juiz, que, analisando a pretensão de cada litigante, seus fundamentos legais e elementos probatórios, ao final do procedimento jurisdicional, produz o provimento final, dizendo com quem está a razão e determinando as consequências legais.

Quem realiza a dinâmica processual são as partes, elas é que constroem a decisão judicial e estão legitimadas constitucionalmente a aderir à postura procedimental ativa. Não há de se falar em relação jurídica em âmbito processual penal, mas em procedi-

mento estrutural, previamente estabelecido, em que as situações jurídicas se desenvolvem por meio de contraditório entre os litigantes, em simétrica paridade de armas.

Foram brevemente revisitados os sistemas processuais penais e identificado o sistema acusatório como o contemplado pela Constituição. Ele garante às partes protagonismo processual e atribui aos juízes concomitantemente não posição superior a elas, mas o papel fundamental de garantidor do devido processo legal e, por consequência, dos direitos e garantias individuais.

É inadmissível conceber procedimento jurisdicional em que a liberdade de um indivíduo (sujeito de direitos e deveres, não mero objeto) esteja em jogo, que não guarde conformidade com a Constituição. O Estado substitui os contendentes para garantir que as regras do jogo serão respeitadas, e para isso fornece o local em que se desenvolverá a dinâmica processual, a jurisdição, mas nunca, por mais tentador que seja, deve usurpar o papel de parte, que não lhe cabe.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano. 46, n. 183, jul./set. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal, uma análise a partir do modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 1, p. 151-174.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

13 JUIZ DE GARANTIAS EM PROL DE NÃO IMPUNIDADE: PROTEÇÃO SOCIAL COMO EFEITO DE PERSECUÇÃO PENAL EFICIENTE

Wéberton Pereira da Cruz Silva¹

Resumo: A Constituição da República de 1988 não permite punição sem prévio processo criminal, *garantir* e *punir* passam a coexistir necessariamente. O *devido processo legal* é indispensável à legitimação das decisões judiciais. O *juiz das garantias*, previsto no PL nº 8.045/2010, para atuar na fase de *investigação preliminar*, buscará evitar, entre outras situações, *impunidade futura*. O respeito às regras do jogo não pode ser confundido com impunidade, muito menos com a noção de que não há como punir alguém assegurando seus direitos e garantias fundamentais. Esse juiz tende a elevar a qualidade da investigação criminal e corroborar a maximização da *eficiência* da *persecução penal* brasileira.

Palavras-chave: Garantir e punir. Devido processo legal. Juiz das garantias. Investigação preliminar. Impunidade. Persecução penal eficiente.

Abstract: *The Constitution of the Republic of 1988 does not allow punishment without prior criminal proceedings, guaranteeing and punishing necessarily coexist. The due process of law is indispensable for the legitimation of judicial decisions. The guarantor judge, foreseen in PL 8.045/2010, to act in the preliminary investigation phase, will seek to avoid, among other situations, future impunity. Respect for the rules of the game can not be confused with impunity, much less with the notion that there is no way to punish someone by guaranteeing their fundamental rights and guarantees. This judge tends to raise the quality of criminal investigation and corroborate the maximization of the efficiency of Brazilian criminal prosecution.*

Keywords: *Ensure and punish. Due process of law. Judge of the guarantees. Preliminary investigation. Impunity. Efficient criminal prosecution.*

1 INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que visa a revogar o arcaico Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal. Essa dialética perpassa audiências públicas criadas pelas comissões parlamentares que buscam melhores elucidações sobre os inúmeros institutos jurídicos processuais penais no projeto. Entre os mais relevantes está a figura do juiz das garantias.

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unihorizontes (2016). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Arnaldo Janssen (2018). Servidor da Secretaria de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais, membro da Comissão Processante Permanente (CPP/Seap).

Esse tema está inserido como o título do Capítulo II do projeto. O *caput* do artigo que o inaugura aduz que “o juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. É evidente que, pela proposta legislativa, haverá na persecução penal um magistrado específico que cuidará do zelo da fase pré-processual.

Essa inserção de outro julgador na etapa preliminar ao processo tem dividido opiniões de estudiosos do direito. De um lado há a resistência de atores jurídicos (MENDONÇA, 2011) que salientam ser desnecessária essa figura complementar na persecução penal, aduzindo que um magistrado já atende às demandas criminais conforme a legislação. Há uma corrente progressista (MORAES, 2010) enfatizando que esse juiz é indispensável para amoldar a legislação infraconstitucional aos ditames do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988.

A partir desse debate, é possível extrair questionamentos jurídicos e fáticos que contornam principalmente a viabilidade desse instituto jurídico para a *segurança* da sociedade. Os órgãos que atuam na elucidação de um crime e de sua resposta jurídico-penal também o fazem visando a assegurar a todos esse direito fundamental social. Entre essas indagações surge relevante problemática: é possível dar maior eficiência à persecução penal com a instituição do juiz das garantias no novo Código de Processo Penal?

Mudança dessa envergadura gerará efeitos reflexos em toda nação, justificando-se a necessidade de pesquisar sua viabilidade antes de seu deslinde no Congresso Nacional. Barroso, ao discorrer sobre a relevância do direito constitucional e da Constituição da República, enfatiza (2006, p. 29):

Uma constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito a Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Essa pesquisa é imprescindível, em decorrência dos efeitos que a possível mudança trará ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como pela necessidade de analisar a compatibilidade do juiz das garantias com a ordem constitucional.

2 GARANTIR PARA PUNIR E PUNIR GARANTINDO

A nação brasileira vive momentos de intensa insegurança, que gravitam, principalmente, em torno dos reiterados delitos que ocorrem cotidianamente, sem concretas perspectivas de se atenuarem. Tal situação não decorre de causa específica, mas de um conjunto de omissões e ações inexpressivas dos órgãos constitucionalmente incumbidos de concretizar as funções estatais essenciais à própria existência do Estado.

Há desvio crasso na atuação de tais órgãos, que enfocam esforços nos efeitos e não na origem do problema, que está longe de ser resolvido com aumento da repressão policial. Esse equívoco gera ainda mais consequências negativas. Muitas vezes a culpa pela ineficiência do sistema de justiça brasileiro é atribuída às garantias constitucionais.

O constituinte originário de 1988, ao externalizar no *caput* do art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito almejou proporcionar a todos os brasileiros maior liberdade e possibilidade de participação nas decisões que repercutirão sobre si. A Constituição da República rompe todos os laços com o paradigma do Estado Social intervencionista e passa a atribuir mais autonomia e responsabilidade ao indivíduo (FERNANDES, 2012, p. 75-76, grifos do autor):

É fundamental a noção de direitos fundamentais como elementos asseguradores dessa autonomia por meio da não ingerência estatal na esfera privada dos cidadãos, como já afirmava a clássica leitura liberal. Em contrapartida, o discurso democrático compreende a autonomia pública a partir da ótica da garantia de legitimidade do procedimento legislativo por meio de iguais direitos de comunicação e participação. Trata-se, *do fato*, de que *os sujeitos de direito têm de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem*. Como consequência, autonomia pública e privada *devem estar pressupostas reciprocamente (co-originárias)*, sem que, contudo, *uma possa gozar de supremacia sobre a outra*.

A Constituição não deixou de garantir proteção dos bens jurídicos elementares do indivíduo e da coletividade ao incluir capítulo específico de direitos e deveres individuais e coletivos. Elencou o direito à *segurança* no capítulo dos direitos sociais, ratificando sua

relevância para a nova ordem jurídico-política, deixando expresso que não há no ordenamento jurídico atual predileção do direito à liberdade em detrimento da segurança individual ou coletiva; cabe, em eventual colisão entre tais direitos, ponderação de bens e valores. Observa Carvalho (2009, p. 354):

Haverá assim o reconhecimento de um peso maior a determinado princípio constitucional em confronto com outro, se não for possível antes harmonizá-los, considerando o princípio da unidade da Constituição, que constitui um sistema orgânico, em virtude do qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais.

A sociedade reclama ações concretas que demonstrem a busca pela responsabilização daquele que violou o pacto social, como as normas penais. Esse poder-dever, o *ius puniendi*, não é titularidade do administrado ou jurisdicionado, mas demonstração da soberania do Estado em enumerar as condutas passíveis de reprimenda penal (OLIVEIRA, 2014, p. 446).

Nesse cenário, na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, visa a instituir o novo Código de Processo Penal, revogando o retrógrado diploma legal que vigora desde a década de 1940. Ele não só está ultrapassado no que toca ao desenvolvimento social como também reflete pensamento de paradigma diverso do Estado Democrático de Direito.

A nova roupagem do possível novo CPP traz a figura do juiz das garantias. Ele será “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” e ficará impedido de funcionar na fase processual. Essa figura não é nova em outros ordenamentos jurídicos,² mas tem causado inúmeros debates sobre sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A corrente contrária invoca vários argumentos, entre eles os de que se buscará proteger ainda mais suspeitos e indiciados em prejuízo da persecução penal e de que haverá

2 “Conhecer o sistema de justiça criminal chileno é o objetivo do curso que um grupo de juizes brasileiros fará em Santiago/Chile a partir da próxima segunda-feira (6/6). A iniciativa é do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Centro de Estudos de Justiça das Américas (Ceja). O programa inclui uma parte teórica sobre a reforma do sistema processual penal chileno, referência na América Latina, além de visitas às instâncias do judiciário e do executivo que lidam com o tema. O sistema de juízo de garantias, implantado no Chile há cerca de cinco anos, prevê que todo o processo criminal em primeiro grau seja feito oralmente – ao contrário do que ocorre no Brasil. A exceção é a sentença, que tem de ser feita por escrito. 'A outra diferença interessante é que se pode recorrer dessa sentença a instâncias superiores', explica o juiz auxiliar da Presidência do CNJ Luciano Losekann, um dos juizes que participará da capacitação”. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/57150-juizes-brasileiros-conhecem-reforma-penal-no-chile>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ainda mais impunidade. Em viés contrário, há aqueles que salientam que a inserção desse representante do Poder Judiciário na fase pré-processual como garantidor da legalidade do procedimento, ampliará significativamente a efetividade da persecução penal e trará maior sensação de segurança aos cidadãos (GOMES, 2010). Enfatizam que o novo diploma legal se amoldará aos ditames constitucionais.

Aury Lopes Jr. (2014, p. 41) visualiza o “processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais” e relembra que é nula pena sem prévio processo e que este é o caminho legítimo indispensável para apenar alguém: *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Ele não nega que punir é preciso e que é do Estado essa exclusiva titularidade; enfatiza que a punição estatal constitui ato civilizatório, visto que demonstra negação da vingança privada.

Lopes Jr. (2014, p. 44) reforça que “o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade” e que “existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal”. Arremata apontando o juiz como garantidor e não como instrutor (2014, p. 281):

O juiz passa a assumir uma relevante função de *garantidor*, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um [...]. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo.

O respeito às regras do jogo durante toda a persecução penal levará à decisão judicial legítima e imutável, independentemente do resultado final (SILVA; FARIA, 2016). Eventual absolvição não causará incerteza social, pois a atuação diligente dos órgãos envolvidos assegurará decisão justa.

Por outro lado, evitar-se-ão nulidades processuais e, conseqüentemente, que um culpado fique impune por inobservância do devido processo legal, justamente por aqueles que têm o dever legal de proteger a sociedade.

2.1 Devido processo legal e a legitimidade da punição estatal

O direito de ser perseguido penalmente conforme as prévias determinações legais não se originou da Constituição de 1988, mas está gravado em alto-relevo em seu art. 5º, inciso LV.³ Essa expressa previsão constitucional não assegura absoluta inviolabilidade do direito à liberdade do indivíduo ou a seus bens, mas opera condicionando o legítimo exercício do poder punitivo do Estado à devida observância dos direitos e garantias fundamentais daquele.

Não se trata de óbice à busca da responsabilização do sujeito ativo de um delito, mas de garantia contra a arbitrariedade estatal. Houve diversos períodos sombrios nos quatro cantos do mundo, com destrutivas repressões. Paulo Rangel conta que (2015, p. 27-28):

Durante o Estado Novo Vargas estabeleceu uma série de leis visando a julgamentos sumários e à prisão de todos os comunistas, bem como a criação de uma polícia nacional que pudesse agir em todo território nacional (fazendo com que prescindisse do Exército) e lhe dando maior mobilidade à repressão. [...] Estabelecidos o terror, o medo e o silêncio, o ambiente fica propício para a produção dos textos legais que vão normatizar e legitimar a ditadura.

O respeito à legalidade pura e fria não se coaduna com o devido processo legal constitucional substancial, que, hoje, transcende ao formal. Ao contrário, muitas vezes o ditador vale-se de normas penais para transvestir de legalidade suas arbitrariedades que, em realidade, constituem ilegalidades (GRECO, 2015, p. 152).

Exercício do *ius puniendi* pelo Estado e o devido processo legal substancial são indissociáveis. Para que aquele incida sobre a vida do indivíduo, este deve estar entranhado em cada ato dos órgãos oficiais incumbidos de relevante função.

Lopes Jr. e Gloeckner, ao falarem sobre os monopólios estatais e o princípio da necessidade, destacam que o processo penal se configura como ferramenta seletiva daqueles que serão alcançados pelo peso das mãos degradantes do Estado e afirmam (2014, p. 36-38):

³ "LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]".

Não por outra razão, há a necessidade de revestir o processo penal de determinadas garantias contra esse processo estigmatizante de aplicação de sanções. Essa face protetiva e que trata de tentar equilibrar a balança compõe o cenário no qual se desenvolve o processo penal no Estado de Direito. Daí decorre a necessidade não apenas da existência formal do processo, mas de um processo substancialmente arvorado em preceitos protetivos, capazes de tentar reduzir ao máximo possível o nível de arbitrariedade da seleção do material humano. Denomina-se essa tarefa de instrumentalidade do processo penal.

Corroborando a percepção da ligação direta entre o *due process of law* e o poder punitivo do Estado, Cruz Silva e André Faria (2016, p. 81-82), ao falarem sobre jurisdição no processo penal brasileiro, adentram os limites da atuação do julgador no exercício da atividade substitutiva das partes e destacam a relevância do juiz como “maestro de toda a orquestra sinfônica” procedimental em âmbito criminal. Enfatizam que esse dever-poder exercido pelo representante jurisdicional do Estado não é ilimitado, possuindo o contraditório pleno entre as partes como limitador constitucional.

Silva e Faria mergulham na análise do princípio, no âmbito processual penal, e defendem categoricamente (2016, p. 107):

Haverá, então, uma decisão judicial legítima, quando houver uma fundamentação “robusta”, que entra no cerne de cada ponto controvertido exposto pelas partes durante a dinâmica processual. Destaca-se que uma fundamentação superficial, capenga, esvazia o contraditório, haja vista que se pode até cientificar as partes e lhes possibilitar a devida manifestação. Contudo, nesse mesmo procedimento poderá ocorrer uma negativa genérica que maquia a real chance de influência ao Estado-juiz, pois ele pode se autoconvencer ilegitimamente.

O juiz ocupa especial posicionamento no âmbito processual, apesar de não lhe caber protagonismo. Assegurar que o julgador do mérito da acusação formal esteja alheio aos deslindes preliminares garante sua liberdade de convicção e dota de maior legitimidade sua decisão, independentemente do lado que favoreça.

Paulo Rangel enfatiza seu discurso no princípio democrático, trabalha a ideia de que apenas por meio do processo penal se pode punir um indivíduo e afirma que, apesar de

se continuar buscando punição do violador da norma penal, o “ser humano passa a ser visto no processo criminal e não a lide (ou o caso penal)” (2015, p. 21).

Complementa seu ponto se vista aduzindo (2015, p. 21):

Esta parece a razão pela qual a luta pela defesa dos direitos fundamentais, em uma visão waratiana, é uma luta de toda a sociedade e não do réu, em especial. Não são *direitos do preso*, como comumente se diz, mas direitos de cada um isoladamente que, por serem corpos sucessivos, são direitos da mesma pessoa. Ao proteger o outro, me protejo. Ao me proteger, protejo o outro. Somos um só. É comum se ouvir *teses* e entendimentos de que é necessário restringir direitos e garantias fundamentais para conter a onda de violência que assola os grandes centros urbanos, porém não se percebe que tal postura visa a levar aqueles que assim entendem a cair em uma areia movediça, ou seja, estão defendendo a diminuição dos seus próprios direitos, não dos outros. Os outros são eles mesmos.

É leviano enfrentar o tema dos direitos e garantias fundamentais pela perspectiva do sopesamento da liberdade individual ante a segurança social e não analisar criticamente os desdobramentos inevitáveis de restrições. Impetuosos devem ser combatidos e responsabilizados por suas condutas, na forma da lei, mas isso não implica violar os direitos de todos desarrazoadamente, não refletindo sobre as consequências reais que virão ao cidadão comum, esquecendo a condição elementar de todos, como seres humanos, frágeis por natureza.

A viabilidade do juiz das garantias não deve ser analisada como óbice às prisões realizadas de forma regular e legítima. Ao contrário, deve questionar-se se a presença do magistrado no controle da legalidade do procedimento pré-processual trará maior efetividade e segurança aos atos validados por ele nessa fase, corroborando significativamente a fase processual propriamente dita.

Fortalecendo esse entendimento, Rogério Greco (2015, p. 72) esclarece que o próprio Estado desrespeita a dignidade humana várias vezes. Isso foi confirmado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, ocasião em que o tribunal reconheceu que no

sistema penitenciário brasileiro vigora “estado de coisas inconstitucional”⁴ e determinou realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário.

Greco aborda a criminalidade aparente e a oculta e aduz que aquela se refere às praticadas pelas classes sociais menos favorecidas economicamente e a última, pelo estrato social superior privilegiado financeiramente. Explica que esse primeiro grupo “existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública. A incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico entre as classes sociais” e afirma que a delinquência em questão possui essencialmente caráter social, em sentido inverso ao da outra, que julga ser ainda mais repugnante por se tratar da natureza moral do indivíduo, pois ele escolhe ser desonesto (2015, p. 163). E complementa (2015, p. 164, grifos nossos):

Comparativamente, um homicídio praticado por alguém que se encontra desempregado, transformado em um indigente, que somente é encontrado embriagado, numa escala valorativa, significa muito menos do que um delito de corrupção praticado por um funcionário público, que ocupa o cargo de presidente de uma comissão de licitação destinada a aquisição de remédios para a distribuição em farmácias populares. O comportamento do funcionário corrupto, geralmente intocável, é infinitamente superior em termos de genocida, pois que, com seu *prejuízo ao erário, causa a morte de milhares, e não de uma só pessoa. Mas como a corrupção não sangra, a sociedade tolera mais o corrupto do que o homicida*. O corpo da vítima, ensanguentada, caída ao chão, choca muito mais do que cifras colocadas em um pedaço de papel, que aponta o quanto o Estado foi lesado.

Ele não deixa de se manifestar sobre o exercício proporcional do poder punitivo do Estado (GRECO, 2015, p. 29):

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão versus inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que *inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo*, e lá

4 O ministro Ricardo Lewandowski seguiu o voto do relator. Como outros ministros, ele reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, ao explicar que essa foi medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, a qual identificou quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. “Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”, afirmou (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 28 jun. 2017).

estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano.

A proteção social e a luta pela não impunidade não podem se basear no jogo da partida pelas mesmas vias usadas por aqueles cujas condutas são repudiadas. Respostas eficazes à insegurança atual do país devem ter legitimidade constitucional como um dos pilares, para que não possam ser derrubadas, após adotadas, o que geraria ainda mais desprestígio à justiça criminal.

Os entusiastas da figura do juiz das garantias afirmam que sua instituição na fase pré-processual será um substrato a mais de autenticação do provimento final a ser proferido no fim da persecução penal.

3 A DIVERGÊNCIA SOBRE A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Ricardo Magalhães de Mendonça posiciona-se favoravelmente ao ajuste do provável novo Código de Processo Penal aos ditames constitucionais. Define como bizarre os resquícios inquisitórios que ainda vigem no código atual e pontua que a separação de funções de cada sujeito processual corrobora o sistema acusatório, o qual, segundo sua concepção, é o mais coerente com a Constituição (2011, p. 26).

Mendonça (2011), no entanto, é contrário à criação do juiz das garantias e tece várias críticas ao instituto processual penal que se pretende implantar no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo ele, o modelo proposto possui obstáculos que o inviabilizam fatalmente, como a escassez de magistrados para atuar na fase pré-processual, pois, hoje, eles atuam em ambas as fases e seu número já é inexpressivo.

Além da falta de juízes, aduz que há por trás do projeto a equivocada premissa de que o julgador que participou da fase preliminar não possa julgar com imparcialidade quando analisar o mérito na etapa da instrução processual (2011, p. 26-27).

Ele filia-se à corrente doutrinária para a qual há no processo penal brasileiro o princípio da verdade real e pondera que “o anteprojeto torna precária a incidência da verdade real, outro princípio tão caro ao processo penal e conexo ao da identidade física, na medida em que torna o julgador ainda mais distante da reprodução histórica dos fatos pertinentes à infração penal” (MENDONÇA, 2011, p. 27).

Para essa parte dos juristas brasileiros, inclusive Mendonça (2011, p. 28), o juiz deve adotar postura ativa no processo penal. Afirmam que a “busca pela ‘ideal imparcialidade’ do magistrado” o tornaria simples espectador. Esse entendimento não é absoluto; grande parte da doutrina jurídica brasileira enfatiza que em um modelo constitucional de processo penal, o juiz não está engessado como um mero observador, mas possui o relevante papel de regente da orquestra procedimental no âmbito processual penal (SILVA; FARIA, 2016, p. 107).

Ricardo Magalhães de Mendonça conclui que as demais alterações no novo código já são suficientes para garantir imparcialidade do juiz e assegurar sua equidistância das partes (2011, p. 30).

No mesmo sentido, Abel Fernandes Gomes (2010, p. 99-101) expressa que o juiz das garantias é a figura mais marcante que se pretende introduzir no novo Código de Processo Penal. Enfatiza que o juiz já é garantia dos direitos fundamentais do acusado, assim como da sociedade, uma vez que exerce a jurisdição, e afirma que a denominação dada ao instituto é redundante.

Segundo ele, essa figura passaria a ser entendida em tempos atuais “apenas como uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição da República na sua compreensão garantista integral”.

Argumenta que não há comprovação científica de vinculação psicológica do juiz ao que já decidiu na fase de investigação preliminar com a decisão que proferirá no final da fase processual. Criticando tal posição, salienta que “é novamente o jurista, sem nenhuma base científica concreta, mas apenas por suposição, procurando diagnosticar o que se passa na cabeça do homem: desta vez o juiz. E pior generalizando tal diagnose” (2010, p. 102-103).

Conclui dizendo (GOMES, 2010, p. 105):

Ademais, não se há de esquecer que, em qualquer sistema de justiça criminal em que homens são chamados a julgar homens, sejam eles juízes leigos ou de direito, de instrução ou de julgamento, das garantias ou da sentença, as imperfeições humanas sempre estarão no foco do problema da isenção do julgador, sendo certo que a garantia que melhor se apresenta para remediar o problema é o já consagrado e adotado pelo nosso sistema

processual, duplo grau de jurisdição, cujo funcionamento, dadas especificidades do sistema recursal nacional, acaba sendo apontado por muitos como “quádruplo grau de jurisdição, não tendo o menor sentido tamanha alteração estrutural do sistema de justiça criminal brasileiro, com todos os problemas que com ela já se vislumbra, como se a única, melhor e mais condizente forma de se amenizar o inconveniente do subjetivismo do homem fosse o tal juiz das garantias, que também como ser humano não é um totem, nem uma máquina programada para não “errar” contra o réu — já que essa parece ser a maior preocupação e o grande objetivo.

Em ângulo diferente, Luiz Flávio Gomes (2010) define bem a esfera de atuação dessa possível nova figura, salientando que “o juiz das garantias não vai presidir o inquérito policial, isto é, vai apenas cuidar da sua legalidade, assim como do respeito aos direitos e garantias fundamentais do indiciado ou suspeito”. Ele não será o instrutor do procedimento, que continua sendo presidido, nesse caso, pela autoridade policial; apenas controlará a legalidade de tais atividades oficiais.

Ante a própria natureza administrativa do inquérito policial e do procedimento investigatório criminal realizado pelo Ministério Público, mantém-se com ambos os órgãos a prerrogativa de coordenar e gerir a persecução penal pré-processual. O juiz, em um Estado Democrático de Direito, não tem competência funcional para investigar, pois isso aniquilaria seu dever de imparcialidade, uma vez que lhe cabe a árdua missão de julgar o caso concreto de acordo com seu convencimento, com base no que as partes lhe trouxeram durante o *iter* probatório.

Flávio Gomes (2010) busca refutar possíveis alegações orçamentárias contrárias à implantação do juiz das garantias no CPP dizendo:

Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito.

Deve-se tomar cuidado em não deixar que o desejo ardente de chegar ao local pretendido desnorteie o condutor do zelo necessário para consecução integral da jornada, pois chegar, por si, muitas vezes não é o bastante, quando o fundamental é permanecer. Resultado sólido depende de bases inabaláveis.

Maurício Zanoide de Moraes também refuta o argumento de que o juiz das garantias seria desnecessário ao ordenamento jurídico, uma vez que os juízes já garantem os direitos dos investigados, ao observar (2010, p. 22):

A resposta à primeira crítica é fácil, porque ela está totalmente desfocada. Com o juiz das garantias não se assegura apenas os direitos do cidadão no curso da investigação e o aperfeiçoamento dessa fase da persecução penal, mas, para além e acima disso (que realmente são, mal ou bem atendidos), está a garantia de melhor isenção do juiz que julgará a causa, logo, uma maior garantia de que toda aquela plêiade de direitos fundamentais será melhor e mais tecnicamente assegurada. O juiz das garantias não está sendo inserido para melhorar a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar que ao juiz da causa não se imporá mais a exigência inumana do atual sistema de ele não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior. Com o juiz das garantias, caminha-se para um juiz da causa mais imparcial, pois, a princípio e de modo sistêmico, ele não estará mais ligado às suas próprias decisões anteriores.

A afirmação de que a escassez orçamentária não garante dois juízes em cada local da nação, segundo Zanoide de Moraes (2010, p. 22), é elidida pelo próprio projeto inicial de reforma do CPP, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009. Seu art. 701 previa que a regra de impedimento de atuação do juiz das garantias que funcionou na fase pré-processual entraria em vigor no prazo de 3 a 6 anos após publicação do novo código, a depender da comarca.

Zanoide de Moraes salienta que não conseguir se preparar durante o prazo da *vacatio legis* citado para concretização de direitos fundamentais seria o mesmo que declarar má vontade política em mudar. E arremata (2010, p. 23):

Basear uma crítica na atual falta de recursos como se essa realidade isentasse de obrigação ou de responsabilidade de cumprir o prometido na Constituição a curto ou a médio prazo (não esqueçamos que a Constituição já tem mais de 20 anos), não serve para oferecer desculpas aos cidadãos

pela continuidade desse caos no sistema criminal atual. Também não será argumento razoável ou aceitável pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos ou pela Comunidade Internacional se continuarmos a ser condenados politicamente por esses organismos.

Fabiano Augusto Martins Silveira aduz ser indispensável reforma do Código de Processo Penal vigente e ressalta (2009, p. 79):

O problema é quando a estrutura já não suporta o peso de tantos retoques, culminando em disputas de sentido ou confusão normativa. O diploma torna-se um texto tumultuado e complexo, no sentido de que nele passam a conviver lógicas rivais. O desconforto surge, pois, quando precisamos de um novo Código e, no seu lugar, vêm reformas parceladas. Ou quando as condições históricas jogam a favor de uma mudança completa de cenário e não sabemos aproveitá-las, ao contrário de diversos países sul-americanos (Argentina, Chile, Venezuela, Peru e Colômbia) e europeus (Itália, Portugal e França). Nessas circunstâncias, talvez não seja exagerado dizer que as reformas pontuais proporcionam um amargo retrogosto.

Expõe ser inadiável a reconciliação do possível novo Código ao paradigma constitucional pós-Constituição de 1988. Afirma ainda que a presença de um juiz e as decorrentes limitações em volta da apuração criminal preliminar foram arquitetadas “acima de tudo, como forma de valorizar o que há de mais nobre na atividade do julgador e de onde ele retira o título de legitimidade de sua função, isto é, a imparcialidade” (2009, p. 80).

Ao tratar do tema de forma mais aprofundada, reconhece que a proposta de inserir tal figura no projeto de código é ousada e destaca pontos positivos e negativos nela. A especialização do juízo das garantias na fase pré-processual, segundo ele, trará eficiência e agilidade ao procedimento e garantirá que o juízo posterior exerça plenamente sua liberdade de apreciação e valoração das provas oriundas da investigação, pois não haverá sua digital contaminando a imparcialidade (SILVEIRA, 2009, p. 88-89).

A liberdade para exercício da função jurisdicional é um dos pilares vitais desse mister. Conceder ao julgador do mérito da pretensão penal condições efetivas de desenvolver suas atividades de maneira eficaz e eficiente não é faculdade do legislador infraconstitucional, mas um dever, implícito no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti afirma que o sistema processual penal acusatório, previsto na Constituição de 1988, desvincula o julgador das atribuições da perseguição criminal, preservando sua imparcialidade. Destaca que essa garantia repele os infelizes resíduos inquisitoriais do código vigente: “Daí se reconhecer, no acusatório, o perfil do processo mais condizente com a realização da Justiça criminal, por que liberta o juiz de qualquer vinculação psicológica com a pretensão em causa, ao lhe retirar a iniciativa de instaurar a ação ou de buscar ele mesmo a prova” (2017, p. 17).

Enfatiza “que os procedimentos de investigação preliminar também reclamam a observância do devido processo penal e às garantias dela decorrentes, entre elas o juiz natural” (2017, p. 24).

Ao pontuar o rompimento do critério de prevenção do juízo trazido pelo projeto, considera tratar-se de “giro de 180 graus”. Pelo art. 83 do CPP vigente, o juiz que tiver intervenido na fase preliminar será competente para julgar a demanda penal. Isso mudaria com aprovação do PL nº 8.045/2010, pois seu art. 16 expressamente veda: “o juiz que, na fase da investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748” (CAVALCANTI, 2017).

Concluindo, chama atenção para as possíveis objeções (CAVALCANTI, 2017, p. 30):

“Todavia, há de se ter em mente que objeções meramente utilitaristas ou deficiências de ordem prática (financeiras, de pessoal, etc.) não autorizam nem legitimam o amesquinamento de princípios processuais, como o da imparcialidade do juiz. Com efeito, pode-se facilmente remover tais entraves, porquanto se faz desnecessário que cada pequena comarca ou subseção judiciária – frações geográficas em que dividido o poder jurisdicional – tenha um juiz das garantias, bastando que se estabeleçam juízes garantidores para regiões maiores, como, por exemplo, um juiz de garantias para cada Circunscrição (no caso da Justiça Estadual) ou para cada Seção Judiciária (no caso da Justiça Federal), ou ainda para um grupo de subseções judiciárias, previstas sempre as hipóteses de substituição automática.

Como se vê, há diferentes sugestões sobre como poderia adotar-se esse novo juiz no ordenamento jurídico brasileiro.

4 A IMPUNIDADE FUTURA E A (IN)EFICIÊNCIA PERSECUTÓRIA

Quando se fala em impunidade, rapidamente se pensa em pessoas más, com o estereótipo delinquente, que praticam condutas com a intenção de prejudicar a coletividade. Ledo engano. Pessoas boas e com as melhores intenções para com a sociedade podem e praticam impunidade, a exemplo dos próprios agentes públicos incumbidos do dever de proteger a nação dos infratores das normas penais.

Veja-se observação de Aury Lopes Jr. em palestra em 2014 (informação verbal⁵, grifos nossos):

Se vocês atropelarem regras do jogo: investigarem mal, interceptação telefônica excessiva, ilegal, busca e apreensão ilegal – o que vocês fizerem de ilegalidade – e eu juiz passar a mão por cima e condenar, vocês vão ter uma pena ilegítima. Ah, isso não é problema!!? Vai ter problema mais para frente, então [...]. Isso aqui é regra do jogo. Vamos entender regras do jogo, e principalmente, se vocês que violarem as regrinhas do jogo e lá no final tiver um advogado de lupa, que brigar até o final, e que graças a Deus existem juízes no Brasil, e pegar um juiz bom, e o cara analisar e disser: não!!! Isso aqui não é vale tudo – isso aqui não é vale tudo. Não vale dedo no olho, puxão de cabelo, tem regra no jogo. E anular. *Quem é que está gerando impunidade?* Sou eu, brigando pela Constituição? Ou são vocês, mãos do Estado que cometeram a ilegalidade?!! Então entendam, quando você atropela a regra do jogo, vocês estão gerando a *impunidade futura*, não sou eu que estou brigando pela regra do jogo.

Impunidade futura é aquela gerada pelos próprios órgãos oficiais de segurança pública no desenvolver de suas atividades, durante a persecução penal. Mesmo sem intenção de produzi-la, acabam por dar-lhe causa, por não zelarem pelas regras do jogo.

Por meio do juiz, garante-se o controle da legalidade dos atos praticados durante a investigação preliminar legítima-se ainda mais o resultado final do jogo, independentemente de qual seja a decisão judicial.

⁵ Palestra no II Debate Jurídico Unejuris, Edição Direito Penal, 29 maio 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7EFngXgpnCc>. Acesso em: 27 ago. 2017.

É tênue a linha que separa o bem do mal, o certo do errado e o justo do injusto. A condição inata de ser humano não isenta ninguém de errar, mesmo que sua intenção inicial seja proteger a coletividade. Atuação conforme a legislação vigente, sempre sob a ótica do fiel cumprimento da Constituição, é o solo firme onde todos podem e devem pisar no exercício de qualquer atividade.

Os órgãos da persecução penal têm grande responsabilidade: garantir a segurança social e respeitar, no cumprimento de seu dever legal, os direitos e garantias do indivíduo acusado. A impunidade combate-se com atuação firme desses órgãos e observância do ordenamento jurídico, não se escusando os gestores da coisa pública da sua obrigação de subsidiar estrutural e tecnicamente tais instrumentos estatais de segurança e promover políticas públicas e criminais efetivas, direcionadas não só à repressão, mas principalmente à prevenção.

5 CONCLUSÃO

A ideia de inserir mais um juiz na persecução criminal brasileira para que este garanta os direitos dos acusados e controle a legalidade de todo o procedimento pré-processual tem sido confundida com ampliação da impunidade. O que se pretende é precisamente o contrário: garantir lisura dessa fase para evitar impunidade futura. Busca-se coibir o autoritarismo e a prepotência governamental, e o novo instituto converge com tal zelo.

Respeito às regras do jogo não pode ser confundido com impunidade, muito menos com a noção de que não há como punir alguém garantindo seus direitos e garantias fundamentais. A Constituição possui força normativa supralegal, norteia e constitui a ação que deve ser concretizada por aqueles que lhe devem obediência.

A divergência em relação à viabilidade da criação do juiz das garantias no ordenamento é positiva, pois dinamiza a reflexão sobre a necessidade de melhorar a eficiência da investigação preliminar.

Apesar das insuficientes condições estruturais dos órgãos que atuam na justiça criminal brasileira, cabe-lhes busca por eficiência na execução de suas atividades. Muito embora a eficiência esteja ligada à busca de resultado expressivo, ela deve ser predominantemente qualitativa.

O juiz das garantias eleva a qualidade da investigação criminal e traz maior eficiência a essa fase do processo. Mudar é necessário, e a população brasileira necessita de al-

ternativas que aumentem sua sensação de segurança e diminuam o sentimento coletivo de impunidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano I, n. 2, p. 26-72, out. 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O juiz das garantias na investigação preliminar criminal. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 9, p. 15-40, 2017.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia –como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de (das) garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 40, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 8.ed. Niterói: Impetus, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no Processo Penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Breves anotações sobre o juiz das garantias. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 12, n. 83, p. 26-30, abr. 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ago. 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Wéberton Pereira da Cruz; FARIA, André. O contraditório entre as partes como limitador constitucional da substitutividade jurisdicional no Processo Penal. *In*: FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda; PEREIRA, Henrique (org.). **Direito na atualidade**: uma análise multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, 2009.

14 LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OPÇÃO LEGÍTIMA DE POLÍTICA CRIMINAL

Renee do Ó Souza¹
Rogério Sanches Cunha²

Resumo: O presente trabalho busca, por meio de uma criteriosa revisão bibliográfica, analisar o acordo de não persecução penal concebido pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. A contextualização do instituto no movimento internacional de recrudescimento da justiça negocial, bem como no atual movimento funcionalista em que se insere o direito penal atual, permitem vislumbrar no acordo de não persecução uma manifestação legítima de um instituto de política criminal. Demonstra-se ainda que o acordo de não persecução busca, em sintonia com o papel constitucional do Ministério Público, compor um sistema de justiça criminal mais célere e pragmático.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Funcionalismo penal. Política criminal.

Abstract: *The present work seeks, through a careful bibliographical review, to analyze the Agreement of Penal Persecution conceived by Resolution nº 181/2017 of the National Council of the Public Prosecution Service. The contextualization of the institute in the international movement for the resurgence of bargaining justice, as well as the current functionalist movement in which the present criminal law is inserted, allow us to envisage in the Non-Persecution Agreement a legitimate manifestation of a criminal policy institute. It is also demonstrated that the Non-Persecution Agreement seeks, in line with the constitutional role of the Public Prosecution Service, to create a more rapid and pragmatic criminal justice system.*

Keywords: *Criminal non-pursuit agreement. Criminal functionality. Criminal policy.*

A internacionalização ou transnacionalidade do crime frutificou na identificação de vários modelos de resposta estatal. Chamam atenção:

1 Mestre em Direito e Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Professor na Pós-Graduação de Prevenção e Repressão à Corrupção no CERS e da Fundação Escola do MPMT. E-mail: renee Souza@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/244952498993703>.

2 Membro do Ministério Público de São Paulo (promotor de Justiça). Professor de Direito Penal na Escola Superior do MP/SP. Professor de Direito Penal e Processo Penal no CERS – CURSOS ON-LINE (www.cers.com.br).

a) o modelo dissuasório clássico: inspirado pela ideia de retribuição, consiste na simples imposição de pena, medida suficiente para retribuir o mal causado pela prática criminosa e para evitar cometimento de novos delitos;

b) o modelo ressocializador: tem a finalidade de reintegrar o delinquentes à sociedade (prevenção especial positiva);

c) o modelo consensuado: tem o propósito de trazer à justiça criminal modelos de acordo e conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor de crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada (*plea bargaining*), em que o agente, admitindo culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como quantidade da pena, forma de cumprimento, perda de bens e reparação de danos.

Especialmente pela introdução do modelo de justiça consensual, a resposta ao crime tem sofrido influxo de novas ideias, voltadas à solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).

Nessa quadra, destacam-se os instrumentos dos acordos na seara criminal, que podem ser compreendidos, em geral, como ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e o investigado/acusado (assistido por advogado), que, assumindo ou não sua culpa/responsabilidade, aceita cumprir, desde logo, condições socialmente relevantes, muito abrandadas se comparadas às penas previstas como sanção penal, em troca de renúncia estatal ao processo criminal.

Sobretudo em países do *Common Law*, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que o instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar colapso do sistema de justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplaquem satisfatoriamente o clamor decorrente de crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra não haver como ignorar que o *plea bargaining* se expandiu para a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviar as respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna.³ A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirma essa tendência mundial.

3 SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luis (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240.

No Brasil, o instituto da transação penal da Lei nº 9.099/1995 é considerado a semente da justiça consensuada (da qual a negociada aparece como a mais promissora espécie), principalmente porque nela – transação penal – a pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento de obrigações pelo autor dos fatos, notadamente pecuniárias. Talvez a mais significativa diferença desse instituto com o do *plea bargaining* seja que naquele não existe reconhecimento de culpa (*plea do nolo contendere*).

A novidade desembarcou no ordenamento jurídico brasileiro. A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) prevê uma espécie de acordo penal, denominado acordo de não persecução penal, cujos requisitos estão no art. 18. Vale transcrição do dispositivo:⁴

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar 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 Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

4 Redação de acordo com a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, que alterou a redação original de todo o art. 18.

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação

ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11. Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12. As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13. Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

No pronunciamento final do procedimento do qual resultou a resolução, constam como fundamentos para sua edição, além da contextualização mundial mencionada, o princípio da eficiência e a opção da Constituição de 1988 pelo sistema acusatório — e não pelo sistema inquisitorial —, o que cria as bases para mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil e possibilita a criação, por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, do acordo de não persecução penal.⁵ Concluiu a comissão redatora do pronunciamento:

Diante dessas razões, é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c)

⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Corregedoria Nacional. Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas. **Autos n. 1/2017**. p. 31-32. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 10 set. 2017.

haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais. (CNMP, 2017, p. 31-32).

O acordo de não persecução penal é alvissareiro e legítima manifestação do funcionalismo penal, na medida em que é previsto em norma editada no que se denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis de uma política criminal. A política criminal, segundo Figueiredo Dias, tem a função de:

servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização.⁶ (DIAS, 1999, p. 42)

Definição de situações e pressupostos capazes de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de norma infralegal, equivale à legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do direito penal, a que se refere Claus Roxin,⁷ que, por esse motivo, já proclamou, textualmente, ser “possível um arquivamento com imposição de condições, caso exista consentimento entre o acusado e a Promotoria”.^{8,9}

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente político definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial. O recorte efetuado pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas.

6 DIAS, J. de F. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. p. 42.

7 ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 49.

8 Id. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 100.

9 Id. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 49.

Semelhante recorte é efetuado, anualmente, por edição dos chamados indultos natalinos, que se materializam por decreto do presidente da República e implicam extinção da punibilidade de vários condenados mediante pressupostos discricionariamente estabelecidos por aquela autoridade, lembrando que, atualmente, o instituto abarca quase todo tipo de infração penal (salvo os delitos hediondos e equiparados). A liberdade de conformação do indulto sempre foi considerada manifestação de política criminal entregue ao presidente da República, o que nos remete à conclusão de que decisões sobre a punição penal são, já há algum tempo, permeadas por valorações extrajurídicas. Podem-se citar outros exemplos de atos infralegais que manifestam legítimas valorações de políticas criminais oferecidas por outros importantes atores:

a) o protagonismo do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou, por meio da Resolução nº 213/2015, as audiências de custódia;

b) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para autorizar execução provisória da pena após condenação criminal em segunda instância (ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para aplicação do princípio da insignificância (HC nº 84.412/SP);

c) os chamados procedimentos de verificação preliminar de informação (VPI), utilizados pela polícia criminal, destinados à verificação de procedência de informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada, por exemplo, no Departamento de Polícia Federal, pela Instrução Normativa nº 1/1992;

d) implantação, baseada em celeridade e eficiência, pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, **por meio de portaria**, do Núcleo Especial Criminal (Necrim), ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo.

Pretende-se demonstrar com estes exemplos que uma proposta de política criminal pode ser exercida por um dos seus principais atores – o Ministério Público – notadamente quando voltada, como no caso em análise, à valoração consequencialista garantista dos crimes contemplados pela proposta. Exercício da ação penal não pode ser reduzido à atividade mecânica, desprovida de crítico juízo institucional e desconhecedor das peculiaridades do sistema de justiça. Diante de tantos exemplos emblemáticos – e aceitos sem resistência pela comunidade jurídica –, nada mais natural que o Ministério Público atuar nesse espaço de conformação, editando ato que expresse uma diretriz de política criminal. Nessa linha de ideias ensina Busato:

[...] as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir, a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico. [...] Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro 'filtro' das questões que doravante tendem a ser postas em discussão.¹⁰ (BUSATO, 2011, p. 69-70)

Antes que se acuse a proposta de ativismo ministerial, cumpre destacar que uma das principais funções de uma política criminal institucional é precisamente servir de instrumento de combate a voluntarismos individuais, que acabam por desagregar a unicidade do direito e a segurança jurídica.

Também se verifica fina sintonia entre o acordo de não persecução penal e o direito internacional. A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110, editou as conhecidas Regras de Tóquio, oportunidade em que assentou a necessidade de adoção de medidas alternativas, a serem tomadas antes do início processo, consoante dispõe seu item 5.1:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado¹¹ (CNJ, 2016)

10 BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69-70.

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab-7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

Quanto à legalidade estrita, não se verifica nocividade ao investigado, pois o instituto não amplia o poder punitivo do Estado. Ao contrário, trata-se de instituto benéfico ao implicado, que, além de diminuição da pena, não experimentará sentença penal condenatória contra si.¹² Na verdade, extensão de institutos penais benéficos é prática comum na dogmática penal brasileira, bastando lembrar o que ocorre, por exemplo, com o pagamento de cheque sem fundos antes do recebimento de denúncia. A rigor, referida situação levaria somente à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP. Porém, a jurisprudência consolidou que, nesse caso, por motivos de política criminal, há exceção mais favorável ao réu, e a ação penal não pode ser iniciada. Nesse sentido é a Súmula 554 do STF “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

O acordo de não persecução penal não implica desvantagem ao ofendido, notadamente nos crimes em que é bem definido, visto que o primeiro requisito para celebração do acordo é a necessidade imperiosa de reparação de danos, o que atende seus interesses imediatos e à moderna tendência criminológica de revalorização da vítima no processo penal.

Em suma, não se vislumbra prejuízo à Justiça Pública ou ao interesse público, porque, sob a análise do custo-benefício trazido pelo instituto, fruto da onda consequencialista em que se encontra o direito, na qual já se reconhece a incapacidade de o Judiciário dirimir, tempestiva e satisfatoriamente, todos os conflitos que lhe são levados, é muito mais vantajosa uma imediata decisão negociada que cumpra a função dirimente do conflito do que um julgamento proferido ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena e de recompor o sentimento social de validade das normas.

Por fim, não se pode deixar de analisar a norma aqui discutida sob enfoque pragmático, ainda que em breves linhas. O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos melhores resultados, deu ensejo à multiplicação de instrumentos negociais que, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes políticos e econômicos, porque abreviam o tempo para solução do conflito e atendem a cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes estabelece-se em ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para aceitabilidade do cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a con-

12 Aliás, é por isso que o acordo de não persecução penal não caracteriza, em nenhum aspecto, o *plea bargaining* norte-americano. Para maiores detalhes, remetemos à nossa obra *Acordo de não persecução*. (CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.)). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.).

fiança em seu cumprimento integral. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

Referências

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Corregedoria Nacional. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas**. Autos n. 1/2017. p. 31-32. Disponível em: http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 10 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

15 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE DE MÉRITO E VALOR PROBATÓRIO

*Cibele Benevides Guedes da Fonseca*¹

Resumo: O presente artigo trata dos principais aspectos da implantação da audiência de custódia (também chamada de audiência de apresentação) no Brasil, abordando aspectos de direito internacional, constitucional e processual penal. Busca definir em que consiste o prazo razoável para apresentação do preso, bem como o conceito de autoridade judicial a presidir o ato. Analisa também a possibilidade de questionamentos sobre o mérito (autoria e materialidade delitiva) durante a audiência e seu valor probatório com relação ao processo de conhecimento. Por fim, avalia a formatação da audiência de custódia em um sistema acusatório, em especial com relação à possibilidade ou não de decretação *ex officio* de prisão preventiva na ocasião.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão. Audiência de Custódia. Audiência de Apresentação. Convenção Americana de Direitos Humanos. Prazo para apresentação. Conceito de Autoridade Judicial. Valor probatório. Ministério Público. Sistema acusatório. Prisão preventiva.

Abstract: *This paper focuses on the main aspects of the implantation of the Custody or Presentation Hearing in Brazil, addressing international, constitutional and criminal procedural law aspects. It seeks, therefore, to determine the maximum time limit for the presentation of the prisoner (promptly presentation), and the concept of judicial authority for the act. The article also analyzes the possibility of questions to the prisoner about the criminal fact and who committed it, during the hearing, and its value as evidence in the future judgement. Finally, it approaches the Custody Hearing in the context of the adversarial system, in particular with regard to the possibility of pretrial detention without a request of the Public Prosecutor.*

Keywords: *Criminal Procedure. Prison. Custody Hearing. Presentation Hearing. American Convention of Human Rights. Deadline for submission. Judicial Authority. Proof value. Prosecution. Public Ministry. Adversarial System. Pretrial detention.*

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia, também chamada de audiência de apresentação, é instituto incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da ratificação, pelo Congresso

1 Procuradora da República em Natal/RN. Mestra em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB).

Nacional, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos² (OEA) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³ (ONU). Garante a qualquer pessoa presa ou encarcerada a condução, sem demora, à presença de um juiz, que deverá analisar se a prisão foi legal e se estão presentes os fundamentos para decretação de prisão preventiva ou se a pessoa pode ser solta, mediante fiança ou outras medidas cautelares penais, se necessárias.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, prevê, em seu artigo 7º, que

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por outro lado, dispõe em seu artigo 9º, que

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Tais documentos internacionais foram promulgados no Brasil há mais de vinte anos, sem que fossem cumpridos internamente, de modo que a audiência de custódia consiste em assunto ainda novo na doutrina processual penal brasileira. Este artigo abordará as razões desse progressivo descumprimento dos tratados pelas autoridades brasileiras, os principais aspectos referentes à implantação da audiência de custódia no Brasil, incluídos o conceito de autoridade judicial a presidir o ato, a possibilidade de questiona-

2 Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992.

3 Decreto Presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992.

mentos sobre o mérito, seu valor probatório e o papel do Ministério Público na consolidação do instituto.

Esta seção trata da introdução do tema; a seção 2 aborda os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil; e a seção 3 cuida do problema da superlotação carcerária no Brasil. A seção 4 aborda o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 e a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, analisando especialmente o prazo para apresentação do preso, o conceito de autoridade judicial, a possibilidade de análise de mérito e o valor probatório do conteúdo da audiência de custódia. A seção 5 trata da análise da audiência de custódia em um sistema acusatório, especialmente com relação à ausência do Ministério Público durante o ato e a possibilidade ou não de decretação *ex officio* da prisão preventiva, e é seguida do capítulo conclusivo.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O Código de Processo Penal brasileiro nada fala sobre a necessidade de realização de audiência de custódia após a detenção em flagrante, satisfazendo-se com o mero envio do auto de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas, à autoridade judicial, conforme o art. 306, *caput*.

Ocorre que, tendo o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos natureza de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ambos se sobrepõem ao texto do Código de Processo Penal. De acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos internalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro têm status normativo supralegal, ou seja, ostentam força normativa inferior à Constituição, porém superior à legislação infraconstitucional: “O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”⁴.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 95.967- 9/MS**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703 e HCs 87.585 e 92.566**. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

Essa consolidação do entendimento do plenário do Supremo Tribunal Federal somente se deu no final de 2008, o que justifica, em termos históricos, a dificuldade e lentidão na implantação, pelo Judiciário brasileiro, dos dispositivos constantes dos referidos pactos, entre os quais os que abordam o controle judicial imediato traduzido na audiência de custódia.

Cabe aos juízes brasileiros a realização do controle de convencionalidade, a fim de analisar a conformidade da lei – no caso, o Código de Processo Penal – às normas dos tratados de direitos humanos, não restando dúvida de que, confrontando-se os artigos 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 9º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos com o art. 306 do Código de Processo Penal brasileiro, aqueles devem prevalecer, por tratar de maiores garantias ao direito de liberdade e à dignidade humana.

3 O PROBLEMA PRISIONAL NO BRASIL

Malgrado a finalidade da audiência de custódia seja evitar prisões ilegais e torturas,⁵ é certo que a retomada do tema no Brasil está umbilicalmente ligada ao caos do sistema prisional em todo o país. Dados do Ministério da Justiça dão conta de que o Brasil possui uma alta taxa de encarceramento, com 607.000 presos no ano de 2014, constituindo a quarta maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (670.000 presos).⁶

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar em eficiência do Poder Judiciário, com grande número de sentenças com condenações definitivas. Porém, o alto índice de aprisionamento aponta para o oposto. Cerca de 41% dos presos no Brasil são provisórios, e cerca de 60% deles aguardam julgamento encarcerados há mais de 90 dias, o que viola o direito constitucional a duração razoável do processo. Isso demonstra claramente que os processos criminais demoram muito para ser julgados.

Desde a década de 1990, a população carcerária brasileira cresceu 575%. No entanto, a sensação de insegurança nunca esteve tão presente. Isso ocorre porque o sistema de justiça criminal “investiga e pune crimes menos graves em detrimento dos mais gra-

5 Conforme decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Tibi versus Equador*: Disponível em: <http://www.cortei-dh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

6 VASCONCELOS, Frederico. Prende-se muito, mas prende-se mal. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 jul. 2015. Colunas e blogs. Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2015/07/02/prende-se-muito-mas-prende-se-mal>. Acesso em: 8 nov. 2015.

ves, encarcera exageradamente presos provisórios e reproduz a desigualdade social e racial do país”, conforme pontua Marlon Alberto Weichert.⁷

Há enorme impunidade no que diz respeito aos homicídios e latrocínios, pois apenas de 5% a 8% do total de casos são investigados com sucesso e denunciados. Do volume total de prisões, apenas 17% constituem prisões decorrentes de homicídios e latrocínios, sendo 35% por crimes contra o patrimônio e 27% em razão de tráfico de drogas.

A solução dos problemas de nosso sistema prisional não é uma só. É necessária a execução, por parte dos estados, da Lei nº 12.714/2012, que trata da unificação e informatização dos dados dos presos. A melhoria do sistema depende, ainda, da abertura de novas vagas para os presos de regime semiaberto e aberto e, definitivamente, criação de instituições regidas pelo método das Apacs (Associações de Proteção e Assistência aos Condenados).⁸

A audiência de custódia desponta como uma das formas de triagem inicial da necessidade de aprisionamento, nos casos em que a liberdade provisória e medidas cautelares sejam suficientes para garantir ao Estado presença do acusado durante o processo sem danos para a sociedade. Constitui um dos pontos positivos tendentes a desinchar o sistema prisional, e por isso foi encampada pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e por proposta de alteração legislativa (Projeto de Lei do Senado nº 554/2011).

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA REGULAMENTAÇÃO

4.1 Considerações sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011,⁹ de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, que propõe alteração do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, a fim de instituir a audiência de custódia dentro de 24 horas após a prisão em flagrante.

Eis a redação original do projeto:

7 VASCONCELOS, Frederico. Prende-se muito, mas prende-se mal. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 jul. 2015. Colunas e blogs. Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2015/07/02/prende-se-muito-mas-prende-se-mal>. Acesso em: 8 nov. 2015.

8 Para um aprofundamento sobre o sistema de Apacs, recomenda-se a leitura de: OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** Método APAC. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

9 Até a data do fechamento do presente artigo, 28 de setembro de 2016, o projeto ainda se encontrava em trâmite sem aprovação final.

Art. 306. [...] § 1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que será apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Algumas emendas foram apresentadas, estando ainda em análise pelo Senado, como a Emenda 12, segundo a qual a oitiva do preso será registrada em autos apartados e versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão, prevenção de tortura ou maus-tratos e direitos do preso. Tal tema ao lado do prazo para apresentação do preso em flagrante e do conceito de autoridade judicial constituem os assuntos que mais suscitam controvérsias sobre a implantação imediata das audiências de custódia no Brasil.

4.2 Considerações sobre a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em fevereiro de 2015, o Projeto Audiência de Custódia, cujo objetivo é a implantação das audiências de custódia, de início, em todas as capitais do país. Além disso, o projeto prevê a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico e centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal.

Foram firmados acordos de cooperação técnica com tribunais de justiça em todo o Brasil, tendo o projeto-piloto ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo. Na seara federal, a primeira seção judiciária do Brasil a implantar as audiências de custódia foi a do estado do Rio Grande do Norte, que há um ano realiza audiências de custódia na capital e nas varas federais do interior do estado.

Com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240, foram confirmadas constitucionalidade e legalidade das audiências de custódia. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, regulamentando o trâmite das audiências de custódia até que haja lei tratando do assunto.

De acordo com a Resolução nº 213/2015, é obrigatória a apresentação pessoal do preso em flagrante, bem como do preso por mandado, a um juiz, no prazo de 24 horas, incluídos fins de semana e feriados. A novidade é a necessidade de apresentação do

preso por mandado judicial, exigência que não consta dos tratados mencionados ou do projeto de lei já analisado.

Ao se tratar da audiência de custódia, sempre se buscou apresentação do preso em flagrante para que houvesse controle judicial imediato da prisão. Se a prisão foi decretada por autoridade judicial, sua necessidade já foi analisada previamente, não se podendo presumir abusos no cumprimento do mandado por parte dos policiais.

O ideal seria que, se abuso ocorrer, fosse imediatamente comunicado à autoridade judicial, pelo defensor do preso ou mesmo por seus familiares, a fim de que, aí, sim, fosse investigado o fato, não se tratando de caso de audiência de custódia, reservada para prisões em flagrante.

4.3 Prazo para apresentação

O Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não estabelecem prazo para apresentação de preso perante juiz, utilizando-se, ambas, do termo “*promptly*”, ou seja, “sem demora”.

A interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem dando ao dispositivo tem sido de que: a) a apresentação do preso deve se dar no prazo estabelecido internamente pelo país; b) caso a caso deve ser analisada a razoabilidade desse prazo interno com a urgência que a apresentação “sem demora” requer.

A Corte considerou violado o preceito convencional da apresentação sem demora quando o Estado infringe a própria norma, como no caso *Castillo Petruzzi x Peru*,¹⁰ em que a audiência ocorreu 36 dias após a prisão, quando o prazo estabelecido no Peru era de 30 dias. Além disso, entendeu que, ainda que tivesse sido respeitado o prazo local, este não era razoável, não se enquadrando no conceito de “*promptly*”.

O prazo de 24 horas para apresentação do preso em juízo após a detenção em flagrante, previsto no projeto de lei referido, é compatível com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e mesmo com os prazos adotados em países civilizados. A Corte já entendeu, no caso *López Álvarez versus Honduras*,¹¹ pela absolvição de Estado em caso de apresentação no prazo de 24 horas. Já no caso *Bayarri versus*

10 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

11 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

Argentina, a Corte Interamericana ponderou que a demora de uma semana para oitiva do preso não se coaduna com a exigência do artigo 7.5 da CADH.¹²

Em Nota Técnica, o Ministério Público Federal realizou levantamento desses prazos:

Na Argentina, o prazo é de 6 horas após a prisão, segundo o Código de Processo Penal federal. O Chile exige o prazo de 12 horas para apresentação ao promotor, que poderá soltar o preso ou apresentá-lo ao juiz em 24 horas. Na Colômbia, o prazo é de 36 horas para apresentação ao juiz. No México, o prazo é de apresentação imediata ao promotor, que deverá apresentá-lo ao juiz em 48 horas ou libertá-lo. Na Espanha, na Itália e na Alemanha, o preso deverá ser apresentado no prazo máximo de 24 horas. Em Portugal, o prazo é de 48 horas.¹³

É necessário que haja ajustes administrativos para o funcionamento das audiências de custódia no Brasil, sendo razoável admitir extensão do prazo de apresentação se for devidamente justificada, como nos casos de comarcas de grande extensão territorial e dificuldade de locomoção, como ocorre em cidades da Região Norte.

Na Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, há previsão expressa de que

Art. 1º. [...]

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no *caput*.

Portanto, em comarcas ou subseções com dificuldades para apresentação do preso em 24 horas, é possível extensão do prazo, desde que haja justificativa plausível por parte do órgão jurisdicional.

A utilização de videoconferência, que deve ser excepcional, pode ser realizada em casos como esses, bem como nos locais em que não exista juiz titular na comarca, mas sempre no intuito de que se trate de situações temporárias, devendo o estado e o Tribu-

12 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

13 NOTA TÉCNICA CONJUNTA sobre instituição da audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante. Processo 1.00.000.018204/2014-55, da Procuradoria-Geral da República.

nal de Justiça e Regional Federal dos locais buscar providências para sanar as dificuldades de transporte e de lotação de juízes no local.

4.4 Conceito de autoridade judicial

A Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou o entendimento de que a autoridade a presidir a audiência de custódia tem que se revestir das qualidades previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana, ou seja, juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei. Apenas autoridade judicial possui competência, independência e imparcialidade, não podendo ser substituída por funcionário administrativo, policial ou do Ministério Público.

É o que restou decidido, por exemplo, nos casos *Cantoral Benavides versus Peru*,¹⁴ *Tibi versus Equador*,¹⁵ *Acosta Calderón versus Equador*¹⁶ e *Chaparro Álvarez e Lapo Iniguez versus Equador*:¹⁷

84. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte en otro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.

A audiência de custódia há de ser realizada perante autoridade judicial, não podendo ser substituído por servidor da Justiça, membro do Ministério Público, autoridade policial ou defensor público, sob pena de violação do Pacto de San José da Costa Rica.

4.5 Análise de mérito

O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 dispõe que a oitiva na audiência de custódia

será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da pri-

14 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

15 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

16 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

17 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

são; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Do mesmo modo, a Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, define, em seu art. 8º, § 1º, que

Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I – o relaxamento da prisão em flagrante;

II – a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III – a decretação de prisão preventiva;

IV – a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Dois temas têm sido suscitados acerca do conteúdo da audiência de custódia: primeiramente, cogita-se que não se podem fazer perguntas ao preso que digam respeito ao mérito, ou seja, sobre o crime em si; em segundo lugar, pondera-se que o dito na audiência não pode ser utilizado como prova no processo criminal.

Quanto ao argumento de que não possam ser feitas perguntas sobre o mérito, o que se pretende é que não se realize instrução antecipada na audiência de apresentação. Porém, é inegável que os questionamentos realizados na audiência deverão abordar o mérito, uma vez que, para análise dos fundamentos e requisitos para decretação da prisão preventiva é necessário perquirir acerca da existência de prova da materialidade e de indícios de autoria.

Conquanto as perguntas se cinjam a investigar a ocorrência do fato delituoso e indícios de participação do preso – apenas em um nível de *standard* probatório para fins de decretação da custódia cautelar e não para um juízo condenatório –, elas serão permitidas e mesmo necessárias para que possa o julgador decidir sobre a decretação da prisão preventiva.

4.6 Valor probatório

Quanto ao valor probatório do conteúdo da audiência de custódia, apesar de o projeto de lei do Senado expressamente vedar sua utilização como prova, é certo que tal entendimento vai de encontro ao princípio do livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Penal, conforme o art. 155:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Assim, a *contrario sensu*, a decisão de mérito pode ser motivada em elementos informativos colhidos na investigação pré-processual, desde que não exclusivamente, ou seja, desde que coadunados com outras provas e indícios coletados na instrução processual. Este é, aliás, o entendimento já sedimentado em nossos tribunais: “O artigo 155 do Código de Processo Penal permite que elementos colhidos na fase inquisitorial possam servir de fundamento à condenação, desde que em harmonia com o conteúdo produzido em juízo.”¹⁸

Se o interrogatório prestado na seara policial, sem o crivo do contraditório, pode ser valorado no mínimo como indício, pelo julgador, é claro que ofende o princípio da livre apreciação da prova qualquer restrição à prova colhida na audiência de custódia. Tal vedação remete ao sistema da prova tarifada, em voga na Idade Média, em que a atividade do juiz era guiada por critérios aritméticos, atando-se sua liberdade de análise do conjunto probatório.

A propósito do tema, veja-se a ponderação de Gisele Souza de Oliveira, Sérgio Ricardo de Souza, Samuel Meira Brasil Junior e Willian Silva:¹⁹

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma) . AgRg no AREsp 608.381/MG. Relator: Min. Ericson Marinho (Des. Convocado do TJ/SP), 18 de dezembro de 2014. **Diário de Justiça eletrônico**, 6 fev. 2015.

19 OLIVEIRA, Gisele Souza de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas** (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 51.

Na audiência de custódia deve ser garantido esse contraditório e, no mínimo, haverá o enfraquecimento da tese defensiva de que a confissão foi extraída de forma ilegal, quando ela ocorre durante a audiência e na presença de uma autoridade judiciária e de defesa técnica. Logo, **eventuais provas produzidas nessa audiência estarão acobertadas pelo manto do contraditório e poderão ser utilizadas na formação do livre convencimento do futuro juiz da causa**, com efeitos similares àqueles decorrentes da produção antecipada de provas (CPP, arts. 225 e 366).²⁰

Para os autores, a produção antecipada de provas não é o objeto da audiência de custódia, uma vez que suas finalidades não se confundem com os fins da audiência de instrução. Todavia, alertam que

Apresentados os limites probatórios no âmbito da audiência de custódia e retornando à cobertura do contraditório em relação às provas ali produzidas (por exemplo, que o preso foi apresentado dentro das 24 horas após a sua prisão e que, até aquele momento, não apresenta evidências de ter sido submetido à tortura), **não há dúvidas quanto à natureza judicial dessas provas e de que hoje, está patente a legalidade de sua utilização na formação, também, do livre convencimento motivado do órgão julgador encarregado que venha a atuar no futuro processo**, por isso mesmo não podendo ser formulados questionamentos fora dos propósitos limitados da audiência ou estendidos os meios de prova durante aquele ato de finalidade restritas.²¹

Acertadamente, entendem que a apresentação do preso dentro de 24 horas após o flagrante

representará, por outro lado, uma prova da inexistência de tortura ou maus-tratos contra esse mesmo suspeito durante a prisão em flagrante e a consequente documentação do ato, uma vez que tal argumento, de larga utilização na fase de interrogatório judicial, para afastar a confissão extrajudicial, perderá sua força.

20 OLIVEIRA, Gisele Souza de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas** (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 51.

21 *Op. cit.* p. 51-52.

Sendo o preso expressamente cientificado de seu direito ao silêncio e de não se autoincriminar, se decidir confessar, mormente em ambiente livre de maus-tratos ou tortura, não há razão para que o juiz da instrução não sopesse esse indício de autoria na sentença, desde que, é óbvio, não seja prova isolada de culpa.

No mesmo sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) emitiu, em 23 de setembro de 2015, a Nota Técnica nº 6/2015, referente ao Projeto de Lei nº 554/2011, posicionando-se favoravelmente à implantação das audiências de custódia no Brasil, com sugestões de aperfeiçoamento da matéria, entre as quais a possibilidade de que o conteúdo da audiência de custódia possa ser considerado prova.

Na Nota Técnica, o CNMP defende que as informações colhidas na audiência de custódia não podem ser simplesmente desconsideradas:

Finalmente, uma última questão que também foi objeto de notória controvérsia de parte dos diversos ramos do Ministério Público ouvidos diz respeito à validade jurídica do depoimento prestado na audiência de custódia, para, em conjunto com outros elementos de prova, embasar um eventual julgamento de mérito. Tais fatos, porém, não ensejam qualquer óbice ao reconhecimento da validade jurídica do depoimento prestado na audiência de custódia, a fim de que sirva de subsídio ao julgamento de mérito a ser realizado, desde que avaliado conjuntamente com os outros elementos de prova coligidos, prestigiando-se, assim, o princípio do livre convencimento motivado do juiz que vigora no ordenamento jurídico pátrio. Note-se que não se está, em absoluto, a antecipar o interrogatório, claro que resta que o preso será indagado apenas em relação às matérias referidas, não se ampliando a perquirição a todos os fatos que implicaram a sua prisão. Mas as informações prestadas pelo preso não podem ser, simplesmente, desconsideradas.

Quanto à previsão de autuação em apartado do conteúdo da audiência de custódia, assim se pronunciou o CNMP:

Por outra banda, porém, certamente não há sentido em que seja o depoimento autuado em apartado e completamente desprezado para o julgamento do processo, uma vez que se cuida de ato oficial e, mesmo que pré-processual, já produzido sob o viés do contraditório, com a observância da ampla defesa, vez que se revela indispensável a presença de defesa

técnica. Ora, a jurisprudência atual admite que até mesmo o mero depoimento em sede policial, sem a presença de advogado ou defensor público, pode, conjuntamente com outros elementos de prova, embasar uma decisão condenatória, que dirá um ato oficial e com respeito ao contraditório e à ampla defesa. Por isso, recomenda-se que o termo de audiência de custódia integre os autos do processo penal e que seja suprimida a vedação expressa à sua validade enquanto meio de prova.

Não há razões para negar a confissão feita durante audiência de custódia o mesmo peso e valor probatórios de uma confissão extrajudicial realizada, sem o crivo do contraditório, perante autoridade policial, no âmbito da investigação pré-processual.

Se esta última vem sendo considerada – acertadamente, a nosso ver – pela jurisprudência pátria, como indício suficiente à condenação, desde que em sintonia com provas colhidas na instrução processual, muito mais deve ser considerada a confissão feita com assessoria de advogado e perante o juiz de custódia.

O princípio do livre convencimento motivado não se coaduna com o descarte total de tal elemento probatório, como se nada tivesse ocorrido durante esse momento pré-processual, devendo o juiz, ao apreciar essa confissão, analisar sua compatibilidade com o conjunto probatório produzido após oferecimento da peça acusatória.

5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SISTEMA ACUSATÓRIO

Há notícias de que em alguns locais o Ministério Público ou a Defensoria Pública adotaram o posicionamento de não comparecer às audiências de custódia, muito em razão da falta de membros suficientes para dar conta da demanda. A ausência de uma das instituições que legitimam a triangulação do sistema acusatório acarreta consequências importantes para a segurança da sociedade e dos direitos do preso.

Oficialmente, o Ministério Público Federal posicionou-se, como instituição, favoravelmente à adoção das audiências de custódia no Brasil. As 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República emitiram Nota Técnica conjunta favorável à instituição da audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante.

Do mesmo modo, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, na condição de Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), apresentou à Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais de tal entidade minuta de nota téc-

nica a favor da aprovação integral do Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, para determinar o prazo de 24 horas para apresentação do preso em flagrante ao juiz.

A título de exemplo acerca do apoio que os membros do Ministério Público Federal vêm dando ao tema, a Direção do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte firmou Termo de Compromisso com a Procuradoria da República no Rio Grande do Norte (PR/RN), entre outras instituições, para implantação da audiência de custódia a partir de 1º de setembro de 2015, destacando-se como a primeira seção judiciária a implantar tal rotina em todo o Brasil, a partir de iniciativa de procuradores da República daquela região.

A própria história da implantação das audiências de custódia no Brasil, com base em iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), deu-se a partir de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal. Relata a Nota Técnica das Câmaras de Coordenação do MPF:

o Ministério Público Federal, titular da ação penal pública por crimes federais, ajuizou ação civil pública n. 00.14512.10.2010.4.05.8100, em 2010, com fundamento no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que vincula o Brasil desde 1992, para requerer que a Justiça Federal determinasse à União a implantação de audiência de custódia para assegurar que qualquer pessoa presa no Brasil fosse apresentada à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas após o ato de prisão em flagrante. Em decorrência dessa ação, “a Advocacia Geral da União (AGU) encaminhou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) uma proposta de Resolução para implantar as audiências”, como informado pelo MPF do Ceará em nota à imprensa de 10 de dezembro de 2014.²²

O CNJ autuou a proposta de resolução e instaurou o processo 0001731-41.2012.2.00.0000, que objetivava disciplinar a apresentação em juízo de toda pessoa presa, internada ou de qualquer forma mantida sob custódia do Estado. Além disso, o Conselho instituiu, por iniciativa de seu presidente, ministro Ricardo Lewandowski, o mencionado Projeto Audiência de Custódia²³.

²² Nota Técnica Conjunta sobre instituição da audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante. Processo 1.00.000.018204/2014-55, da Procuradoria-Geral da República.

²³ Veja-se, a propósito, o Termo de Acordo de Cooperação Técnica, de 6 de fevereiro de 2015, firmado entre o Ministério da Justiça (Depen), Governo do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com a interveniência do Conselho Nacional de Justiça, experiência que foi replicada em quase todos os Estados brasileiros.

O envolvimento do Ministério Público na implantação da audiência de custódia é necessário, até diante da formatação de um sistema acusatório puro, em que a tendência é o reconhecimento da imprescindibilidade de iniciativa do titular da ação penal para expedição de medidas cautelares penais. Presença do membro do Ministério Público (paralela à do defensor) é indispensável na audiência de custódia, para concretização do princípio do contraditório.

Ademais, no sistema adversarial, como se propõe a ser o brasileiro, ao juiz é vedado conceder medidas cautelares penais sem pedido expresso do titular da ação penal. Veja-se ponderação de Danielle Souza de Andrade e Silva:

Embate com o modelo acusatório é ainda verificado nas medidas cautelares concedidas de ofício pelo julgador. [...] Mesmo **o reconhecido poder geral de cautela, tal qual previsto nos procedimentos cíveis, não se exerce sem provocação da parte no processo cautelar, que implica, como sabido, um direito autônomo de ação**, malgrado sua instrumentalidade com relação à causa principal. O magistrado que, espontaneamente, toma a iniciativa de ordenar a prisão do investigado [...], substituindo, assim, os interessados na elucidação da infração e na condenação do autor do fato, não se concebe venha a decidir sobre a sua liberdade, posteriormente.²⁴

No mesmo passo é a doutrina de Rodrigo Antonio Tenório:

No modelo adversarial criado pela Constituição Brasileira, o juiz é inerte, razão pela qual a função jurisdicional só poderia ser exercida quando a ação penal fosse iniciada. Assim, para que o magistrado expeça uma ordem cautelar, uma ação deve ter sido proposta, o que pode ser feito apenas por membros do Ministério Público.²⁵ E arremata: “Quando juízes expedem ordens cautelares, estão exercendo jurisdição. Para que magistrados saiam da inércia, um pleito, que só pode ser feito por quem tem capacidade postulatória para tanto, deve ser dirigido ao Judiciário. Quando juízes, sem provocação do MP, determinam prisões cautelares, buscas e interceptações, por exemplo, eles não respondem a pleito da parte. Nessas circunstâncias,

24 SILVA, Danielle Souza de Andrade. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 139-140.

25 *Op. cit.* p. 52-53.

estão, em verdade, iniciando o processo penal e, simultaneamente, exercendo a jurisdição.”²⁶

Não obstante assim entenda parte da doutrina brasileira, a previsão dos artigos 311 e 282, § 2º, do Código de Processo Penal tem respaldado a decretação de prisões preventivas *ex officio*, no Brasil, sem pedido do Ministério Público, ao menos no curso de ação penal. Não se desconhece que há precedentes do Superior Tribunal de Justiça autorizando decretação de prisão preventiva de ofício por juiz.²⁷

Todavia, a vedação de medidas cautelares por juiz sem pedido expresso da parte se coaduna melhor com o sistema acusatório instituído pela Constituição Federal. Ao que parece, a ausência de membro do Ministério Público e, via de consequência, a inexistência de pedido expresso de prisão preventiva, em um sistema acusatório como se propõe a ser o instituído pela Constituição de 1988, impedirá o juiz de decretá-la de ofício

Diante disso, é imprescindível que o membro do Ministério Público se faça presente durante as audiências de custódia, seja pessoalmente, seja por videoconferência, ou que no mínimo se manifeste por escrito se for o caso de pedir prisão cautelar, sob pena de correr o risco de acarretar resultado negativo para a sociedade: a soltura de investigado que deveria responder ao processo preso preventivamente.

6 CONCLUSÕES

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, preveem que qualquer pessoa presa ou encarcerada seja conduzida, sem demora, à presença de um juiz, que deverá analisar a legalidade da prisão e os fundamentos para sua manutenção. Essa condução imediata do preso ao juiz é chamada, no Brasil, de audiência de custódia ou de apresentação.

No silêncio do Código de Processo Penal brasileiro, que fala apenas em envio do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas ao juiz (art. 306, *caput*), a condução imediata do preso não vinha ocorrendo, no Brasil. Apenas em dezembro de 2008 o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o *status* normativo supralegal dos

26 TENÓRIO, Rodrigo Antonio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial**: Estudo dos Sistemas Brasileiro, Americano e Italiano. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52-53.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). RHC 63.862/MG. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 10 de novembro de 2015. **Diário de Justiça eletrônico**, 25 nov. 2015.

tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil tornaria inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante, o que pode explicar a dificuldade de implantação da audiência de custódia no país, pois está prevista em documentos internacionais, não na legislação infraconstitucional.

A superlotação carcerária no Brasil desencadeou questionamentos sobre a contribuição que as audiências de custódia poderiam trazer. Buscando regulamentá-las, viu-se que o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 propõe alteração do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, a fim de instituir a audiência de custódia dentro de 24 horas após prisão em flagrante. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 213/2015, regulamentando o trâmite das audiências de custódia.

Os pactos internacionais não estabelecem prazo para apresentação do preso, utilizando o termo "*promptly*", ou seja, instituindo que a apresentação ocorra sem demora. A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem interpretando que esse prazo deve ser estabelecido internamente em cada país, devendo caso a caso ser analisada sua razoabilidade.

A Corte IDH firmou o entendimento de que a autoridade a presidir a audiência de custódia deve revestir-se das qualidades previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana, ou seja, juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, não podendo, portanto, presidir o ato membro do Ministério Público.

Não obstante o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 e a Resolução nº 213/2015 tendam a vedar perguntas relativas ao mérito dos fatos durante a audiência de custódia, é lícito afirmar que o que se quer é evitar instrução antecipada nesse momento. Porém, é inegável que questionamentos realizados na audiência deverão abordar o mérito, pois, para análise dos fundamentos da prisão preventiva é imprescindível perquirir acerca da prova de materialidade e dos indícios de autoria.

Quanto ao valor probatório do conteúdo da audiência de custódia, apesar de o PLS nº 554/2011 vedar sua utilização com prova, tal entendimento vai de encontro ao princípio do livre convencimento motivado (art. 155 do CPP). Desse modo, não se pode negar a confissão feita durante a audiência de custódia o mesmo peso e valor probatório de uma confissão extrajudicial, sem crivo de contraditório, perante autoridade policial, por exemplo. Se esta vem sendo considerada pelos tribunais como indício suficiente à condenação, desde que em sintonia com provas colhidas na instrução judicial, muito mais deve ser considerada a confissão feita sob assessoria de advogado e perante o juiz da custódia.

A vedação de concessão de cautelares pelo juiz sem pedido expresso da parte coaduna-se com o sistema acusatório instituído pela Constituição de 1988, de modo que é imprescindível membro do Ministério Público fazer-se presente nas audiências de custódia, seja pessoalmente, seja por videoconferência, especialmente se for caso de decretação de prisão preventiva, para que parta dele o pleito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (Plenário). Nota Técnica 6/2015. **Diário Oficial da União**, seção I, p. 53-54, 23 set. 2015.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da República (Câmara de Matéria Criminal – 2ª CCR). **Nota técnica conjunta sobre instituição da audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante**. Processo 1.00.000.018204/2014-55. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/notas-tecnicas/NotaTecnicaConjunta257AudinciadeCustdia.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no AREsp 608.381/MG**. Relator: Min. Ericson Maranhão (Des. Convocado do TJ/SP), 18 de dezembro de 2014. **Diário de Justiça eletrônico**, 6 fev. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 95.967- 9/MS**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>.
- _____. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703 e HCs 87.585 e 92.566**. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Audiência de Custódia. Tribuna do Norte**, Natal, 25 jul. 2015, p. 2.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. Bases constitucionais para um processo penal democrático. In: **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 9 nov. 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Gisele Souza de; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Audiência de Custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? Método APAC**. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. Comentários em casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Marcus Vinícius. **Direitos humanos e fundamentais**. Campinas: Russell, 2007.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Audiência de custódia, liberação de pessoas presas e criminalidade**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/audiencia-de-custodia-liberacao-de-pessoas-presas-e-criminalidade>. Acesso em: 1º set. 2016.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. **A atuação do juiz no processo penal acusatório. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Rio Grande do Norte: Owl, 2014.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial**: estudo dos sistemas brasileiro, americano e italiano. Curitiba: Juruá, 2011.

VASCONCELOS, Frederico. Prende-se muito, mas prende-se mal. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 jul. 2015. Colunas e blogs. Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2015/07/02/prende-se-muito-mas-prende-se-mal>. Acesso em: 8 nov. 2015.

16 JURISDIÇÃO PENAL
COM PÉS DE BARRO: “ORDEM
PÚBLICA” NO IMAGINÁRIO
SISTEMA PUNITIVISTA
BRASILEIRO

Mariana Coelho Cantú¹

Resumo: Este artigo é resultado de descrédito total com os fundamentos que permeiam o conceito legal de ordem pública e justificam prisão processual. O abismo legislativo em que se encaixa o termo "ordem pública", inserido no art. 312 do Código de Processo Penal, está há tempos sendo sinônimo de *alvará de prisão*, em que pese a revelar-se incompatível com a tutela processual penal. A grande lacuna esteia-se na ausência de delimitação sobre o que seria a famigerada ordem pública e como é aplicada.

Palavras-chave: Ordem pública. Prisão processual. Prisão preventiva.

Abstract: *This article is the result of a complete disbelief in the pillars that support the legal concept of public order and justify processual detention. The legislative abyss in which the expression "public order" is, as found in article 312 of the Criminal Process Code, means it has had the status of a prison warrant, as incompatible with the due criminal process as that is. This great gap stems from the lack of guidelines as to what the infamous "public order" would be and how to apply it.*

Keywords: *Public order. Processual detention. Pre-trial detention.*

1 INTRODUÇÃO

Esta é uma versão complementar do projeto de dissertação apresentado pela autora em 2017, para ingresso no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter).

A investigação partiu do seguinte *problema*: o abismo legislativo em que se encaixa o termo "ordem pública", inserido no art. 312 do Código de Processo Penal, como requisito autorizador de prisão preventiva e sua incompatibilidade com a tutela do processo penal.

Essa obscuridade permeia há décadas o processo penal brasileiro e tal fato é facilmente observado compulsando a maioria das decisões judiciais que aplicam a ordem pública para fundamentar decretação ou manutenção da prisão preventiva.

1 Mariana Coelho Cantú é mestranda em Direito pela Uninter. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Positivo. Advogada criminal desde 2015. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1469105583146131>.

A grande lacuna esteia-se na ausência de um conceito sobre o que seria o termo “ordem pública”, o qual, no momento, perfaz-se como um *alvará de prisão* aberto e fundamentado nas mais diversas motivações, o que desenha o abismo argumentativo aduzido ou iguala a ordem pública a um “coringa” no processo penal, fato que clama por soluções, pois processo penal não se faz com coringas, e coringas não estão na lei.

O mais adequado na introdução de um trabalho, ainda mais de natureza jurídica, é que o autor apresente de forma clara e objetiva as razões que fundamentam a pesquisa, sendo assim confissão referente aos sentimentos motivadores da escolha do tema. Qualquer atividade humana, seja legislativa, jurisdicional ou acadêmica, é precedida de interesses que fogem à pura e simples racionalidade.

Por isso, antes de se apresentar o tema, é bom assumir o porquê da empreitada: descrédito total para com os fundamentos que permeiam a ordem pública e *justificam* a prisão cautelar, conseqüentemente.

Este artigo busca demonstrar que a ordem pública está banalizada, de modo que se tornou um *coringa* na mão daqueles que julgam e não enxergam motivos cautelares (que tutelem o processo) para prender, mas ainda assim querem efetuar a prisão, por fundamentos de ordem subjetiva e não processual, e assim o fazem.

A ausência de um conceito do termo “ordem pública”, considerando as subjetividades inerentes aos discursos empregados para essa motivação, utilizada de forma “encantada” por julgadores que a aplicam o tempo todo, sem consciência do que fazem, visto que não há conceito preconizado pela lei, nos diz que esse requisito para decretação da prisão preventiva está enquadrado em um emaranhado argumentativo em que simplesmente *se resolve* a custódia preventiva, quando, na verdade, é a tal ordem pública que precisa de solução.

Tais subjetividades representam obstáculos para o irrestrito emprego do princípio da legalidade. Por isso, a elaboração de um conceito, uma ideia limitada quanto a esse ideal, é mais do que necessária, é urgente, pois prender alguém sob escritos viciados ideologicamente não é legal e não se presta ao processo penal.

Sob a ótica de que o direito penal é aquele que tem o poder de tocar mais direta e brutalmente a pessoa,² o papel do Poder Judiciário, nesse ponto, especialmente, mere-

2 PACHUKANIS, Evgeni. **Teoria geral do Direito e o marxismo**. Tradução Sílvia Donizete Chagas. São Paulo: Renovar, 1988. Cap. VII.

ce atenção redobrada, já que este só se importa em satisfazer a seu "conjunto de ideias" com propósito de dominação social, uma vez que consegue encaixar o termo ordem pública como o senhor dos argumentos, que serve para todas as situações e momentos processuais mesmo sem definição própria, e o quanto esses subterfúgios favorecem a prática cotidiana do aprisionamento desnecessário e sem pena definitiva.

A ordem pública nos dias de hoje é expressão que abarca e permite os anseios de quem a utiliza para prender, como se estivesse levando um animal para habitar uma jaula no zoológico.

Realizando justiça ou injustiça, a prática judiciária é linguagem e comunicação (BENJAMIN, 1992). Portanto, chegou a hora de a dogmática jurídica reconhecer as consequências (des)humanas de suas elaborações, afastando totalmente conteúdos não científicos, ou seja, já que o legislador não conceitua ordem pública, nós, operadores do direito, temos a missão de delimitar o termo, sob a égide cautelar em que ele está inserido, daí reside a importância de interpretação restritiva.

A abordagem dogmática não se limita a conceituar ordem pública mediante os inúmeros argumentos invocados para preencher esse ideal, os quais são tão fracos em seu isolamento que se tornam imprestáveis ao Estado Democrático de Direito. A construção de um conceito jurídico e constitucional destinado ao fim da prisão processual, decretada de forma tão vazia, talvez seja a saída para driblar esse abismo argumentativo.³

Vivemos no limbo, à mercê de critérios pessoais e completamente parciais, o que não tutela o processo e favorece a prática de encarceramento em massa.

A ordem pública não pode continuar sendo aplicada como coringa, juiz não pode decidir com um coringa. Temos uma Constituição da República, temos um Código de Processo Penal, e mesmo que este não conceitue o termo, deve ser lido em conjunto com a Constituição e com a devida interpretação processual.

É preciso mudança. Mudança conceitual.

O princípio da legalidade deve ser definitivamente respeitado na prisão cautelar, servindo de parâmetro de interpretação de todos os procedimentos, não dando espaço a

³ Referido abismo argumentativo indica a ideia de vingança proposta por Pachukanis, pois o orgânico e o biológico se unem sob a falácia de motivação jurídica, demonstrando que o homem não é capaz de abrir mão da interpretação habitual, fenômeno vislumbrado na vida animal.

suposições e “achismos” que acometem a ordem pública, fundamento mais utilizado para prender preventivamente, mas atuando como verdadeiro garantidor da liberdade, direito fundamental e não instrumento de aprisionamento, fazendo então valer a máxima que só se vê no papel: *a liberdade é regra, a prisão é exceção*.

2 METODOLOGIA

A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, consistente na análise de doutrina que verse sobre a temática “ordem pública”, na prisão preventiva, bem como análise de artigos, decisões e jurisprudência que trazem essa questão.

Resultados e discussão: o risco da ordem pública: ausência de critérios de aplicação

A pretensa “*garantia da ordem pública*” não se sustenta sequer diante do positivismo jurídico, uma vez que qualquer formalismo que pretenda impor regras sociais necessita, ao menos, explicar (ou fazer compreender) tais regras, e isso não se vê de nenhuma maneira. Pelo contrário, quanto mais se estuda, mais se denota que tanto a doutrina quanto a jurisprudência não são suficientes para aclarar a subjetividade (e ambiguidade e inconsistência) da norma do art. 312 do CPP, a despeito desse critério cada vez mais utilizado em qualquer pretensa fundamentação para decreto segregacional, medida extrema no Estado Democrático.⁴

Roberto Lyra Filho afirma:

A falsa consciência introduz-se nas análises da ideologia, sobretudo a partir das contribuições marxistas. Não se trata de má fé, assinalam Marx e Engels, de vez que a má fé pressupõe uma distorção consciente e voluntária; a ideologia é cegueira parcial da inteligência entorpecida pela propaganda dos que a forjaram. O “discurso competente”, em que a ciência se corrompe a fim de servir à dominação, mantém ligação inextrincável com o discurso conveniente, mediante o qual as classes privilegiadas substituem a realidade pela imagem que lhes é mais favorável, e tratam de impô-la aos demais.⁵

Referida ideologia permeia sob o mantra “ordem pública”, e de tanto afirmá-lo, mesmo sem forma e conteúdo definido, tornou-se meio eficaz para

4 SOUZA, André Peixoto de. Ordem pública e prisão preventiva. **Canal Ciências Criminais**, 9 abr. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-prisao-preventiva>.

5 LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos).

antecipar a pena, ou seja, ordem pública é construída com pura ideologia, deformações de raciocínio, uma crença falsa que traduz a deformação inconsciente da realidade.⁶

Os vícios ideológicos do Judiciário claramente não servem ao direito, pois a imagem mental que vem sendo criada, e com substância, difere da realidade das coisas (LYRA FILHO, *op. cit.*, p. 7 -15).

Equipara-se a ordem pública como fundamentação para prender preventivamente ao *suplício* narrado por Foucault⁷, aqui não entendido como o corpo dos condenados, pois não falamos em condenados, mas em um espetáculo público bastante violento cometido contra aqueles que ainda são dotados do estereótipo de cidadão comum.

Nesse contexto, Sanguiné alude a que a ordem pública se tornou sinônimo de segurança à sociedade, bem como meio acautelador que se camufla sob as funções de prevenção exercidas somente pela pena e não por prisão provisória.⁸

O referido autor também faz um alerta:

o conceito invocado como justificativa das medidas necessárias para assegurar a manutenção da paz pública e a convivência ordenada dos cidadãos dentro dos grupos sociais – cambiando apenas a intensidade com que é aplicado –, permanece na ordem do dia no século XX, tanto para as ditaduras como para os regimes democráticos liberais. (SANGUINÉ, 2003b, p. 171)

Age-se em nome do processo penal, nada obstante em contradição ao direito processual penal. Faz-se forçosa busca por um conceito concreto, de modo a eliminar essa ausência de critérios que são aceitos para fundamentar prisões ideológicas e inverificáveis, como bem explica Alexandre Morais da Rosa, em *A bricolage de significantes*.⁹

No mesmo sentido aponta a docência de Zanoide de Morais, a qual deixa claro que a ordem pública somente pode ser sanada, já que repleta de vícios, por meio de uma nova

6 Fazemos menção ao termo ideologia aqui, como citado por Lyra Filho em *O que é direito?* A expressão ideologia será tratada nessa pesquisa como na teoria crítica lyriana, ou seja, a falsa consciência de um discurso competente que corrompe a ciência para servir de dominação social dos "donos do poder" (LYRA FILHO, *op. cit.*, cap. 2).

7 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhet. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 9.

8 SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003b. p. 10.

9 ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.

hermenêutica que a discipline à luz dos direitos e garantias fundamentais preconizados pelo legislador originário de 1988,¹⁰ à luz do princípio da legalidade.

Por mais estranho que pareça, vivemos na mais pura falta de consciência constitucional. A necessidade de adequar a ordem pública aos preceitos da Carta Cidadã já não pode esperar. O coringa deve ficar fora do baralho!

A conveniência do julgador por meio da ampliação dos poderes discricionários para punir, utilizando-se de cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado equipara-se a Estado ditador. A origem argumentativa da ordem pública remonta à Alemanha na década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: autorização geral e aberta para prender.¹¹

Como se não bastasse, a “anemia semântica”¹² que circunda a ordem pública é completamente verificável, o que torna esse fundamento irrefutável. Se alguém é preso porque o juiz aponta que esse indivíduo representa risco de fuga, uma vez efetivada a prisão, o (pseudo)risco desaparece, sendo assim inviável refutá-lo, pois o argumento construído com base em ilações, falácias e ideologia some por completo.

A prisão ignora a fundamentação e assim a custódia cautelar assume contornos de pena. Delimitação e, portanto, superação dessa ideologia é mais do que necessária, é indispensável. Só assim poderemos vivenciar um processo penal válido, ou seja, constitucional.

Tudo não passa de mera retórica, com um único fim: justificar a prisão sob qualquer argumento, a qualquer preço. O processo penal vai se perdendo, enquanto as subjetividades do juiz ganham cada vez mais força.

O risco à ordem pública, aventado demasiadamente por julgadores, na verdade é o risco da ordem pública. O perigo que esse termo com significado desconhecido representa à ordem pública é perceptível e não pode mais ser negado, pois aqueles que cometem crimes, em tese, fazem parte da tal ordem pública até que sejam considerados culpados e recebam uma *pena*.

10 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. p. 727-749.

11 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

12 ROSA, *op. cit.*, p. 26.

A definição recorrente de risco para a ordem pública somente existe nesse vão legislativo que se confunde com argumentos apelativos e não jurídicos. Por isso, enquadra-se ordem pública como "clamor social", "perturbação da paz", gravidade ou brutalidade do crime, credibilidade das instituições? Como se o sistema no ato de não prender não exercesse sua função. Logo, para prender vale considerar uma miscelânea de motivações.

A confusão mais comum que se vê é a equiparação de ordem à opinião pública, como nos tempos da *força*, em que a sociedade clamava pelo enforcamento de um sujeito tido como criminoso, e assim o Estado executava. A fase processual é levada ao lixo, a prisão cautelar é regra e a inquisição ressuscita, logo vigora.

Esse contexto já seria suficiente para delimitação desse ideal tão problemático. Todavia, talvez o embate mais grave e urgente se concentre no seguinte fato já delineado singelamente acima: a fundamentação utilizada para decretar prisão preventiva assume contornos de pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência.

Parece que o fato das funções de prevenção geral e especial e retribuição, exclusivas de uma pena e que supõem processo válido e sentença transitada em julgado, as quais em nenhuma hipótese podem ser buscadas na via cautelar, tornou-se esquecido ou, o que é pior, ignorado pelo tal "coringa".

Sob essas condições, a ordem pública, como aplicada nos dias de hoje, não é cautelar, ou seja, não tutela o processo, sendo, portanto, inconstitucional.

Busca-se muito mais do que segurança jurídica. Um conceito concreto de ordem pública é sinônimo de constitucionalidade, respeito aos direitos fundamentais e ao Código de Processo Penal e a sua própria natureza (fins puramente cautelares). Direito não se faz com formações puramente ideológicas. Em sua essência é isto que aqui se clama: ordem pública, respeite o princípio da legalidade.

3 CONCLUSÃO

Chegamos a um ponto em que, a partir da formulação de um conceito concreto e válido de ordem pública, o abismo jurídico que não reconhece o ser humano como objeto do direito penal e que prende em nome de uma lei ausente, pois inexistente conceito, se fecha, filtrando e condicionando sob o viés da legalidade a prisão preventiva.

O coringa mencionado no artigo foi expressão própria, utilizada por um magistrado, em conversa acadêmica, que, muito embora reconheça os vícios que rondam a ordem pública, continua invocando essa carta do baralho.

Antes de constituir instrumento destinado à repressão estatal, o processo penal caracteriza-se como instrumento de autolimitação do Poder Jurisdicional, não podendo mais ser baseado na autoridade do julgador. A lei processual penal protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra si instaurados e impedindo que sejam entregues ao arbítrio da autoridade processante. Todavia, os fundamentos que se têm dado à expressão “ordem pública”, longe de proteger, estão punindo (antecipadamente), fazendo vistas grossas às diversas garantias constitucionais.¹³

Não se pode aceitar que uma expressão inerente à prisão preventiva, portanto, processual, ganhe contornos de pena antecipada e seja aplicada com fins diversos do acautelamento do processo.

Faz-se imprescindível delimitar a interpretação que se dá à expressão. A “ordem pública” é direito do cidadão, antes de ser expressão do poder do Estado. “Ordem pública” precisa ser lida de acordo com o princípio da legalidade. “Ordem pública” não pode ser coringa. O processo penal não pode ser feito com base em conceitos frágeis e subjetivismo do julgador.

A doutrina crítica, embora não tenha delimitado o tema, como definitivamente precisamos, diz-nos o que *não* é ordem pública, por isso, pode-se construir um conceito que sane esse abismo legislativo em que nos encontramos. Todavia, as decisões judiciais, em maioria, ainda desconsideram os ensinamentos, enfraquecem o sistema processual penal, ignorando os princípios, e então reina o coringa da ordem pública.

O intento, proposto nesse artigo, é de rompimento com motivações abstratas, psicológicas, utilitaristas, autoritárias e ideológicas, que se prestam a enjaular o ser humano preso provisoriamente.

13 MACHADO, Iuri Victor Romero. **Uma abordagem crítica a utilização da ordem pública como requisito para decretação da prisão preventiva**. Orientador: Daniel Ribeiro Surdi de Avelar. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ciências Criminais e Práticas de Advocacia Criminal) – Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2013.

Essas considerações são tão simples quanto justas: A ordem pública não está recepcionada pela Constituição da República. Logo, milhões são encarcerados por pura arbitrariedade, e ainda se diz que vivemos numa Democracia.

Referências

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos).

MACHADO, Iuri Victor Romero. **Uma abordagem crítica a utilização da ordem pública como requisito para decretação da prisão preventiva**. Orientador: Daniel Ribeiro Surdi de Avelar. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ciências Criminais e Práticas de Advocacia Criminal) – Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2013.

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.

MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. **Temas para uma perspectiva crítica do Direito**: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 727-749.

PACHUKANIS, Evgeni. **Teoria geral do Direito e o marxismo**. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Renovar, 1988.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, n. 10, 2003a.

_____. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003b.

SOUZA, André Peixoto de. Ordem pública e prisão preventiva. **Canal Ciências Criminais**, 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-prisao-preventiva>.

17 NATUREZA NÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE POLICIAL E PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Wellington Cabral Saraiva¹

Resumo: Este artigo aborda a natureza da atividade policial na investigação criminal e em uma de suas espécies, o inquérito policial. Essa atividade é administrativa, não jurídica, a qual vem sendo afirmada de maneira inconstitucional por diversas normas, federais e estaduais, em contrariedade à disciplina da segurança pública definida no art. 144 da Constituição da República. Trata também de normas que atribuem prerrogativas inapropriadas ao cargo de delegado de polícia, como independência funcional, vitaliciedade e inamovibilidade, as quais conflitam com o papel constitucional do Ministério Público de titular da persecução penal e de encarregado do controle externo da atividade policial.

Palavras-chave: Atividade policial. Investigação criminal. Inquérito policial. Ministério Público. Controle externo da atividade policial. Delegados de polícia. Independência funcional.

Abstract: *This paper examines the nature of the police function in criminal investigation and in one of its species, the police inquiry. Said function has administrative nature, not a juridical one, in spite of what has been set forth in several statutes, both federal and from states. These provisions are unconstitutional, in light of the public security design established in article 144 of the Brazilian Constitution. The paper also discusses provisions which attribute inappropriate prerogatives to police commissioners, such as functional independence, life tenure and transfer prohibition, which collide with the Prosecution Office's constitutional roles in criminal prosecution and in externally controlling the police activity.*

Keywords: *Police activity. Criminal investigation. Police inquiry. Prosecution Office. Police activity external control. Police commissioners. Functional independence.*

1 Procurador Regional da República. Mestre em Direito. Ex-coordenador da Assessoria Jurídica Constitucional do Procurador-Geral da República (2013-2017). Ex-conselheiro Nacional de Justiça (2011-2013). Endereço eletrônico: wsaraiva@mpf.mp.br. Twitter: @WSarai.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Ao longo dos últimos anos, muitas normas, tanto federais² quanto, sobretudo, estaduais, foram editadas aprofundando as incongruências do sistema processual penal brasileiro, que já as possui em abundância. Um conjunto dessas normas passou a rotular a atividade policial (e, particularmente, a função de delegado de polícia) como “jurídica” e, em consequência, a tornar esse cargo privativo de bacharel em Direito, por vezes com requisito de experiência em atividade jurídica para os aspirantes à função.³

Essas normas equiparam indevidamente (tanto do ponto de vista funcional, considerada a atividade estatal, quanto sob a ótica jurídica) a carreira de delegado de polícia às carreiras jurídicas, como a magistratura judicial e a do Ministério Público e a advocacia. A finalidade desses preceitos não é elevar a eficiência do sistema de investigação e de persecução, mas a de atender a interesses corporativos desses agentes públicos.

Essas normas intensificam as disfunções do sistema processual, mesmo que do ponto de vista administrativo, pois conferem ao cargo de delegado de polícia atributos que não lhe são próprios e que contrastam com o desenho constitucional e legal da polícia criminal, com o desenho constitucional da persecução criminal e com as funções do Ministério Público.

A Constituição da República (CR) não contém previsão semelhante, no art. 144, define as linhas estruturais da atividade policial e subordina a Polícia Civil ao governo estadual, no art. 129, VII, confere ao Ministério Público a função de exercer controle externo das polícias. O delineamento constitucional da atividade policial decorre, entre outras

2 A Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, dispôs, no art. 2º, *caput*, que “[a]s funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”. No art. 3º, estabeleceu que “[o] cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados”. Esses dispositivos são objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5.043/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

3 Alguns exemplos são o art. 12, parágrafo único, da Lei Complementar nº 37, de 9 de março de 2004, do estado do Piauí (objeto da ação direta de inconstitucionalidade [ADI] nº 5.622/PI), o art. 146, §§ 1º, 3º e 4º, da Constituição de Rondônia, na redação da Emenda Constitucional 97, de 15 de abril de 2015 (objeto da ADI nº 5.573/RO), o art. 115, § 3º, da Constituição do Amazonas (objeto da ADI nº 5.536/AM), o art. 116, § 1º, da Constituição do Estado do Tocantins (objeto da ADI nº 5.528/TO), o art. 140, §§ 2º a 5º, da Constituição do Estado de São Paulo (objeto da ADI nº 5.522/SP), o art. 106, §§ 4º e 5º, da Constituição de Santa Catarina (objeto da ADI nº 5.520/SC), e o art. 128, §§ 3º a 6º, da Constituição do Estado do Espírito Santo (objeto da ADI nº 5.517/ES). Todas as ADIs aqui citadas foram promovidas pela PGR. Na esteira da pressão exercida por delegados de polícia, outras normas passaram a atribuir diferentes vantagens a esse cargo, como foro por prerrogativa de função, independência funcional (por exemplo, o art. 119, §§ 4º e 9º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, e o art. 115, § 3º, da Constituição do Amazonas), vitaliciedade, inamovibilidade, tratamento protocolar idêntico ao de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos para o cargo etc. Diversas outras constituições estaduais possuem dispositivos análogos. Este artigo utiliza subsídios e se baseia no texto dessas e de outras ADIs, de cuja elaboração o autor participou, com colaboração de outros membros e servidores do Ministério Público Federal, quando exerceu a função de Coordenador da Assessoria Jurídica Constitucional do procurador-geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, de 2013 a 2017.

razões que se verão, porque as polícias são um dos órgãos que exercem o quase-monopólio estatal de uso legítimo da força, razão pela qual devem ter limites rigorosos e submeter-se a amplo e permanente controle, tanto externo quanto interno.

Prerrogativas como independência funcional para delegados de polícia, além de essencialmente estranhas à função, são incompatíveis com o poder requisitório do Ministério Público, expressamente atribuído pela Constituição, no art. 129, I e VIII. A mudança do art. 241 da Constituição da República, com substituição de sua redação original por outra completamente diversa, pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 2008,⁴ evidencia que o poder constituinte reformador federal tencionou extirpar qualquer possibilidade de equiparar a carreira de delegado de polícia a carreiras jurídicas. A previsão das normas acima apontadas confronta-se diretamente com a expressão do poder constituinte nacional.

2 VIOLAÇÃO AO ART. 144 DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República de 1988, diversamente das que a precederam, as quais continham referências pontuais a temas correlatos à segurança pública, possui capítulo específico a esse respeito, consistente apenas no art. 144 (SOUZA NETO, 2013, p. 1.584):

Capítulo III

Da Segurança Pública

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁴ A redação original do art. 241 dispunha: "Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição.". Com a Emenda Constitucional 19/1998, a redação passou a tratar de tema inteiramente distinto: "Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos."

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

A Constituição, ao tratar das polícias criminais, não atribuiu à carreira de delegado de polícia nem o perfil nem a autonomia pretendidos pelas normas que o definem como de carreira jurídica, privativa de bacharel em Direito, detentor de independência funcional etc.

Considerando a natureza da atividade policial e o caráter analítico da CR de 1988, a falta de previsão sobre a natureza jurídica da função policial constitui hipótese de silêncio eloquente. Determinadas omissões do legislador não decorrem de lacuna, mas significam decisão sua de não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo, de forma que não cabe aplicar analogia.⁵

Quando o poder constituinte o quis, previu expressamente prerrogativas e garantias para carreiras (e o fez largamente, por sinal), bem como definiu, como funções essenciais à justiça, as atividades adequadas a tanto. Descabe ao poder constituinte decorrente e ao Poder Legislativo, na criação de normas infraconstitucionais, inovar nessa matéria, porquanto ambos devem observar o tratamento constitucional positivado, em razão dos princípios da supremacia da constituição e da simetria e da própria natureza das coisas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que ao cargo de delegado de polícia, mesmo que relevante, não se deve dar tratamento próprio de outras funções, e declarou inconstitucionalidade de normas da Lei Complementar nº 20, de 14 de outubro de 1992, do estado do Mato Grosso, que conferiam autonomia administrativa, funcional e financeira à Polícia Civil. O julgamento da ADI nº 882/MT foi ementado desta forma:

⁵ O ministro Moreira Alves apontou, em voto no julgamento do Recurso Extraordinário 130.552/SP: "Sucede, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia".

LEI COMPLEMENTAR 20/1992. ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA CIVIL ESTADUAL. AUTONOMIA FUNCIONAL E FINANCEIRA. ORÇAMENTO ANUAL. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE NO CONTROLE ABSTRATO. PRERROGATIVA DE FORO. EXTENSÃO AOS DELEGADOS. INADMISSIBILIDADE. DIREITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. AFRONTA AO MODELO FEDERAL.

1. Ordenamento constitucional. Organização administrativa. As polícias civis integram a estrutura institucional do Poder Executivo, encontrando-se em posição de dependência administrativa, funcional e financeira em relação ao Governador do Estado (artigo, 144, § 6º, CF).

2. Orçamento anual. Competência privativa. Por força de vinculação administrativo-constitucional, a competência para propor orçamento anual é privativa do Chefe do Poder Executivo.

3. Ação direta de inconstitucionalidade. Norma infraconstitucional. Não cabimento. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade é vedado o exame do conteúdo das normas jurídicas infraconstitucionais.

4. Prerrogativa de foro. Delegados de Polícia. Esta Corte consagrou tese no sentido da impossibilidade de estender-se a prerrogativa de foro, ainda que por previsão da Carta Estadual, em face da ausência de previsão simétrica no modelo federal.

5. Direito Processual. Competência privativa. Matéria de direito processual sobre a qual somente a União pode legislar (artigo 22, I, CF).

6. Aposentadoria. Servidor Público. Previsão constitucional. Ausência. A norma institui exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos em geral, não previstas na Lei Fundamental (artigo 40, § 1º, I, II, III, a e b, CF).

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.

O relator, ministro Maurício Corrêa, destacou que lei estadual apenas poderia conferir autonomia funcional, administrativa e financeira à Polícia Civil caso a Constituição da República houvesse contemplado o órgão com tais prerrogativas, como o fez com o Poder Judiciário e o Ministério Público:

Nosso ordenamento Constitucional apresenta a organização administrativa do Estado de tal sorte que os servidores públicos se situam em posição hierarquicamente subordinada ao mandatário do Poder respectivo. Ora, os organismos policiais civis integram a estrutura institucional do Poder Exe-

cutivo, encontrando-se em posição de dependência administrativa, funcional e financeira em relação ao Governador do Estado, conforme determina o artigo 144, § 6º, da Constituição Federal.

Ademais, é notar-se que a vinculação hierárquico-administrativa dos órgãos que compõem a Administração é tão forte que até mesmo ao tratar do Poder Judiciário, o Constituinte quis assegurar-lhe expressamente a “autonomia administrativa e financeira” (CF, artigo 99). Ao Ministério Público conferiu, também “autonomia funcional e administrativa”, dispondo que lhe compete, ainda elaborar “sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (CF, artigo 127, §§ 2º e 3º). Também às universidades ficou expresso na Constituição que lhes assiste “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (CF, artigo 207).

No entanto, ao cuidar da Segurança Pública, a Constituição não garante autonomia de espécie alguma às polícias militares, aos corpos de bombeiros militares e às polícias civis. Antes, deixa claro que essas corporações “subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (CF, artigo 144, § 6º). Daí decorre, logicamente, que a prerrogativa pretendida pela Lei Complementar Estadual 20/92 só seria possível se assim a contemplasse a Carta Federal, a exemplo daquelas outras instituições acima referidas.

Exatamente para superar o obstáculo constitucional à pretensão de, por normas infraconstitucionais federais e estaduais, atribuir índole inexistente à atividade policial e à função de delegado de polícia, existe proposta de emenda à Constituição da República a tramitar no Congresso Nacional para promover alterações no art. 144, com o objetivo de definir como de natureza jurídica a carreira de delegado de polícia, conferindo-lhe independência funcional e garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (a PEC 293/2008).⁶ Mesmo que a proposição fosse aprovada, sua constitucionalidade seria discutível, por atentar contra aspectos nucleares da divisão funcional do poder e contra a própria destinação constitucional da atividade de polícia de investigação criminal, que ontologicamente não é jurídica.

⁶ Vide: <https://bit.ly/2AUsXqh> ou <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=409032>; texto disponível em: <https://bit.ly/2QYXC1h> ou http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09E6E-649811186C86A3B5C06CD00306E.proposicoesWeb2?codteor=596424&filename=PEC+293/2008. Acesso em: 20 jan. 2019.

3 VIOLAÇÃO À FINALIDADE DA POLÍCIA, À EFICIÊNCIA E AO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSECUÇÃO PENAL

3.1 Função da polícia e do Ministério Público na persecução penal

As normas que conferem natureza jurídica à atividade policial e independência funcional ao cargo de delegado de polícia geram consequências nefastas à persecução penal e à atuação do Ministério Público. Colidem com a definição constitucional da função policial, ao definir como “essencial à função jurisdicional do Estado” e à “defesa da ordem jurídica” a atuação da Polícia Civil; ao categorizar como “carreira jurídica” a de delegado de polícia; e ao atribuir-lhe independência funcional nos atos de polícia criminal, ou seja, os atos de investigação de infrações penais, com a finalidade de servir de base à dedução em juízo da pretensão punitiva estatal (*o jus puniendi*), formulada pelo Ministério Público.

Nenhum preceito normativo nesse tema pode desconsiderar a natureza e a finalidade da função policial e a inserção constitucional do Ministério Público no sistema processual penal brasileiro, de acordo com o citado art. 144 e com os incisos I e VIII do art. 129 da CR:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

VIII – requisitar, diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

[...].

Na compreensão desses dispositivos, relevantes para garantia de direitos fundamentais, algumas advertências iniciais são necessárias (SARAIVA, 2013b, p. 157-177). Luigi Ferrajoli (1995), em *Direito e razão*, obra usualmente tida como fundamental para o chamado garantismo penal, lembra que em todos os setores dos ordenamentos jurídicos complexos existe tensão derivada das antinomias entre princípios de nível normativo superior e normas e práticas de nível inferior. Princípios são marcados por certo *deficit* de efetividade, enquanto normas o são por correspondente grau de invalidez ou ilegitimidade. Mesmo ante o subsistema constitucional de atribuição ao Ministério Público de

plena titularidade da persecução penal no Brasil (densificado no art. 129, I, da CR⁷), persistem no sistema brasileiro não poucas normas inferiores, notadamente no Código de Processo Penal (CPP), práticas e cultura jurídica que atribuem à polícia criminal funções em muito desbordantes de sua missão precípua, que é a de investigar infrações penais, na fase pré-processual, e subsidiar a atuação do Ministério Público na fase processual.

Igualmente relevante é relembrar postulado básico em hermenêutica constitucional, salientado por J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1.106), de que normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (interpretação da constituição conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*). O verdadeiro autor da ideia, Walter Leisner, fala de “interpretação da Constituição segundo a lei” (1994, p. 276-289).⁸ Intérpretes e aplicadores do direito devem fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptar-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, de modo a não conferir à Constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido arbitrariamente pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais (CANOTILHO, 1998, p. 1.106). Isso é sobretudo verdadeiro para leis anteriores à ordem vigente (o chamado direito pré-constitucional), como o CPP, pois a mudança de parâmetros constitucionais deveria acarretar atenção especial na aplicação de normas criadas sob outra ordem axiológica e normativa. Normas processuais penais de nível legal e normas produzidas pelo poder constituinte decorrente é que devem ser examinadas quanto à sua compatibilidade com os preceitos da Constituição nacional, notadamente, no tema, em relação à eficácia do binômio princípio acusatório-titularidade do Ministério Público da persecução penal.⁹

Diante dessa normatização constitucional e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo a compreensão majoritária, sistema acusatório puro), compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover ação penal, por meio de denúncia, ou para promover arquivamento dos elementos de convicção. Isso, obviamente, não desconhece o importante trabalho da polícia criminal, nem implica atribuir ao MP a “presidência” do inquérito policial, quando esse procedimento for necessário. Importa relembrar que, no direito infraconstitucional, pelo menos desde o Código de Processo

7 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”.

8 Registra-se a colaboração do subprocurador-geral da República Odim Brandão Ferreira na referência a Leisner.

9 Diaulas Costa Ribeiro, não sem razão, critica a doutrina e a jurisprudência brasileiras que amiúde interpretam a ordem constitucional de 1988 à luz de parâmetros antigos e diz que ela “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (RIBEIRO, 2003, p. 259).

Penal de 1941, o inquérito policial nunca foi indispensável para o Ministério Público promover ação penal, segundo seu art. 39, § 5º,¹⁰ o que foi igualmente reconhecido pela Suprema Corte em 2005, no Inquérito nº 1.957/PR.¹¹

Investigação criminal, sem menosprezar o relevante trabalho policial, deve fazer-se em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia definidas pelo Ministério Público, pois é a este que tocará propor a ação penal, se couber, e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 138; STRECK; FELDENS, 2003, *passim*) e, não se pode esquecer, até a execução do julgado – sem embargo de que a investigação deva se fazer em coordenação com a polícia criminal, uma vez que ambos os órgãos têm em comum destinarem-se à prevenção e à repressão da criminalidade, mas sem ignorar a preponderância processual da função do Ministério Público.

Observa Marcellus Polastri Lima que, sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações (1997, p. 28). Titularidade da acusação implica atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e do ônus probatório (*carga probandi ou onus probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como pondera Ferrajoli (1995, p. 564). É lógica e teleologicamente inevitável que coordenar a direção da investigação caiba a quem tenha esse ônus, pois é seu interesse a prova da acusação. É assim que ocorre nos países mais avançados.

O Pleno do STF, em processo relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, corretamente assentou que o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária a oferecimento de denúncia (questão de ordem no Inquérito nº 1.604/AL). Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, pois será o órgão a que caberá, se for o caso e de acordo com seu *exclusivo critério*, ofertar imputação criminal ao juiz. Em outro julgado do STF, o ministro Rafael Mayer registrou:

10 “§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

11 “PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116.

I – A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção.

II – Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado.

III – Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica.

IV – Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93.”

é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia (Recurso em Habeas Corpus nº 61.110/RJ).

No julgamento de medida cautelar na ADI nº 5.104/DF, o ministro Roberto Barroso observou que

[a] titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial.

Também em virtude da titularidade da persecução penal e da missão constitucional de dirigi-la, pode o Ministério Público requisitar diligências preliminares em inquérito policial para, uma vez concluídas, decidir por denúncia ou prosseguimento da investigação (recurso em HC nº 58.849/SC). Foi igualmente nessa direção julgado do Supremo Tribunal no HC nº 88.589/GO, a respeito da função do Ministério Público na investigação criminal:

Habeas corpus. Procedimento investigativo da suposta participação de sargento de polícia na prática de ilícitos. Arquivamento, pelo juízo, sem expresso requerimento ministerial público. Reabertura do feito. Possibilidade. [...]

1. O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia. Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime.

2. É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao *Parquet* avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o expresso requerimento ministerial público. [...]

5. Ordem denegada.

Em todos esses julgamentos, o órgão de cúpula do Judiciário e responsável primário pela guarda da Constituição (art. 102, *caput*) reafirmou a inserção constitucional do Ministério Público como parte e protagonista da persecução penal,¹² e não poderia ser de outra forma. A esse propósito, disse o ministro Celso de Mello no julgamento do HC nº 73.271/SP:

[...] o inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é — enquanto dominus litis — o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.¹³

Como disse Marcellus Polastri Lima (1997, p. 53-54), inquérito policial é procedimento escrito e inquisitivo, com o fim de apurar existência de infração penal e sua autoria, e *destina-se ao Ministério Público*, como titular privativo da ação penal pública, ou, nos casos excepcionais e raros em que caiba ação penal privada, ao ofendido. A parte na relação processual penal encarregada de provocar a persecução é o Ministério Público e nenhuma outra. Relembrem-se precisas ponderações de Hélio Tornaghi (1987, p. 171-172):

O Ministério Público é parte como órgão (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva porque, além de o Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Essa última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado de forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar se entender que o réu é culpado.

Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu...

Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei.

12 Como se sabe, o Ministério Público atua como parte especial, pois, diferentemente das partes privadas, seu compromisso precípua é com a defesa da ordem jurídica (CR, art. 127, *caput*), de modo que pode — e costuma fazê-lo quotidianamente — postular contra a acusação, como quando pede absolvição ou declaração de extinção de punibilidade, e recorrer ou impetrar *habeas corpus* em favor de acusado. Está ultrapassada a figura do membro do Ministério Público como “acusador sistemático”, na esfera criminal.

13 Na mesma linha, apontando o Ministério Público como único destinatário da investigação criminal (ao lado, excepcionalmente, do ofendido, nos casos de ação penal privada): Calabrich (2007, p. 62).

É fato que a dualidade de funções do Ministério Público faz dele uma parte *sui generis*, parte pública, parte a que se cometem também funções que não são de parte, mas sem lhe tirar esse caráter.

Nenhuma norma infraconstitucional pode conflitar-se com essas prerrogativas e competências do Ministério Público na persecução penal, dada a extração constitucional destas.

3.2 Independência funcional de delegados de polícia e o poder requisitório do Ministério Público

Normas federais e estaduais que pretendem conferir independência funcional a delegados de polícia atingem diretamente o poder requisitório conferido pela Constituição da República ao Ministério Público na condução de inquéritos policiais e de outros procedimentos investigatórios, pois servem de pretexto para que delegados de polícia, com fundamento nessas supostas independência funcional e natureza jurídica da carreira, descumpram requisições dos membros do MP. Não se trata de argumento ad terrorem, pois, mesmo atualmente, não têm sido raros episódios em que delegados de polícia se recusam a realizar diligências requisitadas pelo Ministério Público, sob argumentos de independência, autonomia e similares.

Se inquérito policial tem como destinatário final o Ministério Público, cabe a este decidir acerca da necessidade de diligências a serem obrigatoriamente cumpridas pela polícia criminal, porquanto esta deverá fornecer àquele os elementos necessários à elucidação dos eventos criminosos, de maneira a permitir instaurar persecução penal em juízo. Isso – repita-se – não ignora o papel da polícia de investigação criminal no sistema processual penal.

Inquérito policial é peça administrativa que tem como escopo apurar fatos criminosos, documentando as diligências em sequência cronológica (e, tanto quanto possível, lógica), a fim de servir de subsídio ao Ministério Público, titular da ação penal. Este formará sua *opinio delicti* e poderá oferecer denúncia, promover arquivamento ou, se entender que os fatos não estão devidamente comprovados, nos termos do artigo 16 do CPP, devolver os autos à polícia criminal, para novas diligências.

Partindo dessa pacífica premissa, constata-se que o inquérito policial tem natureza unidirecional, de modo que (RANGEL, 2012, p. 91):

não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio.

A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória.

Exatamente por essa razão, a Presidência da República vetou o § 3º do art. 2º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, que tratava da investigação criminal conduzida por delegados de polícia e dispunha: “§ 3º O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade.”.

As acertadas razões do veto presidencial, não obstante a referência elíptica ao Ministério Público na primeira frase, foram as seguintes:

Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal.¹⁴

Independência funcional significa possibilidade de formação de juízo valorativo acerca de fatos e normas e atuação livre de interferência e determinações superiores, conforme explica José Afonso da Silva (2010, p. 609), ao analisar tal garantia dos membros do Ministério Público, prevista no art. 129, § 1º, da Constituição da República:

Portanto, “independência funcional” quer dizer apenas que no exercício de sua atividade-fim o membro do Ministério Público, assim como seus órgãos colegiados, tem inteira liberdade de atuação, não fica sujeito a determinações superiores, e só deve observância à Constituição e às leis. Ninguém tem o poder legítimo de lhe dizer “faça isso”, ou “faça aquilo”, “faça assim” ou “faça de outro modo”. E, se o disserem, ele não está obrigado a atender.

¹⁴ Disponível em: <http://bit.ly/1SMov1G> ou http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm. Acesso em: 20 jan. 2019.

É constitucionalmente inviável atribuir independência funcional à atuação de servidores policiais sem que isso interfira diretamente nas atribuições do Ministério Público como titular da ação penal (art. 129, I e VIII, da CR). Qualquer juízo de valor emitido durante a fase inquisitorial pela autoridade policial com base em sua suposta “livre convicção” importará em análise incumbida constitucionalmente ao Ministério Público, usurpará função deste e do Judiciário, pois não é função policial fazer julgamentos.

Essa descabida “independência funcional” da polícia igualmente ensejaria desvio de finalidade, perda de eficiência na ação estatal (em contrariedade ao princípio constitucional da eficiência do art. 37, *caput*, da CR) e tumulto processual, pois, na hipótese de delegado de polícia entender ausentes elementos de prova ou haver óbice jurídico à acusação e formular despachos com análises jurídicas nessa direção, essas imperinentes considerações serão, de forma inevitável, brandidas por defensores de futuros denunciados e réus para abalar a imputação ministerial.

Desvio de finalidade e perda de eficiência consistem, segundo atribuição do art. 144 da Constituição às polícias de investigação criminal – como a Polícia Civil e a Federal – na função precípua de coletar elementos de convicção destinados a formar convicção sobre a viabilidade da persecução penal (a chamada *opinio delicti*) por parte do órgão constitucionalmente competente para isso, que é o Ministério Público. Não cabe à polícia realizar análise jurídica de fatos e normas, salvo no estritamente indispensável à atividade investigatória, como ao propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais, por exemplo. Mesmo assim, em um modelo de inquérito policial menos burocrático e grosseiramente ineficiente do que o kafkiano modelo brasileiro, essas informações deveriam ser transmitidas ao Ministério Público oralmente ou por outros meios expeditos, como e-mail ou programa de mensagens, para que este se ocupasse de sua postulação. No Brasil, delegados de polícia desviam valioso tempo da investigação para elaborar longos arrazoados, como se fossem parte na relação processual penal. O relatório de encerramento de inquérito policial, a que se refere o CPP, deve ser simples indicação das diligências (“relatório do que tiver sido apurado” – CPP, art. 10, § 1º),¹⁵ não avaliação jurídica sobre a *opinio delicti*, muito menos incursões sobre complexos temas jurídicos, com análise de doutrina e jurisprudência, como por vezes se tem visto.

15 “Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas”.

À parte pretensões corporativas, não é esse, em definitivo, o papel da polícia de investigação criminal, delineado na Constituição da República e nas leis processuais penais.

3.3 Natureza não jurídica da função policial

Tampouco é admissível categorizar como carreira jurídica a de delegado policial e definir suas atribuições como essenciais à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica. *De lege ferenda* e mesmo de *lege lata*, outros servidores policiais podem perfeitamente realizar investigação criminal em lugar de delegados de polícia sem que isso cause lesão alguma à persecução penal ou à ordem jurídica, o que mostra a vacuidade das normas infraconstitucionais que, por pressão corporativa, afirmam essa inexistente imprescindibilidade. A esse respeito, veja-se trecho de nota técnica do Ministério Público Federal sobre o Projeto de Lei nº 132/2012, que resultou na Lei nº 12.830/2013, impugnada nas ADIs nº 5.043/DF, nº 5.059/DF e nº 5.073/DF:

Em primeiro lugar, a função de polícia judiciária não configura atividade jurídica. Com efeito, é unanimemente reconhecido que o inquérito policial, como instrumento posto à disposição do Estado para apuração das infrações penais, possui natureza administrativa e inquisitória, não estando sujeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por outras palavras, o inquérito policial não é considerado processo; trata-se, na verdade, de procedimento pré-processual destinado precipuamente a colher provas que possam subsidiar o exercício da ação penal pelo Ministério Público [...]

Ipsa facto, a função de polícia judiciária, conquanto determinante para o eficaz combater à criminalidade, não é essencial à persecução penal, uma vez que o Ministério Público pode dispensar o inquérito policial se dispuser de provas suficientes para o oferecimento da denúncia.

Outrossim, investigação criminal não é atividade exclusiva da polícia judiciária, mas comum a diversos órgãos de Estado, em suas respectivas áreas de atuação. Citem-se, a título de exemplo, as investigações de ilícitos penais levadas a efeito pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Receita Federal, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, pelo Tribunal de Contas da União, pela Controladoria-Geral da União, pelo Poder Judiciário em relação a seus membros e pelo próprio Ministério Público.¹⁶

16 Disponível em: <https://bit.ly/2RBK8aw> ou <http://www.mpf.br/pgr/noticias-pgr/plc-132-2012-enfraquece-controle-externo-da-atividade-policial-pelo-mp>. Acesso em: 21 jan. 2019.

Norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, não pode alterar a natureza das coisas nem transmutar a essência de certas atividades administrativas, por melhor que sejam as intenções ou por maiores que sejam as pressões. Uma norma legal não pode qualificar como jurídica, por exemplo, a carreira de médico de hospital público. A violência à realidade seria tal que a tornaria inválida.

Poder-se-ia objetar, naturalmente, que a comparação é inapropriada, porque a carreira de médico não se assemelha à de policial. Isso seria verdade, mas o exemplo busca apenas mostrar que há limites na realidade para o legislador. Seria legítimo o legislador definir como carreira jurídica a de auditor da Receita Federal ou a de analista do Banco Central do Brasil, por exemplo? Tanto quanto no caso dos médicos, a resposta é negativa. Conquanto ambas desempenhem certas atividades de conteúdo jurídico, nenhuma delas é própria e essencialmente carreira jurídica, pois envolvem diversos outros saberes para exercício de suas funções. Não raro, o conhecimento jurídico é o menos importante para atingimento das finalidades dessas atividades estatais. Assim como delegados de polícia (embora não exatamente da mesma forma), auditores do fisco e analistas do Banco Central são responsáveis por investigações (“presidem-nas”) e realizam, eles próprios, atos investigatórios dos mais relevantes – os primeiros, para descobrir ilícitos fiscais; os segundos, ilícitos administrativos e financeiros.

Conforme se assinalou em outro texto correlato ao tema deste, a Receita Federal possui ótimos investigadores de ilícitos fiscais, que nem sempre são formados em Direito. O INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) possui ótimos investigadores de ilícitos previdenciários que não o são. O Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) conta com ótimos investigadores de ilícitos ambientais que não o são. O mesmo vale para o Banco Central, na investigação de ilícitos financeiros, para o TCU (Tribunal de Contas da União) e a CGU (Controladoria-Geral da União), na investigação de ilícitos contra a Administração Pública, para o Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), na detecção de lavagem de bens. Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) são conduzidas por parlamentares, que investigam atos ilícitos sem necessidade de ser bacharéis em Direito (ou mesmo de ter ensino superior). O mesmo ocorre nos órgãos estaduais e municipais homólogos, os quais diariamente apuram incontáveis infrações à lei e as comunicam ao Ministério Público, de forma apta a gerar ação criminal, sem nenhuma necessidade de passar pela análise de “juristas” da polícia (SARAIVA, 2014).

Em ambos os casos, muito frequentemente esses servidores investigam atos complexos e graves, com repercussões penais, e suas investigações são de tal qualidade que,

comunicadas ao Ministério Público, ensejam imediato oferecimento de denúncia, sem necessidade de diligências policiais (o que novamente mostra o despropósito da previsão de normas segundo as quais o cargo de delegado constitui “atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica”, ou previsões semelhantes).

Os agentes públicos de todos os órgãos citados colhem provas, examinam documentos, inquiram pessoas, solicitam perícias, exatamente do mesmo modo, na essência, que delegados de polícia. Nem por isso algum legislador conseqüente terá a ideia de pretender qualificar como jurídicas essas carreiras, que são formadas por profissionais de elevada qualidade, oriundos de diversas áreas do conhecimento, como as de engenharia, administração, sociologia, contabilidade e outras, inclusive direito.

Nesse contexto, é preciso compreender adequadamente a expressão “polícia judiciária”, que o art. 144 da CR emprega. Em obra sobre investigação criminal, Bruno Calabrich aborda a inexistência de monopólio das polícias nessa modalidade de investigação e esclarece o verdadeiro sentido da expressão como correspondente a “todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais” (2007, p. 97). Atividade de investigação criminal não é necessariamente exercer polícia judiciária, porque as polícias de investigação criminal não são órgãos do Poder Judiciário nem apêndices dele e seu trabalho investigativo é primariamente destinado ao Ministério Público, não ao Judiciário, ao qual podem nem chegar se o MP deliberar promover arquivamento administrativo da investigação ou se houver alguma solução de justiça consensual que não precise passar por crivo judiciário.

Aprovação de “leis policiais” foi expressamente apontada por Ferrajoli como movimentos de grande risco para as garantias do cidadão.¹⁷ Autonomia do Ministério Público e controle externo da atividade policial são requisitos para existir verdadeiro garantismo, como expressão do devido processo legal substantivo e do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Em nenhum país se considera haver mais garantias aos cidadãos com mais protagonismo da polícia do que do Ministério Público nos atos de persecução penal.

Fortalecer a supervisão do trabalho policial por parte do Ministério Público e, em termos amplos, o controle externo da atividade policial robustece a lógica de concepção

17 FERRAJOLI, 1995, p. 11. Nesse prólogo, como ameaças aos direitos do cidadão, ele se refere ao “desplazamiento de la acusación pública fuera del orden judicial, a la órbita del poder político”, e, depois, “en lo relativo al estatuto del ministerio público, la referencia ha de ser también a la experiencia de todos aquellos países europeos en los que la acusación pública depende más o menos directamente del ejecutivo”, e à “influencia de leyes policiales experimentadas desde hace ya tiempo en Italia”. E conclui: “Así, pues, parece que España e Italia tiendan a copiar recíprocamente los peores aspectos de sus respectivas legislaciones”.

garantista do sistema processual penal. Ferrajoli (1995, p. 22, nota 6) enfatiza que modelo penal garantista equivale a sistema de redução do poder e de ampliação do saber judicial, porquanto condiciona a validade de suas decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, de suas motivações – tudo isso, claro, no seio de processo dominado pelo princípio acusatório e com plena garantia dos direitos individuais.

3.4 A leva de normas corporativas em favor de delegados de polícia

Por motivos corporativos, entidades representativas de delegados de polícia vêm, nos últimos anos, amiúde com sucesso, buscando aprovação de leis que realçam seu papel no processo penal, sem preocupação com a coerência desse sistema, mas, ao contrário, aprofundando diversos de seus múltiplos problemas e criando novos. Têm procurado conferir a delegados de polícia funções que seriam próprias de juízes de instrução, distanciá-los dos demais servidores policiais e aproximá-los do regime jurídico das magistraturas do Ministério Público e do Judiciário. O corporativismo tem-se sobreposto à eficiência geral do sistema de investigação criminal e da polícia criminal, em particular.

Daí a proposição de normas para definir delegados como autoridades, visando a dar-lhes tratamento protocolar análogo ao do MP e dos juízes, e a atribuir-lhes foro privilegiado e independência funcional, para classificar a carreira de delegado como “jurídica”, bem como prever participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos para delegado e valorizar o ato processualmente inútil do indiciamento¹⁸ etc. Existe até a proposta de emenda à Constituição (PEC) 89/2015, que institui no Brasil “juizados de instrução e garantias” e cria a carreira de “juiz de instrução e garantias”, “a partir da transformação do cargo de delegado de polícia”.¹⁹

Normas que categorizam como jurídica a carreira de delegado de polícia e conferem-lhe independência funcional enfraquecem a concretização do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, atribuição imposta à Instituição pelo art. 129, VII, da Constituição da República e intimamente relacionada com as funções institucionais previstas nos incisos I e VIII do mesmo artigo. Desnaturam a destinação constitucional da polícia e agridem os princípios da finalidade e da eficiência no funcionamento da própria polícia.

18 Como fez o art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013. Para uma visão (deliberadamente sucinta) da inutilidade do ato de indiciamento, cf. Saraiva (2013a).

19 Tramitação e texto da PEC, de autoria do Deputado Federal Hugo Leal (Pros/RJ), disponíveis em: <https://bit.ly/1YR3q1K> ou <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>. Acesso em: 20 jan. 2019.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legítima atividade de investigação criminal executada pela polícia criminal é extremamente relevante, mas, naturalmente, deve realizar-se com estrita observância das leis e da Constituição. O art. 144 da Constituição da República, que delinea as linhas mestras da segurança pública, não dá às polícias natureza de atividade jurídica nem permite que delegados de polícia tenham independência funcional ou que seu cargo seja reputado “essencial à função jurisdicional do Estado ou ao Estado de Direito”.

Atribuição de independência funcional a delegados de polícia implica dar-lhes prerrogativa estranha à natureza de sua função e que conflita com o poder requisitório do Ministério Público na persecução penal, decorrente de seu papel constitucional de titular dela, em conformidade com o art. 129, I e VIII, da CR.

Normas infraconstitucionais e produzidas pelo poder constituinte decorrente devem ser interpretadas à luz da Constituição, nunca o inverso. Leis federais e estaduais e emendas a constituições estaduais não podem conferir à função policial e à de delegado de polícia natureza e prerrogativas incompatíveis com o desenho definido pela Constituição da República.

Por ser do Ministério Público a função constitucional de propor ação penal, quando couber, e acompanhar todas as suas intercorrências processuais, deve ser dele a condução do trabalho de investigação criminal (como ocorre nos países mais avançados), o que não significa lhe caber “presidir” inquérito policial e sem prejuízo de a investigação dar-se em coordenação com a polícia criminal.

A atividade de polícia criminal é de natureza administrativa e essencialmente destinada à investigação de infrações penais, a fim de subsidiar o trabalho do Ministério Público na persecução criminal. Diferentes órgãos públicos realizam investigação de atos ilícitos, sem que se cogite de considerar-se jurídica a atividade deles. Não cabe à polícia criminal realizar análises jurídicas aprofundadas de fatos e normas, emulando a função do Ministério Público e do Poder Judiciário. Tais análises subtraem tempo valioso de policiais, o qual deveria ser dedicado à investigação, e ofendem o princípio constitucional da eficiência.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Questão de ordem no inquérito 1.604/AL. Inquérito policial: arquivamento referido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de novembro de 2002, unânime. **Diário da Justiça**: seção 1, p. 60, 13 dez. 2002.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 882/MT. Lei Complementar 20/1992. Organização e estruturação da Polícia Judiciária Civil Estadual. Autonomia funcional e financeira. Orçamento anual. Ofensa à Constituição Federal. Competência do Poder Executivo. Análise de legislação infraconstitucional. Impossibilidade no controle abstrato. Prerrogativa de foro. Extensão aos delegados. Inadmissibilidade. Direito processual. Competência privativa da União. Servidor público. Aposentadoria. Afronta ao modelo federal. Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Maurício Corrêa, 19 de fevereiro de 2004, unânime. **Diário da Justiça**: Seção 1, p. 6, 23 abr. 2004.

_____. Inquérito 1.957/PR. Penal. Processual penal. Ministério Público: investigação: inquérito policial. Crime de dispensa irregular de licitação. Lei nº 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. Relator: Min. Carlos Velloso. 11 de maio de 2005, maioria. **Diário da Justiça**, 11 maio 2005.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104/DF. Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2014, maioria. **Diário da Justiça eletrônico**, n. 213, 29 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1.Turma). Recurso em Habeas Corpus 61.110/RJ. Relator: Min. Rafael Mayer, 5 de agosto de 1983, unânime. **Diário da Justiça**, p. 12.714, 26 ago. 1983.

_____. Recurso Extraordinário 130.552/SP. Relator: Min. Moreira Alves, 4 de junho de 1991, unânime. **Diário da Justiça**, p. 8.907, 28 jun. 1991.

_____. Habeas Corpus 73.271/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de março de 1996, unânime. **Diário da Justiça**: seção 1, p. 37-100, 4 out. 1996.

_____. Habeas Corpus 88.589/GO. Relator: Min. Carlos Britto, 28 de novembro de 2006, unânime. **Diário da Justiça**: seção 1, p. 107, 23 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). Recurso em Habeas Corpus 58.849/SC. Relator: Min. Moreira Alves, 12 de maio de 1981, unânime. **Diário da Justiça**, p. 6.064, 22 jun. 1981.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Temas fundamentais de Direito).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995 (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

LEISNER, Walter. Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung. In: _____. **Staat**: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público**: dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Indiciamento**: ato irrelevante. 30 maio 2013a. Disponível em: <http://wp.me/p3Ap9j-a>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013b.

_____. **A Medida Provisória 657/2014 alimenta sistema fracassado**. 6 nov. 2014. Disponível em: <http://wp.me/p3Ap9j-7A>. Acesso em: 21 jan. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao art. 144. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

